

2. VERGABEKAMMER
des Landes Hessen
bei dem Regierungspräsidium Darmstadt



69d VK 2- 40/2017

Der Beschluss ist bestandskräftig

Leitsatz

Für die Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung ist der Rechtsweg zu den Vergabekammern nicht eröffnet, weil der Bundesgesetzgeber durch die Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes ein eigenes Rechtsregime für die Vergabe von Energiekonzessionen konstituiert hat.

Als lex specialis sowie als lex posterior derogiert es die Regelungen des GWB sowie der (ggf. einschlägigen) Konzessionsvergabeordnung vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624, 683), die durch Art. 10 des Gesetzes vom 18. Juli 2017 (BGBl. I S. 2745) geändert worden ist.

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[REDACTED]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

Rechtsanwälte [REDACTED]

gegen

[REDACTED]

-Antragsgegnerin und Vergabestelle -

Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]

wegen Vergaberechtsverstöße im Verfahren zur Vergabe einer Stromkonzession im Sinne des § 46 des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG)

hat die 2. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt durch die Vorsitzende Regierungsdirektorin Roth, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsobererrat Langsdorf und die ehrenamtliche Beisitzerin Technische Amtsrätin Denz-Kinzel aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 24. Januar 2018 am 6. Februar 2018 beschlossen:

1. Der Antrag wird abgelehnt.
2. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von 2.500,- € festgesetzt, die die Antragsgegnerin zu tragen hat.
3. Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Gründe

I.

Der Antragsgegner schrieb mit europaweiter Bekanntmachung vom 23. Mai 2017 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter der Nummer 2017/S 101-202825 die Vergabe einer Stromkonzession für Teile des Stadtgebietes der Antragsgegnerin für die Laufzeit vom 1. Januar 2020 bis 31. Dezember 2039 im Verhandlungsverfahren mit vorheriger öffentlicher Aufforderung zur Teilnahme unter Berücksichtigung der Vorgaben des Energiewirtschaftsgesetzes aus. Durch den Stromkonzessionsvertrag soll der Konzessionär verpflichtet werden, das Elektrizitätsversorgungsnetz der allgemeinen Versorgung im Stadtgebiet der Antragsgegnerin, soweit dieses nicht bereits in seinem Besitz ist, zu übernehmen und während der Vertragslaufzeit gemäß den jeweils gültigen gesetzlichen Regelungen und den Vorgaben des Stromkonzessionsvertrages zu betreiben. Als Nachprüfungsstelle war in der Bekanntmachung die Vergabekammer des Landes Hessen angegeben.

Im Rahmen des Teilnahmewettbewerbes richtete die Antragstellerin schon am 3. August 2017 mehrere Fragen im Hinblick auf die im vorliegenden Vergabeverfahren einschlägigen Rechtsmaterien sowie das Verhältnis des Nachprüfungsverfahrens nach den

Vorschriften der §§ 160 ff. GWB zu den in § 47 Abs. 5 Satz 2 EnWG genannten Vorschriften der Zivilprozessordnung über das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung an die Antragsgegnerin (Blatt 180 der Vergabeakte). Die Antragsgegnerin beantwortete die Fragen dahingehend, dass es Sache des Bewerbers sei, Rechtsrat einzuholen. Im Übrigen bleibe es ihr unbenommen, um anderweitigen Rechtsschutz nach zu suchen (Blatt 174, 175 der Vergabeakte).

Die Antragstellerin gab einen Teilnahmeantrag nebst Eignungsnachweise ab und wurde von der Antragsgegnerin mit einem „2. Verfahrensbrief“ zur Abgabe eines indikativen Angebotes bis zum 15. Januar 2018 aufgefordert. Ausweislich der Vergabeunterlagen erfolgt die Wertung der endgültigen Angebote anhand der Erreichung der Ziele des § 1 EnWG und der vertraglichen Regelungen der Wegenutzung. Die Wertung der Erreichung der Ziele des § 1 EnWG wiederum erfolgt anhand des mit dem endgültigen Angebot vorzulegenden endgültigen Netzbewirtschaftungskonzeptes.

Aufgrund des Inhaltes des „2. Verfahrensbriefes“ erhob die Antragstellerin fristgerecht mit Schreiben vom 23. Oktober 2017 insgesamt 32 Rügen, denen die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 27. November 2017 teilweise abhalf, teilweise ergänzende Hinweise erteilte.

Mit Schriftsatz vom 11. Dezember 2017, eingegangen bei der Vergabekammer am 12. Dezember 2017, beantragte die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Zur Begründung führt die Antragstellerin aus, die Antragsgegnerin vertrete nach wie vor die Ansicht, es handele sich vorliegend um eine Dienstleistungskonzession und deshalb sei das Verfahren als Vergabeverfahren nach den §§ 97 ff GWB auszugestalten.

Sie - die Antragstellerin - vertrete demgegenüber nach wie vor eine andre Auffassung, weshalb sie gleichzeitig einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung beim Landgericht Frankfurt am Main gestellt habe: Zum einen könne schon bezweifelt werden, dass es sich bei der Vergabe einer Stromkonzession im Sinne des § 46 EnWG um die Vergabe einer Konzession im Sinne der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe und des in ihrer Umsetzung ergangenen § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB handele. Der Bundesgesetzgeber habe mit dem Gesetz zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung ein eigenes Rechtsschutzregime für die Vergabe von Energiekonzessionen konstituiert. Das Gesetz sei am 3. Februar 2017 in Kraft getreten. Danach seien gerügte Rechtsverletzungen, denen die Gemeinde nicht abhelfe, vor den ordentlichen Gerichten gelten zu machen, § 47 Abs. 5 EnWG. Es handele sich um ein Bundesgesetz, das auf gleicher Ebene wie die Regelungen der §§ 160 ff. GWB stehe. Als *lex specialis* sowie als *lex posterior* derogiere es die §§ 160 ff. GWB für den Bereich der Vergabe von Stromkonzession. Dies gelte im Übrigen auch dann, wenn man davon ausgehe, dass es sich um eine Dienstleistungskonzession gemäß der Richtlinie 2014/23/EU handele, denn weder die Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im

Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge noch die Richtlinie 2014/23/EU schreiben vor, dass Rechtsbehelfe zunächst vor einer in die staatliche Verwaltung eingegliederten Nachprüfungsinstanzen erhoben werden müssten. Nach den genannten Richtlinien sei es ohne weiteres möglich, dass die Mitgliedstaaten schon für die Eingangsinstanz eine Nachprüfung durch ein Gericht im förmlichen Sinne vorsehen.

Hinsichtlich der Begründetheit des Nachprüfungsantrages bezieht sich die Antragstellerin im Wesentlichen auf die mit Schreiben vom 23. Oktober 2017 vorgebrachten Rügen. Auf die Schriftsätze der Antragstellerin vom 11. Dezember 2017 und 15. Januar 2018 wird Bezug genommen. Die Antragstellerin beantragt,

1. die Einleitung eines Vergabenachprüfungsverfahrens gemäß §§ 160 ff. GWB wegen Verstoßes gegen Vergabevorschriften,
2. festzustellen, dass die Antragstellerin in ihrem Recht auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren verletzt ist,
3. die Antragsgegnerin zu verpflichten, geeignete Maßnahmen zu treffen, um die geltend gemachten Verstöße gegen Vergabevorschriften zu beseitigen,
4. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die Antragstellerin für notwendig zu erklären,
5. die Kosten des Verfahrens der Antragsgegnerin aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die Antragsgegnerin notwendig gewesen ist,
3. die Kosten des Nachprüfungsverfahrens der Antragstellerin aufzuerlegen.

Sie ist der Auffassung, der Rechtsweg zu den Nachprüfungsinstanzen sei deshalb gegeben, weil es sich bei der Vergabe des streitgegenständlichen qualifizierten Wegenutzungsvertrages um eine Dienstleistungskonzession im Sinne des Art. 5 Nr. 1 lit. b) der Richtlinie 2014/23/EU und der diese Richtlinie in nationales Recht umsetzenden, zum 18. April 2016 in Kraft getretenen §§ 97 Abs. 1 Satz 1, 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB in Verbindung mit den Vorschriften der Konzessionsvergabeverordnung handelt. Der Erwägungsgrund 16 zur Richtlinie 2014/23/EU stelle klar, dass die einfache Gewährung von Wegenutzungsrechten im Zusammenhang mit dem Betrieb von Leitungen und Netzen ausnahmsweise nicht als Konzession im Sinne der Konzessionsrichtlinie gelten solle. Gleichzeitig definiere er auch eine Rückausnahme von dieser grundsätzlichen Freistellung der Wegenutzungsverträge vom Anwendungsbereich der Konzessionsrichtlinie. Vorliegend gehe es um den Erwerb von Dienstleistungen im Sinne von § 11 Abs. 1 Satz 1 EnWG und weiteren damit korrespondierenden Dienstleistungen. Auch gehe das nach § 105 Abs. 2 GWB erforderliche Betriebsrisiko auf den Konzessionsnehmer über. Wegen des weiteren Vorbringens der Antragsgegnerin wird auf die Schriftsätze vom 5. Januar 2018, 19. Januar 2018, 23. Januar 2018 und 2. Februar 2018 Bezug genommen.

Die mündliche Verhandlung hat am 24. Januar 2018 stattgefunden. Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren einverstanden erklärt, § 166 Abs. 1 Satz 3 1.Var. GWB. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Schriftsätze der Beteiligten nebst Anlagen, den Inhalt der vor der Vergabekammer entstandenen Verfahrensakte sowie die von dem Antragsgegner vorgelegte Vergabeakte (Blatt 1- 563) Bezug genommen, die zum Gegenstand der Entscheidungsfindung gemacht worden sind.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig (dazu A.). Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB (dazu B.).

A. Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig.

- I. Der Nachprüfungsantrag ist nicht zulässig. Der Rechtsweg zu den Vergabekammern ist nicht gemäß §§ 155, 156 Abs. 1, 2 GWB eröffnet. Der Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl I S. 1750, berichtet S. 3245), zuletzt geändert durch Gesetz vom 1. Juni 2017 (BGBl I, S. 1416), ist nicht eröffnet. Die Vergabekammer kann es dahingestellt sein lassen, ob es sich bei der Vergabe des hier streitgegenständlichen (qualifizierten) Wegenutzungsvertrags um eine Dienstleistungskonzession im Sinne des Art. 5 Nr. 1 lit. b) der Richtlinie 2014/23/EU und der diese Richtlinie in nationales Recht umsetzenden, zum 18. April 2016 in Kraft getretenen §§ 97 Abs. 1 Satz 1, 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB in Verbindung mit der Konzessionsvergabeordnung handelt. Zwar spricht einiges dafür, dass es sich vorliegend um eine Dienstleistungskonzession im Sinne der vorgenannten Richtlinie und des GWB handelt, aber selbst dann ist der Rechtsweg zu den Vergabekammern nicht eröffnet, weil nämlich der Bundesgesetzgeber mit dem Gesetz zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung ein eigenes Rechtsschutzregime für die Vergabe von Energiekonzessionen konstituiert hat, das am 3. Februar 2017 in Kraft getreten ist.
1. Zum einen ist der nationale Gesetzgeber durch die Konzessionsrichtlinie nicht gehindert, Regelungen des Kartellvergaberechts auch außerhalb des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zu treffen. Die Konzessionsrichtlinie schreibt auch nicht vor, dass Rechtsbehelfe zunächst vor einer in die staatliche Verwaltung eingliederten Nachprüfungsstelle erhoben werden müssen. Der nationale Gesetzgeber ist nur verpflichtet, die Vorgaben der Richtlinie in nationales Recht umzusetzen. Dies hat der Bundesgesetzgeber mit der Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes und anderer Gesetze getan, wie sich aus den Gesetzesmaterialien zum Gesetz zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung (siehe Bundesratsdrucksache 73/16 und Bundestagsdrucksache 18/8184, Seiten 6 ff., insbesondere die Seiten 15, 20 bis 22) ergibt. Bei Nichtabhilfe einer Rüge innerhalb der vorgesehenen Frist ist vor den ordentlichen Gerichten eine einstweilige Verfügung zu beantragen, wobei die ausschließliche Zuständigkeit gemäß § 102 Abs. 1 EnWG bei den Landgerichten in Zivilsachen liegt. In der Begründung der Bundestagsdrucksache 18/8184 (Seite 17) steht zu § 47 Abs. 5 EnWG folgendes:

„Die in Abs. 5 Satz 1 vorgesehene Präklusionswirkung stellt die letzte Stufe des Präklusionsregimes des neuen § 47 EnWG dar. Innerhalb dieser Frist ist bei Nichtabhilfe einer Rüge vor den ordentlichen Gerichten eine einstweilige Verfügung zu beantragen, um entweder die Fortsetzung des Auswahlverfahrens oder einen bereits drohenden Vertragschluss nach § 46 Abs. 2 EnWG zu verhindern, bevor nicht die konkret gerügte rechtswidrige Verfahrenshandlung aufgehoben und durch eine rechtmäßige Verfahrenshandlung ersetzt wurde. Ausschließlich zuständig ist gemäß § 102 Abs. 1 EnWG das Landgericht in Zivilsachen.

Satz 2 stellt klar, dass für das Verfahren die Vorschriften der Zivilprozessordnung über den Erlass einer einstweiligen Verfügung gelten (Buch 8, Abschnitt 5). Nach Satz 3 braucht jedoch ein Verfügungsgrund in der Form einer Rechtsgefährdung nicht geltend gemacht zu werden, weil sich dieser bereits aus der drohenden Präklusion ergibt“.

2. Zum anderen geben die §§ 46, 46 a und 47 EnWG die Modalitäten für die Vergabe von Wegenutzungsrechten vor (siehe Bundestagsdrucksache 18/8184, Seite 13). Diese entsprechen zwar weitgehend den Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, weichen teilweise jedoch auch von diesen ab. Abweichende Regelungen finden sich beispielsweise zu den erforderlichen Bekanntmachungen (§ 46 Abs. 3 EnWG), oder der Gewährung von Akteneinsicht (§ 47 Abs. 3 EnWG). Da es sich bei beiden Gesetzen um Bundesgesetze handelt, beide Gesetze Regelungen zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen vorsehen, und das Energiewirtschaftsgesetz sowohl das speziellere als auch - da erst am 3. Februar 2017 und damit nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in Kraft getreten - das jüngere Gesetz darstellt, derogiert es als *lex specialis* sowie als *lex posterior* die Regelungen des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sowie der (gegebenenfalls einschlägigen) Konzessionsvergabeverordnung vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624, 683), die durch Artikel 10 des Gesetzes vom 18. Juli 2017 (BGBl. I S. 2745) geändert worden ist.
3. Gegen die Eröffnung des Rechtsweges zu den Nachprüfungsinstanzen spricht auch die Regelung des § 53 Abs. 1 Nr. 4 GKG, die als Art. 2 des Gesetzes zur Änderung der Vorschriften zur Vergabe von Wegenutzungsrechten zur leitungsgebundenen Energieversorgung vom 27. Januar 2017 (BGBl. I Seite 130) in das Gerichtskostengesetz eingefügt wurde. Danach beträgt der Streitwert nach § 3 ZPO in Verfahren nach § 47 Abs. 5 EnWG bei gerügten Rechtsverletzungen, denen die Gemeinde nicht abhilft, vor den ordentlichen Gerichten höchstens 100.000 €. Hingegen ist für die Vergabekammern hinsichtlich der Erhebung der Kosten § 182 GWB maßgebend. Bei der Ermittlung der Verfahrenskosten, die vor der Vergabekammer entstanden sind, wird die von den Vergabekammern des Bundes entwickelte Gebührentabelle zugrundegelegt, die vom Bruttoauftragswert ausgeht. Allein die Verfahrensgebühr für die Tätigkeit der Vergabekammer - nicht der Gegenstandswert - läge im vorliegenden Verfahren bei 100.000 €.

4. Unterstellt man das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession, so müsste die Auslegung, dass die Regelungen der §§ 46 ff. EnWG und die des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen parallel bzw. alternativ-optional Anwendung finden, irgendeine Ratio erkennen lassen. Denn die von der erkennenden Vergabekammer vertretene Auffassung läuft darauf hinaus, dass es der Gesetzgeber versäumt hat, eine ausdrückliche Ausnahme von der Anwendbarkeit des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (in § 107 Abs. 1 GWB) zu regeln („Redaktionsversehen“). Ein sachlicher Grund oder eine Ration für die parallele Anwendbarkeit des Energiewirtschaftsgesetzes und des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Im Gegenteil spricht alles dafür, dass der Gesetzgeber die Vergabe von „qualifizierten“ Wegenutzungsverträgen einschließlich des Rechtsschutzverfahrens abschließend in den §§ 46 ff. EnWG regeln wollte:
 - a) Gegen die parallele Anwendbarkeit beider Rechtsregime spricht die damit einhergehende Rechtswegzersplitterung zu den Land- und Oberlandesgerichten einerseits sowie zu den Vergabekammern und Vergabesenaten der Oberlandesgerichte andererseits. Es ist davon auszugehen, dass – die Auffassung der Antragsgegnerin zugrundegelegt – der Gesetzgeber diese Rechtswegparallelität gesehen und sich damit auseinandergesetzt hätte.
 - b) Zudem ist nicht zu erklären, warum die §§ 46 ff. EnWG, soweit diese von den Vorschriften des Kartellvergaberechts abweichen, zwar materiell-rechtlich das Verfahren zur Vergabe von Wegenutzungsverträgen regeln sollen, dies aber nicht auch für die (abweichende) Regelung der Rechtswegzuständigkeit in § 47 Abs. 5 EnWG gelten soll. Beispielsweise enthält § 46 Abs. 1 Satz 2 EnWG – anders als § 3 KonzVgV – eine ausdrückliche Beschränkung der Vertragslaufzeit auf 20 Jahre.
 - c) Schließlich spricht auch die Regelung des § 46 Abs. 7 EnWG gegen die Eröffnung des Rechtswegs zu den Vergabekammern und -senaten. Dort wird geregelt, dass (ausschließlich) die Zuständigkeit der Kartellbehörden nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen unberührt bleiben. Daraus zieht die erkennende Vergabekammer den Umkehrschluss, dass zwar Verstöße gegen die §§ 19, 20 GWB im Zusammenhang mit der Vergabe von Wegenutzungsverträgen von den hierfür zuständigen Kartellbehörden verfolgt werden können, dass aber das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – insbesondere dessen Vierter Teil – keine Anwendung finden.
- B. Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.
 - I. Gemäß § 182 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Da die Antragsgegnerin das Nachprüfungsverfahren veranlasst hat, hat sie die Kosten zu tragen, § 182 Abs. 3 Satz 3 und Satz 5 GWB.

Die Antragsgegnerin hat zum einen in der Bekanntmachung die Vergabekammer des Landes Hessen als die zuständige Nachprüfungsinstanz benannt und zum anderen aufgrund der Bewerberfragen der Antragstellerin diesbezüglich weiterhin an ihre Rechtsauffassung festgehalten. Sie hat der Antragstellerin auch mitgeteilt, bei abweichender Auffassung bliebe es ihr unbenommen, um anderweitigen Rechtsschutz nach zu suchen. Damit hat die Antragsgegnerin zum Ausdruck gebracht, dass die Nachprüfungsinstanzen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen zuständig seien. Es ist gefestigte Rechtsprechung, dass ein Verschulden im Sinne von § 182 Abs. 3 Satz 3 GWB im Rahmen der Billigkeit nach § 182 Abs. 3 Satz 5 GWB zu berücksichtigen ist, und dass ein solches vorliegt, wenn die Antragstellung auf unrichtige oder unzureichende Mitteilungen der Vergabestelle zurückzuführen ist (Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 13. April 2011 - VII-Verg 14/11 - juris, RdNr. 15; Oberlandesgericht München, Beschluss vom 2. September 2015 - Verg 6/15 - juris, RdNr. 13).

- II. Die Höhe der Gebühr für das Verfahren vor der Vergabekammer richtet sich - wie dargelegt - nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes, § 182 Abs. 2 GWB. Bei der hier streitgegenständlichen Stromvergabekonzession ist bei Anwendung der von den Vergabekammern des Bundes erstellten Gebührentabelle, die auch die erkennende Vergabekammer zugrunde legt, eine Gebühr in Höhe von 100.000,00- € festzusetzen. Da die Vergabekammer jedoch nur die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages geprüft hat und nicht in die materiell-rechtliche Prüfung nach den Vorgaben des EnWG eingestiegen ist, ist aus Gründen der Billigkeit die Verfahrensgebühr vor der Vergabekammer zu reduzieren, § 182 Abs. 3 Satz 6 GWB. Die Vergabekammer berücksichtigt insoweit die Regelung des §§ 53 Abs. 1 Nr. 4 GKG, wonach der Streitwert bei gerügten Rechtsverletzungen vor den ordentlichen Gerichten (§ 47 Abs. 5 EnWG) höchstens 100.000 € beträgt. Ausgehend von diesem Streitwert ist daher die Gebühr vor der Vergabekammer auf die Mindestgebühr von 2500,- € zu reduzieren, § 182 Abs. 3 Satz 6 und Abs. 2 Satz 1 GWB.
- III. Die Antragsgegnerin hat zudem die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten der Antragstellerin zu tragen, § 182 Abs. 2 Satz 1 GWB.
- IV. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt, § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 HVwVfG. Die Anwendung des Hessischen Verwaltungsverfahrensgesetzes folgt aus § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB in Verbindung mit § 1 HVwVfG, denn die Ausschreibung hat ein öffentlicher Auftraggeber des Landes Hessen veranlasst. Die hier im Mittelpunkt des Nachprüfungsverfahrens stehenden Probleme beziehen sich auf Fragen der Eröffnung des Rechtsweges zu den Nachprüfungsinstanzen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in Abgrenzung zu den ordentlichen Gerichten, wobei die Frage der Begründetheit des Nachprüfungsantrages nicht von Bedeutung war.

1. Die Frage, ob die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten notwendig war, erfolgt einzelfallbezogen auf der Grundlage der Gesamtumstände im jeweiligen konkreten Verfahren.

Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes ist notwendig, wenn sie vom Standpunkt eines verständigen, nicht rechtskundigen Beteiligten für erforderlich gehalten werden durfte. Vorliegend geht es unter anderem um Fragen der Eröffnung des Rechtsweges mit europarechtlichen Bezug und die Auslegung dieser Normen sowie um Fragen des Gesetzesvorranges, die sich für beteiligte Unternehmen nicht ohne weiteres beantworten lassen.

2. Darüber hinaus war die Antragsgegnerin bereits im Vergabeverfahren anwaltlich vertreten, sodass aus dem Gesichtspunkt der „Waffengleichheit“ von der Vergabekammer die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes durch die Antragstellerin für erforderlich zu erklären war.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, bei dem Beschwerdegericht

Oberlandesgericht Frankfurt am Main, - Vergabesenat -Zeil 42, 60256 Frankfurt am Main

einulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit der Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt. Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.