

<b>Gericht:</b>	KG Berlin Vergabesenat
<b>Entscheidungsdatum:</b>	02.11.2021
<b>Aktenzeichen:</b>	Verg 3/21
<b>Dokumenttyp:</b>	Beschluss
<b>Quelle:</b>	
<b>Normen:</b>	§ 70 Abs 2 S 4 GWB, § 165 Abs 1 GWB, § 165 Abs 2 GWB, Art 103 Abs 1 GG
<b>Zitiervorschlag:</b>	KG Berlin, Beschluss vom 2. November 2021 - Verg 3/21 -, juris

---

### Leitsatz

Die Vergabenachprüfungsinstanzen können auf einen Akteneinsichts Antrag nach § 165 Abs. 1 GWB die Offenlegung von Unterlagen in den Vergabeakten, deren Geheimhaltung zur Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen verlangt wird (§ 165 Abs. 2 GWB), entsprechend § 70 Abs. 2 Satz 4 GWB anordnen, soweit es für die Entscheidung auf die Tatsachen oder Beweismittel in diesen Unterlagen ankommt, andere Möglichkeiten der Sachaufklärung nicht bestehen und nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalls die Bedeutung der Sache für die Sicherung des Wettbewerbs das Interesse an der Geheimhaltung überwiegt. Die Offenlegung geheimhaltungsbedürftiger Umstände scheidet daher aus, soweit diese Umstände für die Entscheidung der Nachprüfungsinstanzen unerheblich sind oder den Beteiligten, soweit sie für die Entscheidung erheblich sind, in einer den Anforderungen des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) genügenden Weise ohnehin bekannt sind.

### Verfahrensgang

vorgehend Vergabekammer des Landes Berlin, 13. August 2021, VK-B2-26/21

### Tenor

Auf die sofortige Beschwerde der Beigeladenen zu 1) vom 19. August 2021 wird der Beschluss der Vergabekammer des Landes Berlin, 2. Beschlussabteilung - VK - B 2 - 26/21 - vom 13. August 2021 dahin abgeändert, dass der Antragstellerin und der Beigeladenen zu 2) Akteneinsicht in die Seiten 99 bis 103 sowie 128 und 129 des Ordners der Vergabeakten mit dem Angebot der Beigeladenen zu 1) nach Maßgabe der als Anlage zu diesem Beschluss genommenen geschwärzten Kopien gewährt wird. Im Übrigen wird die sofortige Beschwerde der Beigeladenen zu 1) zurückgewiesen.

Die gerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens haben die Beigeladene zu 1) und die Beigeladene zu 2) je zur Hälfte zu tragen. Die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu 1) hat die Beigeladene zu 2) zur Hälfte zu tragen; im Übrigen findet eine Erstattung außergerichtlicher Kosten des Beschwerdeverfahrens nicht statt.

Der Streitwert des Beschwerdeverfahrens wird auf 14.383,53 Euro festgesetzt.

### Gründe

I.

1 Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist ein im Zwischenverfahren ergangener Beschluss der Vergabekammer, mit dem sie der Antragstellerin und der Beigeladenen zu 2) unter anderem Einsicht in zwei bei den Vergabeakten befindliche Schreiben der Beigeladenen zu 1) an den Antragsgegner bewilligt hat. Die Beigeladene zu 1) wendet sich mit ihrer sofortigen Beschwerde in Teilen gegen die Offenlegung dieser von ihr als geheimhaltungsbedürftig angesehenen Schreiben. Während die Antragstellerin keine Einwände gegen die begehrte Geheimhaltung erhoben hat, hält die Beigeladene zu 2) die Offenlegung für geboten; der Antragsgegner hat sich zur Sache nicht geäußert.

II.

2 Die sofortige Beschwerde der Beigeladenen zu 1) ist zulässig und überwiegend, wie aus dem Beschlusstenor ersichtlich, begründet.

3 1. Die sofortige Beschwerde der Beigeladenen zu 1) ist nach § 171 Abs. 1 S. 1 GWB statthaft und auch sonst zulässig, insbesondere nach Maßgabe des § 172 GWB form- und fristgerecht eingelegt. Zwar sind entgegen des Wortlautes des § 171 Abs. 1 S. 1 GWB nicht sämtliche Entscheidungen der Vergabekammer, sondern grundsätzlich nur ihre Endentscheidungen mit der sofortigen Beschwerde anfechtbar (vgl. nur Lischka in: Müller-Wrede, GWB, 1. Auflage 2016, § 171 Rn. 21 f. m.w.N.). Eine anerkannte Ausnahme besteht aber, wenn die Vergabekammer einem Verfahrensbeteiligten Einsicht in Bestandteile der Akten gewährt, für die wie vorliegend ein anderer Verfahrensbeteiligter Geheimschutz oder die Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen beansprucht (vgl. BGH, Beschluss vom 31. Januar 2017 - X ZB 10/16 -, juris Rn. 52; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. Dezember 2007 - VII-Verg 40/07 -, juris Rn. 21; Senat, Beschluss vom 1. Juli 2020 - Verg 1001/20). Beteiligte des Zwischenverfahrens sind sämtliche auch sonst am Nachprüfungsverfahren Beteiligte, wobei der Senat über die sofortige Beschwerde abweichend von § 175 Abs. 2 GWB in Verbindung mit § 65 Abs. 1 GWB ohne mündliche Verhandlung entscheiden konnte, weil Gegenstand des Beschwerdeverfahrens lediglich die Nebenentscheidung der Vergabekammer über die Akteneinsicht ist (vgl. Senat, Beschluss vom 1. Juli 2020 - Verg 1001/20).

4 2. Die sofortige Beschwerde der Beigeladenen zu 1) ist auch überwiegend begründet.

5 a) Nach § 165 Abs. 1 GWB hat die Vergabekammer den Beteiligten Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren. Dieses Akteneinsichtsrecht ist zum einen durch das Rechtsschutzbedürfnis des Akteneinsicht begehrenden Beteiligten begrenzt. Deswegen besteht es nur im Rahmen des Verfahrensgegenstandes und nur soweit es der Durchsetzung der subjektiven Rechte (§ 97 Abs. 6 GWB) oder hiergegen gerichteter Einwendungen eines Beteiligten dient. Zum anderen können Geheimhaltungsinteressen anderer Beteiligter der Akteneinsicht entgegenstehen. So hat die Vergabekammer nach § 165 Abs. 2 GWB die Einsicht in die Unterlagen zu versagen, soweit dies aus wichtigen Gründen, insbesondere des Geheimschutzes oder zur Wahrung von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen, geboten ist. Dies wird durch den entsprechend anwendbaren § 70 Abs. 2 S. 4 GWB begrenzt, wonach das Gericht die Offenlegung von Tatsachen oder Beweismitteln, deren Geheimhaltung aus wichtigen Gründen, insbesondere zur Wahrung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen, verlangt wird, nach Anhörung des von der Offenlegung Betroffenen durch Beschluss anordnen kann, soweit es für die Entscheidung auf diese Tatsachen oder Beweismittel ankommt, andere Möglichkeiten der Sachaufklärung nicht bestehen und nach Abwägung aller Umstände des Einzelfalles die Bedeutung der Sache für die Si-

cherung des Wettbewerbs das Interesse des Betroffenen an der Geheimhaltung überwiegt (vgl. Senat, Beschluss vom 1. Juli 2020 - Verg 1001/20).

- 6 b) Nach diesen Grundsätzen stehen Geheimhaltungsinteressen der Beigeladenen zu 1) der Offenlegung ihrer Schreiben vom 27. April 2021 und 21. Mai 2021 (Bl. 98 bis 129 des Ordners der Vergabeakten mit dem Angebotsunterlagen der Beigeladenen zu 1)) überwiegend entgegen, soweit sie sich gegen deren Offenlegung gewandt hat.
- 7 aa) Mit der Vergabekammer ist davon auszugehen, dass sich die Beigeladene zu 1) für beide Schreiben überwiegend auf berechnigte Geheimhaltungsinteressen berufen kann, soweit sie sich mit ihrer sofortigen Beschwerde gegen die von der Vergabekammer angeordnete Offenlegung wendet, weil die Schreiben insoweit ihr zustehende Geschäftsgeheimnisse im Sinne des § 165 Abs. 2 GWB enthalten. Allerdings waren die Schwärzungen auf Seite 1 des Schreibens vom 21. Mai 2021 in dem aus der Anlage zu diesem Beschluss ersichtlichen Umfang geringfügig zu beschränken, weil der insoweit offengelegte Satzteil ("LV-Pos. 01.00.0008 'Anlagen Entwässerung betreiben'") keine Geheimnisse enthält. Insbesondere offenbart er keine Einzelheiten der von der Beigeladenen zu 1) vorgeschlagenen technischen Lösung zur Erfüllung des ausgeschriebenen Auftrags, sondern verweist lediglich auf die Vorgaben aus der Leistungsbeschreibung des Antragsgegners.
- 8 bb) Eine Offenlegung der Teile ihrer Schreiben, für die die Beigeladene zu 1) sich danach auf Geheimhaltungsinteressen berufen kann und die die Vergabekammer in dem angefochtenen Beschluss nicht als geheimhaltungsbedürftig angesehen hat, kommt entsprechend § 70 Abs. 2 S. 4 GWB deswegen nicht in Betracht, weil weder feststellbar ist, dass es nach gegenwärtigem Sach- und Streitstand auf die jeweiligen Textpassagen für die Entscheidung der Vergabekammer über den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ankäme noch dass andere Möglichkeiten der Sachaufklärung nicht bestünden.
- 9 (1) So geht die Antragstellerin davon aus, dass sie ihre Rügen auch mit den übrigen ihr bekannten oder aus den Vergabeakten nach Akteneinsicht noch bekannt werdenden Tatsachen begründen kann und die Vergabekammer sich dementsprechend auf die von der Beigeladenen zu 1) für geheimhaltungsbedürftig gehaltenen Passagen ihrer Schreiben nicht zur Begründung ihrer Entscheidung wird berufen müssen. Hinzu kommt, dass der Antragsgegner sich insbesondere mit Schriftsatz vom 6. August 2021, von der Beigeladenen zu 1) mit der Anlage Ast 4 zu ihrer Beschwerdeschrift in Kopie vollständig zu den Akten gereicht, eingehend zu Einzelheiten der von der Beigeladenen zu 1) gewählten Lösung geäußert hat, um den Rügen der Antragstellerin zu begegnen. Die insoweit vortragenen tatsächlichen Umstände darf und muss die Vergabekammer bei ihrer Entscheidung berücksichtigen. Das ist auch unter dem Gesichtspunkt rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) dann nicht zu beanstanden, wenn und soweit die Wiedergabe des Inhalts der Unterlagen genügt, um hierauf die Entscheidung stützen zu können, und eine Offenbarung auch der Unterlagen selbst in allen ihren Einzelheiten hierfür nicht notwendig ist (vgl. § 70 Abs. 2 S. 3 GWB sowie BGH, Beschluss vom 31. Januar 2017 - X ZB 10/16 -, juris Rn. 55).
- 10 Dann haben nämlich sämtliche Beteiligte, den Vorgaben des Art. 103 Abs. 1 GG entsprechend, Kenntnis von den entscheidungserheblichen Umständen und auch die Möglichkeit, sich hierzu zu äußern.

- 11 (2) Soweit demgegenüber die Beigeladene zu 2) auch die Offenlegung der von der Beigeladenen zu 1) für geheimhaltungsbedürftig gehaltenen Passagen der Schreiben vom 27. April 2021 und 21. Mai 2021 für eine Entscheidung über den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin für geboten hält, erschließt sich dies nach gegenwärtigem Sach- und Streitstand nicht. Die Antragstellerin hatte im Wesentlichen gerügt, der Antragsgegner habe bei den Angeboten beider Beigeladener keine ordnungsgemäße Preisprüfung durchgeführt; es sei anzunehmen, dass sich bei beiden Angebote nicht ermessensfehlerfrei habe feststellen lassen, dass sie auskömmlich seien, weswegen sie auszuschließen gewesen seien. Ferner hat die Antragstellerin geltend gemacht, die Beigeladenen hätten mit ihren Angeboten eine nicht den Vorgaben der Ausschreibung entsprechende Leistung angeboten, so dass die Angebote nicht zuschlagsfähig seien. Für die Beurteilung beider Rügen ist nicht ersichtlich, inwieweit es über die auch aus den Schreiben ohne die geschwärzten Stellen erkennbaren Inhalte weiterer Einzelheiten bedürfen würde, um die Berechtigung der von der Antragstellerin erhobenen vergaberechtlichen Rügen beurteilen zu können. Das gilt auch für die Frage, ob die von der Beigeladenen zu 1) verwendete Entwässerungstechnik den Vorgaben der Ausschreibung entspricht. Die insoweit von der Beigeladenen zu 2) erhobene Einwendung, die Beigeladene zu 1) biete keine maschinelle Entwässerung an, ist nach dem Vorbringen des Antragsgegners möglicherweise unerheblich, so dass es schon deswegen auf Einzelheiten der von der Beigeladenen zu 1) genutzten Entwässerungstechnik nicht ankäme. Im Übrigen ist nach derzeitigem Sach- und Streitstand auch sonst nicht ersichtlich, dass sich nicht bereits auf der Grundlage der bereits bekannten Umstände und gegebenenfalls der Mitteilung weiterer Tatsachen (vgl. § 70 Abs. 2 S. 3 GWB) klären ließe, ob das von der Beigeladenen zu 1) verwendete Verfahren eine maschinelle Entwässerungstechnik ist, soweit es eben überhaupt darauf ankommen sollte.
- 12 (3) Auch aus den Erwägungen in dem angefochtenen Beschluss der Vergabekammer kann der Senat nicht entnehmen, dass es zur ordnungsgemäßen Begründung ihrer Entscheidung über den Nachprüfungsantrag einer weitergehenden Offenlegung der Schreiben der Beigeladenen zu 1) bedürfen würde als diese sie nunmehr selbst erlaubt und dass, als milderer Mittel, nicht gegebenenfalls auch der Vortrag des wesentlichen Inhalts der Schreiben, ohne hierbei die Geheimhaltungsinteressen der Beigeladenen zu 1) zu berühren, genügen würde, um die Entscheidung unter Wahrung des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) der übrigen Beteiligten begründen zu können.
- 13 cc) Soweit die Beigeladene zu 1) das ihrer Beschwerdeschrift beigefügte Schreiben vom 27. April 2021 in größerem Umfang offengelegt hat als die Vergabekammer dies in dem angefochtenen Beschluss angeordnet hatte, waren der Antragstellerin und Beigeladenen zu 2) diese Teile des Schreibens mit diesem Beschluss ebenfalls zugänglich zu machen, weil die Beigeladene zu 1) sich insoweit ersichtlich nicht (mehr) auf Geheimhaltungsinteressen beruft (vgl. § 165 Abs. 3 GWB), so dass einer Offenlegung schon deswegen nichts (mehr) entgegensteht.
- III.
- 14 Die Kostenentscheidung beruht auf § 175 Abs. 2 GWB in Verbindung mit § 71 S. 1 GWB. Es entsprach dem danach maßgeblichen billigen Ermessen, der Beigeladenen zu 2) die gerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu 1) zur Hälfte aufzuerlegen, weil sie sich aktiv gegen die von der Beigeladenen zu 1) erstrebte weitergehende Geheimhaltung gewendet hat und insoweit

überwiegend unterlegen war (vgl. nur Mockel in: Müller-Wrede, GWB, 1. Auflage 2016, § 175 Rn. 76 f. m.w.N.); ihr insgesamt die Kosten der Beigeladenen zu 1) aufzuerlegen erschien demgegenüber wegen der weiteren an dem Beschwerdeverfahren Beteiligten nicht angemessen. Insoweit entsprach es billigem Ermessen von der Anordnung einer Kostenerstattung abzusehen, weil die Antragstellerin sich nicht die von der Beigeladenen zu 1) angestrebte weitergehende Geheimhaltung ihrer Schreiben gewandt und der Antragsgegner sich überhaupt nicht zur Sache geäußert hat.

IV.

- 15 Der Streitwert war für das Beschwerdeverfahren gemäß § 48 Abs. 1 GKG in Verbindung mit § 3 ZPO auf ein Zwanzigstel des nach § 50 Abs. 2 GKG für das Beschwerdeverfahren über den Nachprüfungsantrag selbst maßgeblichen Streitwertes festzusetzen (ebenso OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. Dezember 2007 - VII-Verg 40/07 -, juris Rn. 46). Eine Anwendung des § 50 Abs. 2 GKG kommt bei einem Beschwerdeverfahren, das sich auf einen lediglich Fragen der Akteneinsicht betreffenden Beschluss der Vergabekammer in einem Zwischenverfahren bezieht, nicht in Betracht (vgl. etwa Elzer in: Hartmann/Toussaint, Kostenrecht, 50. Auflage 2020, § 50 GKG Rn. 4 m.w.N.), weil die Entscheidung nicht die Auftragsvergabe als solche zum Gegenstand hat und die Anknüpfung an den Wertansatz als pauschalierten Gewinn nicht passend erscheint (vgl. Senat, Beschluss vom 1. Juli 2020 - Verg 1001/20). Von den gemäß § 50 Abs. 2 GKG maßgeblichen 5% des Bruttoauftragswertes nach Maßgabe des Angebotes der Antragstellerin - das sind 287.670,58 Euro - entsprach es vorliegend billigem Ermessen im Sinne des § 3 ZPO ein Zwanzigstel als Streitwert für das auf die Akteneinsicht bezogene Beschwerdeverfahren anzusetzen, mithin 14.383,53 Euro. Zwar wird insoweit im Regelfall die Festsetzung eines Zehntels billigem Ermessen entsprechen (vgl. Senat, Beschluss vom 1. Juli 2020 - Verg 1001/20). Vorliegend beschränkte sich die Auseinandersetzung über den Umfang der Offenlegung und die insoweit von der Beigeladenen zu 1) eingewandten Geheimhaltungsinteressen aber auf wenige Sätze, so dass eine Halbierung dieses Regelsatzes angemessen erschien.