


Gericht:	OLG Düsseldorf Vergabesenat
Entscheidungsdatum:	17.04.2023
Aktenzeichen:	Verg 36/21
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2023:0417.VERG36.21.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Zitiervorschlag:	OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. April 2023 – Verg 36/21 –, juris

Tenor

Auf die Gegenvorstellung der Antragstellerin wird der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren in Abänderung der Festsetzung im Senatsbeschluss vom 22. Juni 2022 auf bis 8.500.000,00 Euro festgesetzt.

Die Gegenvorstellung der Antragsgegnerin wird als unzulässig verworfen.

Gründe

- 1 Die in Ermangelung eines anderweitigen Rechtsbehelfs als Gegenvorstellung auszulegende Beschwerde der Antragstellerin vom 6. Juli 2022, mit der sie sich gegen die Festsetzung des Gegenstandswerts auf bis 12.250.000,00 Euro wendet und eine Herabsetzung auf bis 850.000,00 Euro erstrebt, ist zulässig, in der Sache hat sie jedoch nur den aus dem Tenor ersichtlichen Teilerfolg. Die Gegenvorstellung der Antragsgegnerin vom 1. August 2022, mit der sie eine Heraufsetzung des Gegenstandswerts auf bis 29.288.682,83 Euro erstrebt, ist bereits unzulässig.
- 2 1. Eine Beschwerde gegen Wertfestsetzung des Senats ist nicht eröffnet, gemäß § 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. Satz 3 GKG findet eine Beschwerde an einen obersten Gerichtshof des Bundes nicht statt. Die Beschwerde der Antragstellerin ist daher als Gegenvorstellung auszulegen.
- 3 a) Die Gegenvorstellung ist gesetzlich nicht geregelt; sie stellt eine Anregung an das Gericht dar, eine für die Partei unanfechtbare Entscheidung zu ändern. Deshalb kommt sie nur dann in Betracht, wenn das Gericht zu einer Änderung seiner Entscheidung befugt ist und diese auch von Amts wegen vornehmen durfte (BGH, Beschluss vom 18. Oktober 2018, IX ZB 31/18, NZI 2018, 958 Rn. 13). Diese Voraussetzung ist bei der Gegenstands- beziehungsweise Streitwertfestsetzung erfüllt. Gemäß § 63 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 GKG kann das Gericht, das den Wert festgesetzt hat, die Festsetzung innerhalb von sechs Monaten, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat, von Amts wegen ändern. Gegen eine mit der Beschwerde nicht anfechtbare Festsetzung des Gegenstandswerts ist eine Gegenvorstellung daher in der für eine Beschwerde geltenden Sechs-Monats-Frist des § 68 Abs. 1 Satz 3 GKG statthaft (BGH, Beschluss vom 6. Februar 2020, V ZR 328/18, BeckRS 2020, 2775 Rn. 2; BGH, Beschluss vom 7. April 2011, VII ZR 66/07, BeckRS 2011, 9700 Rn. 7).
- 4 b) In der Sache hat die Gegenvorstellung der Antragstellerin jedoch nur den aus dem Tenor ersichtlichen Teilerfolg. Eine weitergehende Herabsetzung des Gegenstandswerts für die verfahrensgegenständliche Vergabe eines Rahmenvertrages über die Lieferung

von neuen Sturmgewehren nebst Zubehör für die Bundeswehr nach EU-weiter Ausschreibung eines Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb (Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union, Bekanntmachungsnummer 2017/S 078-151422) ist nicht gerechtfertigt.

- 5 aa) Die Entscheidung über die Festsetzung des Werts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Danach beträgt der Streitwert im Verfahren über die Beschwerde gegen die Entscheidung der Vergabekammer fünf Prozent der Bruttoauftragssumme. Dabei ist auch im Vergaberecht der Wert des Verfahrensgenstands grundsätzlich nach dem Interesse des Antragstellers am Ausgang des Verfahrens zu bemessen (BGH, Beschluss vom 25. Oktober 2011, X ZB 5/10, NZBau 2012, 186 Rn. 18). Da der Auftrag zur Zeit des Nachprüfungsverfahrens typischerweise noch nicht erteilt ist und dieser Betrag dementsprechend noch nicht feststeht, ist regelmäßig auf die Summe des Angebots abzustellen, das der Antragsteller im Nachprüfungsverfahren eingereicht hat, weil er mit dem Nachprüfungsantrag seine Chance auf den Auftrag wahren will (BGH, Beschluss vom 18. März 2014, X ZB 12/13, NZBau 2014, 452 Rn. 7), weshalb in der Regel vom Bruttoauftragswert seines Angebots auszugehen ist (Senatsbeschluss vom 10. Februar 2021, VII-Verg 22/20, BeckRS 2021, 8801 Rn. 56). Der Fünf-Prozent-Regelung des § 50 Abs. 2 GKG liegt eine pauschalisierte Gewinnannahme zugrunde (OLG Koblenz, Beschlüsse vom 23. Mai 2018, Verg 2/18, NZBau 2018, 639 Rn. 6, und vom 12. Dezember 2022, Verg 3/22, BeckRS 2022, 37797 Rn. 54).
- 6 Bei Rahmenverträgen wird der Wert nach §§ 3 Abs. 4 VgV, 3 Abs. 6 VSVgV auf der Grundlage des geschätzten Gesamtwerts aller Einzelaufträge berechnet, die während der Laufzeit geplant sind. Liegt - wie vorliegend - ein Angebot des Antragstellers vor, tritt dieses zwar an die Stelle der Schätzung des Auftraggebers, es verbleibt jedoch beim Grundsatz einer Wertberechnung auf der Grundlage aller geplanten Einzelaufträge. Maßgeblich für die Wertermittlung ist folglich bei Rahmenverträgen die Höchstabnahmemenge. Die zu Liefer- und Dienstverträgen, bei deren Wertermittlung nach §§ 3 Abs. 1 VgV, 3 Abs. 1 VSVgV Optionen zu berücksichtigen sind, ergangene Rechtsprechung, wonach die Ungewissheit darüber, ob der Auftraggeber das Optionsrecht ausüben wird, mit einem angemessenen Abschlag vom vollen Auftragswert zu berücksichtigen ist (BGH, Beschluss vom 18. März 2014, X ZB 12/13, NZBau 2014, 452 Rn. 13), ist auf Rahmenvereinbarungen nicht übertragbar.
- 7 bb) Bei Anwendung dieser Grundsätze ist eine Herabsetzung des Gegenstandswerts auf bis 8.500.000,00 Euro gerechtfertigt, der auf der Annahme eines Bruttoauftragswerts von [...] Euro fußt.
- 8 Bei der Ermittlung des Bruttoauftragswerts ist vom Preisblatt der Antragstellerin Anlage BG 15 auszugehen, wobei als solche bezeichnete alternative Rechnungspositionen außer Betracht zu bleiben haben. Danach errechnet sich ein Nettoauftragswert von [...] Euro. Zu diesem Betrag ist die gesetzliche Umsatzsteuer von 19 Prozent hinzuzusetzen. Abzustellen ist insoweit auf den voraussichtlichen Lieferzeitraum, die temporäre Herabsetzung auf 16 Prozent im zweiten Halbjahr 2020 ist für die verfahrensgegenständliche Vergabe ohne Relevanz. Zu dem sich daraus errechnenden Bruttoauftragswert von [...] Euro tritt noch der hinsichtlich des Umsatzsteuersatzes korrigierte Betrag von [...] Euro für die Nachweismuster, woraus sich der eingangs genannte Bruttoauftragswert von [...] Euro errechnet, aus dem sich der in die Gebührenstufe bis 8.500.000,00 Euro fallende Gegenstandswert ergibt.

- 9 2. Die Gegenvorstellung der Antragsgegnerin, mit der sie eine Heraufsetzung des Gegenstandswerts auf bis 29.288.682,83 Euro erstrebt, ist bereits unzulässig, weil sie ausdrücklich im Namen der Antragsgegnerin eingelegt ist, eine Partei aber - jedenfalls in der Regel - nur mit dem Ziele der Herabsetzung des Werts Beschwerde einlegen oder Gegenvorstellung erheben kann (BGH, Beschluss vom 12. Februar 1986, IVa ZR 138/83, NJW-RR 1986, 737), da sie durch einen zu niedrig festgesetzten Wert nicht beschwert ist (BGH, Beschluss vom 20. September 2018, I ZR 122/17, ZUM 2019, 193 Rn. 8; BGH, Beschluss vom 20. Dezember 2011, VIII ZB 59/11, BeckRS 2012, 3303 Rn. 6; VGH München, Beschluss vom 20. April 2020, 15 C 20.700, BeckRS 2020, 9511 Rn. 2; KG, Beschluss vom 1. März 2016, 23 W 7/16, BeckRS 2016, 4641 Rnrn. 4, 5; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Dezember 2022, VI-2 Kart 1/20).
- 10 Lediglich ergänzend merkt der Senat an, dass ein zusätzlicher wirtschaftlicher Wert der in § 28 des Vertragsentwurfs geregelten Vereinbarung über den Abschluss weiterer Lieferverträge schon deswegen zweifelhaft ist, weil die verfahrensgegenständliche Rahmenvereinbarung mit Erreichen der Höchstabnahmemenge nach § 6 Abs. 1 ihre Wirksamkeit verlieren dürfte (vgl. EuGH, Urteil vom 14. Juli 2022, C-274/21, NZBau 2022, 670 Rn. 67 - EPIC Financial Consulting).