BayObLG, Beschluss v. 11.06.2026 – Verg 2/26 e

Titel:

Bereichsausnahme des § 149 Nr. 8 GWB bei Konzessionsvergaben für öffentliche Kommunikationsnetze

Normenkette:

GWB § 105 Abs. 1 Nr. 2, § 149 Nr. 8, § 182 Abs. 3 S. 1, S. 3

Leitsätze:

1. Voraussetzung des Kostenverschuldens nach § 182 Abs. 3 S. 3 GWB ist, dass durch das Verhalten des Beteiligten kausal und schuldhaft, also unter Außerachtlassung der erforderlichen und zumutbaren Sorgfalt, Kosten ausgelöst wurden. (Rn. 18) (redaktioneller Leitsatz)

2. Ob die Bereichsausnahme nach § 149 Nr. 8 GWB in Fällen Anwendung findet, in denen der öffentliche Auftraggeber das öffentliche Kommunikationsnetz nicht selbst in Eigenregie betreiben, sondern auch den Betrieb des Netzes dem Konzessionsnehmer übertragen will, ist bislang in der Rechtsprechung und Literatur umstritten, sodass die Vergabestelle nicht schuldhaft iSd § 182 Abs. 3 S. 3 GWB handelt, wenn sie sich für eine der beiden in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Ansichten entscheidet. (Rn. 19 – 24) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Dienstleistungskonzession, Bereichsausnahme, Nachprüfungsverfahren, Kostentragung, Verschulden, Rechtswegangabe, Vergabekammer, Wettbewerb, Teilnahme, Ablehnung, Nachprüfungsantrag, Konzessionsvergabe, Kommunikationsnetze, Gigabit-Netz, Vergabeverfahren, Kostenverschulden

Vorinstanz:

Vergabekammer München, Beschluss vom 12.02.2026 – 3194.Z3-3_01-25-87

Fundstelle:

NZBau 2026, 686

Tenor

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer Südbayern vom 12. Februar 2026, 3194.Z3-3_01-25-87, wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

1

Mit Bekanntmachung vom 17. September 2025, veröffentlicht im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union am 19. September 2025, schrieb die Antragsgegnerin eine Dienstleistungskonzession im Wirtschaftlichkeitslückenmodell für die Planung, Errichtung und den Betrieb eines Gigabit-Netzes im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb aus. Ziffer 5.1.16. enthält unter der Überschrift „Weitere Informationen, Schlichtung und Nachprüfung“ folgende Angaben:

„Schlichtungsstelle: Regierung von Oberbayern Überprüfungsstelle: Regierung von Oberbayern Informationen über die Überprüfungsfristen: Hinsichtlich der Einleitung von Nachprüfungsverfahren wird auf § 160 GWB verwiesen. Ein Antragsteller hat einen von ihm festgestellten Verstoß gegen Vergabevorschriften nach Erkennen unverzüglich zu rügen. Lehnt der Auftraggeber es ab, der Rüge abzuhelfen, so muss der Antragsteller innerhalb von 15 Kalendertagen nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, dieser Rüge nicht abzuhelfen, den Antrag auf die Einleitung eines Vergabenachprüfungsverfahrens stellen (vgl. § 160 GWB).“

2

In Ziffer 8.1 ist als Organisation die Regierung von Oberbayern mit der „Kontaktperson: – Vergabekammer Südbayern -“ angeführt und unter „Rollen dieser Organisation“ erläutert „Überprüfungsstelle“.

3
Die Antragstellerin reichte fristgerecht einen Teilnahmeantrag ein. Mit Informationsschreiben nach § 134 GWB vom 17. November 2025 unterrichtete die Antragsgegnerin die Antragstellerin davon, dass ihr Teilnahmeantrag abgelehnt und sie im Verhandlungsverfahren nicht mehr berücksichtigt werden könne. Die Bewerbungsunterlagen erfüllten in erheblichem Umfang nicht die formellen und materiellen Anforderungen. Mit Schreiben vom 24. November 2025 beanstandete die Antragstellerin die Entscheidung der Antragsgegnerin als vergaberechtswidrig. Die Antragsgegnerin erklärte im Schreiben vom 26. November 2025, den Rügen nicht abzuhelfen. Auch den erneuten Rügen der Antragstellerin vom 28. November 2025 half die Antragsgegnerin nicht ab.

4
Mit Schreiben vom 11. Dezember 2025 hat die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag gestellt und Verstöße gegen das Wettbewerbsgebot durch die Vorgaben zu den Referenzen sowie gegen das Transparenzgebot aufgrund der Anforderungen zur technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit geltend gemacht. Zudem seien die Vergabeunterlagen teilweise unklar, die Anforderungen zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit unangemessen und die fehlende Nachforderung von Unterlagen ermessensfehlerhaft.

5
Die Antragstellerin hat beantragt,

1. ein Vergabenachprüfungsverfahren einzuleiten;

2. der Antragsgegnerin aufzugeben, den Teilnahmewettbewerb unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer wiederzueröffnen;

3. hilfsweise für den Fall der Abweisung des Antrags zu 2.: der Antragsgegnerin aufzugeben, geeignete Maßnahmen zu treffen, um die von der Vergabekammer festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen;

4. hilfsweise für den Fall der Erledigung des Nachprüfungsverfahrens durch Erteilung des Zuschlags, durch Aufhebung oder in sonstiger Weise: festzustellen, dass eine Rechtsverletzung vorgelegen hat und einen ggf. erklärten Zuschlag für unwirksam zu erklären.

6
Die Antragsgegnerin hat beantragt,

1. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin Ziffer 2, Ziffer 3 und Ziffer 4 wird als unzulässig verworfen.

2. Hilfsweise für den Fall der Ablehnung des Antrags Ziffer 1 wird beantragt, den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin Ziffer 2, Ziffer 3 und Ziffer 4 als unbegründet zurückzuweisen.

7
Der Nachprüfungsantrag sei unzulässig. Da die Bereichsausnahme nach § 149 Nr. 8 GWB einschlägig sei, fänden die Vorschriften des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen keine Anwendung. Soweit in den Ausschreibungsunterlagen auf Normen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen verwiesen werde, begründe dies keinen Anspruch der Antragstellerin auf deren Anwendung. Die Angaben zur zuständigen Nachprüfungsstelle seien ein Pflichtfeld im Rahmen der Bekanntmachung; die Prüfung, ob der Primärrechtsweg eröffnet sei, obliege der Nachprüfungsstelle selbst. Ferner sei die Antragstellerin mit ihren Rügen im Wesentlichen präkludiert. Der Nachprüfungsantrag sei jedenfalls offensichtlich unbegründet.

8
Auf den Hinweis der Vergabekammer vom 27. Januar 2026, dass der Nachprüfungsantrag nach § 149 Nr. 8 GWB unzulässig sei, führte die Antragstellerin aus, die Bereichsausnahme sei eng auszulegen. Sie sei nicht einschlägig, wenn wie vorliegend die zu vergebende Konzession nicht dazu diene, dem öffentlichen Auftraggeber das eigene Betreiben des Netzes zu ermöglichen, sondern der private Konzessionsnehmer die Kommunikationsdienste eigenverantwortlich erbringen solle. Nach dem Wortlaut sei zu unterscheiden zwischen dem Bereitstellen des Netzes und der Konzession selbst. Erforderlich sei in jedem Fall, dass der öffentliche Auftraggeber unmittelbaren Zugriff auf das Netz habe, was vorliegend gerade nicht der Fall sei.

Für diese Auslegung spreche insbesondere die Historie; die ursprünglich in § 100 Abs. 2 Buchst. k) GWB vorgesehene Bereichsausnahme habe der Monopolstruktur im Telekommunikationsmarkt Rechnung getragen. In monopolistisch geprägten Märkten machten Ausschreibungen keinen Sinn. Nach der Liberalisierung des Telekommunikationsmarkts sei die Rechtfertigung für die weite Ausnahme entfallen und nunmehr nur noch eine bewusst eng gefasste Ausnahme verblieben.

9
Die Vergabekammer hat mit Beschluss vom 12. Februar 2026 den Nachprüfungsantrag als unzulässig verworfen (Ziffer 1), der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin auferlegt (Ziffer 2), eine Gebühr von 9.020,00 € für das Verfahren festgesetzt (Ziffer 3) und die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin für notwendig erklärt (Ziffer 4). Der Nachprüfungsantrag sei unzulässig, da aufgrund der Bereichsausnahme nach § 149 Nr. 8 GWB der Vierte Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht anwendbar sei. Bei dem ausgeschriebenen Vertrag handle es sich um eine Dienstleistungskonzession nach § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Das Gigabit-Netz sei ein öffentliches Kommunikationsnetz im Sinne des § 149 Nr. 8 GWB. Die Antragsgegnerin beabsichtige mit der zu vergebenden Dienstleistungskonzession auch, die Bereitstellung eines öffentlichen Kommunikationsnetzes zu ermöglichen. Für die Anwendbarkeit der Bereichsausnahme genüge es, dass der Konzessionsgeber die Bereitstellung von öffentlichen Kommunikationsnetzen dadurch realisiere, dass er sich bei der Ausführung des Dienstes externer Dritter bediene. Es sei nicht erforderlich, dass er selbst das Kommunikationsnetz betreibe. Dies ergebe sich schon aus dem Wortlaut der Norm, wonach dem Konzessionsgeber die Bereitstellung oder der Betrieb eines Kommunikationsnetzes ermöglicht werde. Dies schließe gerade nicht aus, dass er sich dazu externer Dritter bediene. Für die Vergabe einer Konzession, für die § 149 Nr. 8 GWB gelte, sei es gerade typisch, dass der Konzessionsgeber die Tätigkeiten, welche die Konzession ausfüllten, nicht selbst erbringe. Aus diesen Gründen folge die Vergabekammer auch nicht der anderweitigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts Potsdam im Beschluss vom 18. November 2025 (3 L 907/25). Wenn die Bereichsausnahme nur dann einschlägig wäre, wenn der Konzessionsgeber selbst das Netz betreibe, bestünde praktisch keine Notwendigkeit, überhaupt ein Konzessionsverfahren durchzuführen, da – entgegen dem Wesen der Konzession – in einem solchen Fall gerade keine Übertragung auf einen anderen (den Konzessionär) vorgesehen sei. Als theoretischer Anwendungsfall bliebe dann nur noch die Konstellation, bei der ein öffentlicher Auftraggeber ein In-House-Konzessionsverfahren durchführe, um unter verschiedenen Eigenbetrieben einen als Konzessionär auszuwählen. Diese Vergabe wäre aber bereits nach § 108 GWB per se von der Anwendung des Vergaberechts ausgenommen. Die Aufteilung, dass die öffentliche Hand die Bereitstellung von Telekommunikationsnetzen für die Öffentlichkeit lediglich ermögliche und private Unternehmen die Anlagen betrieben, sei auch typisch für das Telekommunikationsrecht. Dass die Antragsgegnerin möglicherweise ursprünglich von der Anwendbarkeit des Vergaberechts ausgegangen sei, eine europaweite Bekanntmachung veranlasst und die Vergabekammer als zuständige Stelle für das Nachprüfungsverfahren benannt habe, führe zu keinem anderen Ergebnis. Denn eine aus welchen Gründen auch immer fälschlicherweise nach den Vorschriften des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen erfolgte Vergabe begründe keinen Zugang zu einem Nachprüfungsverfahren. Die Kosten des Verfahrens habe gemäß § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB die Antragstellerin zu tragen. Die Entscheidung über die Tragung der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin beruhe auf § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB. Die anwaltliche Vertretung der Antragsgegnerin sei erforderlich gewesen, da insbesondere die Fragen zur Anwendbarkeit des § 149 Nr. 8 GWB schwierige und nicht abschließend geklärte Rechtsfragen beinhalteten.

10
Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 25. Februar 2026 sofortige Beschwerde gegen Ziffer 2 des Beschlusses der Vergabekammer eingelegt. Die Antragsgegnerin habe die Kosten des Nachprüfungsverfahrens nach § 182 Abs. 3 Satz 3 GWB zu tragen. Die Antragsgegnerin habe in der Bekanntmachung angegeben, die Vergabekammer sei für die Überprüfung zuständig. Dies sei falsch, da nach Ansicht der Vergabekammer, die sich auf die herrschende Meinung stütze, die Bereichsausnahme des § 149 Nr. 8 GWB einschlägig sei. Durch die falsche Belehrung habe sich die Antragstellerin in ihrer Ansicht, der Vierte Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sei anwendbar, leiten lassen. Ohne die Belehrung hätte die Antragstellerin ein anderes Verfahren gewählt. Die Antragsgegnerin habe schuldhaft

gehandelt. Sie habe wissen müssen, dass die Zuständigkeit der Vergabekammer nicht eröffnet sei, was zudem ihrem Vortrag im Nachprüfungsverfahren entspreche.

11
Die Antragstellerin beantragt daher, Ziffer 2 des Beschlusses der Vergabekammer Südbayern vom 12. Februar 2026 aufzuheben und die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer und des Beschwerdeverfahrens sowie die notwendigen Auslagen, einschließlich der zu zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin für das Beschwerdeverfahren, der Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin aufzuerlegen.

12
Die Antragsgegnerin beantragt,

Die sofortige Beschwerde wird zurückgewiesen.

13
Die Voraussetzungen des § 182 Abs. 3 Satz 3 GWB lägen nicht vor. Die Anwendbarkeit der Bereichsausnahme werfe schwierige, nicht geklärte Rechtsfragen auf. Es habe hierzu keine Entscheidung der Vergabekammern Süd- oder Nordbayern, des Oberlandesgerichts München, des Bayerischen Obersten Landesgerichts und keine höchstrichterliche Rechtsprechung gegeben. Das Verwaltungsgericht Potsdam habe der Bereichsausnahme ein enges Verständnis zugrunde gelegt und sich für unzuständig erklärt. Die Angabe in der Bekanntmachung sei keine Rechtsbehelfsbelehrung, sondern nur eine Information. Ob der Nachprüfungsantrag statthaft sei, entscheide sich allein nach der objektiven Rechtslage, nicht nach den Angaben in der Bekanntmachung. Zudem fehle es an der Kausalität dieser Angaben für die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens durch die Antragstellerin. Diese habe noch nicht einmal angegeben, welches andere Verfahren sie ansonsten gewählt hätte. Zudem sei die Antragstellerin bereits durch einen Rechtsanwalt vertreten gewesen. Es sei davon auszugehen, dass dieser sie zu den Erfolgsaussichten und Risiken eines Nachprüfungsverfahrens beraten und die Antragstellerin in Kenntnis der Unsicherheiten bezüglich des Rechtswegs das Nachprüfungsverfahren eingeleitet habe. Wenn der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin ohne eigene Prüfung die Angaben in der Bekanntmachung übernommen habe, sei sein schuldhaftes Verhalten der Antragstellerin zuzurechnen. Zudem fehle es an einem Verschulden der Antragsgegnerin. Wegen der bestehenden Rechtsunsicherheiten sei die Nennung der Nachprüfungsstelle nicht zu beanstanden.

II.

14
Die zulässige sofortige Beschwerde der Antragstellerin bleibt in der Sache ohne Erfolg.

15
1. Der Senat kann über die sofortige Beschwerde, die sich nur gegen eine Nebenentscheidung richtet, ohne mündliche Verhandlung entscheiden (vgl. BayObLG, Beschluss vom 6. Juni 2023, Verg 8/23 e, juris Rn. 37; Beschluss vom 20. Oktober 2022, Verg 1/22, juris Rn. 18; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Oktober 2020, Verg 13/20, juris Rn. 12).

16
2. Die sofortige Beschwerde ist zulässig. Die Antragstellerin hat gegen den ihren Verfahrensbevollmächtigten am 12. Februar 2026 zugestellten Beschluss der Vergabekammer innerhalb der Frist des § 172 Abs. 1 GWB mit Schriftsatz vom 25. Februar 2026, eingegangen am 26. Februar 2026, Beschwerde eingelegt. Die Beschwerde ist auch statthaft, da Nebenentscheidungen nach § 171 Abs. 1 Satz 1 GWB selbständig anfechtbar sind (BGH, Beschluss vom 25. Oktober 2005, X ZB 26/05, juris Rn. 7; BayObLG, Beschluss vom 6. Juni 2023, Verg 8/23 e, juris Rn. 38; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Oktober 2020, Verg 13/20, juris Rn. 13).

17
3. Die Beschwerde bleibt aber in der Sache ohne Erfolg. Die Vergabekammer hat die Kosten des Verfahrens zutreffend nach § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB der Antragstellerin auferlegt. Die Voraussetzungen des § 182 Abs. 3 Satz 3 GWB liegen nicht vor, da es jedenfalls an einem Verschulden der Antragsgegnerin fehlt.

18

a) Gemäß § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB ist grundsätzlich das Unterliegen für die Kostentragungspflicht maßgeblich. Abweichend hiervon können jedoch nach § 182 Abs. 3 Satz 3 GWB kausal durch ein schuldhaftes Verhalten eines Beteiligten verursachte Kosten diesem auferlegt werden. Damit kann auch der obsiegende Beteiligte die gesamten Verfahrenskosten zu tragen haben (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 29. Mai 2020, 15 Verg 2/20, juris Rn. 38 f.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. März 2020, Verg 38/18, juris Rn. 28 ff.; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 16. April 2018, 11 Verg 1/18, juris Rn. 35). Erfasst sind davon insbesondere Fälle, in denen ein Nachprüfungsantrag aufgrund eines schuldhaften Verhaltens eines öffentlichen Auftraggebers gestellt wurde. In diesen Fällen soll es trotz Unzulässigkeit oder Unbegründetheit des Antrags möglich sein, die Kosten des Verfahrens dem Antragsgegner aufzuerlegen (OLG Karlsruhe, a. a. O., Rn. 39; OLG Düsseldorf, a. a. O.; OLG Frankfurt a. M., a. a. O.; Glahs in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 5. Aufl. 2024, § 182 Rn. 20). Voraussetzung des Kostenverschuldens nach § 182 Abs. 3 Satz 3 GWB ist, dass durch das Verhalten des Beteiligten kausal und schuldhaft, also unter Außerachtlassung der erforderlichen und zumutbaren Sorgfalt (vgl. OLG Düsseldorf, a. a. O., Rn. 26), Kosten ausgelöst wurden. In Betracht kommt dies auch in Fällen, in denen die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer durch eine unrichtig erteilte Belehrung über eine Zuständigkeit der Vergabekammer für die Rügen des Antragstellers kausal und schuldhaft, zumindest fahrlässig, verursacht wurden (OLG Frankfurt a. M., a. a. O., Rn. 25; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13. April 2011, Verg 14/11, juris Rn. 14 ff. zu § 128 Abs. 3 Satz 3 GWB a. F.; Hafkesbrink in BeckOK Vergaberecht, 39. Ed. 1. August 2024, § 182 GWB Rn. 88; Gerrit Landsberg in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 182 GWB Rn. 25). Angaben zum Rechtsweg müssen grundsätzlich richtig sein, da der Beteiligte sich außer in Fällen offensichtlicher Unrichtigkeit auf sie verlassen kann (OLG Frankfurt a. M., a. a. O., Rn. 44; vgl. auch BGH, Beschluss vom 12. Januar 2012, V ZB 198/11, juris Rn. 10). Auf die Formulierung einer Rechtswegangabe ist mithin vom Antragsgegner besondere Sorgfalt zu verwenden. Auch im Fall anwaltlicher Vertretung der Antragstellerseite entfällt regelmäßig weder die Kausalität noch ein Verschulden des Antragsgegners. Denn eine unrichtige Rechtsmittelbelehrungverursacht auch im Fall anwaltlicher Beratung bereits aus Gründen anwaltlicher Sorgfalt regelmäßig eine zumindest parallele Anrufung auch der als zuständig ausgewiesenen Vergabekammer (OLG Frankfurt a. M., a. a. O., Rn. 44).

19
b) Unter Anwendung dieser Grundsätze fehlt es vorliegend jedenfalls an einem Verschulden der Antragsgegnerin im Sinne des § 182 Abs. 3 Satz 3 GWB.

20
Zwar waren die Hinweise der Antragsgegnerin in der am 19. September 2025 veröffentlichten Bekanntmachung zum zulässigen Rechtsweg für eine Nachprüfung unzutreffend. Es steht bestandskräftig fest, dass das vor der Vergabekammer eingeleitete Nachprüfungsverfahren unzulässig war, da die Bereichsausnahme des § 149 Nr. 8 GWB eingreift und mithin der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen nicht eröffnet ist. Damit steht zugleich fest, dass die Ausführungen der Antragsgegnerin unter Ziffer 5.1.16 der Bekanntmachung zur Nachprüfung „Überprüfungsstelle: Regierung von Oberbayern“ und der Verweis auf die Einleitung von Nachprüfungsverfahren nach §§ 160 ff. GWB unzutreffend waren. Ferner wurde unter Ziffer 8.1 der Bekanntmachung die Vergabekammer Südbayern fälschlicherweise als „Überprüfungsstelle“ angeführt. Ob diese unzutreffenden Ausführungen nur, wie die Antragsgegnerin meint, als „Information“ oder als Rechtsbehelfsbelehrungzu qualifizieren sind, ist unerheblich. Jedenfalls haben die genannten Ausführungen den Anschein erweckt, der Rechtsweg zur Vergabekammer als Nachprüfungsinstanz im Verfahren nach §§ 160 ff. GWB sei eröffnet. Ob diese Ausführungen in der Bekanntmachung tatsächlich kausal dafür waren, dass die Antragstellerin ein Vergabenachprüfungsverfahren beantragt hat, kann dahinstehen. Denn jedenfalls hat die Antragsgegnerin bei der Formulierung der Bekanntmachung nicht die erforderliche und ihr zumutbare Sorgfalt außer Acht gelassen, mithin nicht fahrlässig im Sinne des § 182 Abs. 3 Satz 3 GWB gehandelt.

21
(1) Nach § 149 Nr. 8 GWB ist der Vierte Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht anwendbar auf die Vergabe von Konzessionen, die hauptsächlich dazu dienen, dem Konzessionsgeber im Sinne des § 101 Abs. 1 Nr. 1 GWB die Bereitstellung oder den Betrieb öffentlicher Kommunikationsnetze zu ermöglichen. Ob diese Ausnahme in Fällen Anwendung findet, in denen wie vorliegend der öffentliche Auftraggeber das öffentliche Kommunikationsnetz nicht selbst in Eigenregie betreiben, sondern auch den

Betrieb des Netzes dem Konzessionsnehmer übertragen will, ist bislang in der Rechtsprechung und Literatur umstritten.

22
So wird die Ansicht vertreten, § 149 Nr. 8 GWB finde nur Anwendung auf Konzessionsvergaben, die im Rahmen des kommunalen Eigenausbaus erfolgten, also wenn die Kommune das Netz in Eigenregie errichte und damit Eigentümerin des Netzes sei und dieses auch selbst betreibe. Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass § 149 Nr. 8 GWB als Ausnahmeregelung eng auszulegen sei. Zudem sei bereits im Wortlaut der Norm eine Unterscheidung zwischen der Bereitstellung beziehungsweise dem Betrieb des Kommunikationsnetzes und der Konzession angelegt. Es könne also begriffsnotwendig bei der Bereichsausnahme nicht um eine Konzession gehen, die die Errichtung und den Betrieb eines Kommunikationsnetzes zum Gegenstand habe. Vielmehr müsse es sich um eine Konzession handeln, die hierzu diene, etwa eine im Bereich Service und Wartung. Auch Sinn und Zweck der Regelung, den Ausbau der Telekommunikationsnetze zu erleichtern, trage kein weites Verständnis der Norm. Denn selbst bei Eingreifen der Ausnahmevorschrift seien bei einem grenzüberschreitenden Bezug die Anforderungen des Vergabeprimärrechts zu beachten und einzuhalten, nämlich ein Ausschreibungsverfahren, das den Anforderungen an Transparenz, Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung sowie Verhältnismäßigkeit genüge. Schließlich spreche die Genese der Vorschrift für eine enge Auslegung. Danach greife die Freistellung vom Kartellvergaberecht nur dann, wenn es um die Bereitstellung und den Betrieb öffentlicher Kommunikationsnetze gehe, für die die Anwendung des Vergaberechts von vornherein keinen Sinn mache, weil Monopolstrukturen existierten. Das sei nur dann der Fall, wenn es um den kommunalen Eigenausbau gehe. Für Sachverhalte, in denen ein Dritter das Netz bereitstelle beziehungsweise betreibe, greife die Vorschrift daher nicht (so ausführlich VG Potsdam, Beschluss vom 18. November 2025, 3 L 907/25, juris Rn. 24 ff.; im Ergebnis ebenso: Germelmann in Burgi/Dreher/Opitz, Beck´scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1., 4. Aufl. 2022, § 149 GWB Rn. 73 [a. A. allerdings wohl unter Rn. 75]; im Ergebnis ebenso zur ähnlichen Problematik bei § 116 Abs. 2 GWB [allerdings bezogen auf Aufträge und Wettbewerbe]: OLG München, Beschluss vom 22. Juli 2019, Verg 14/18, juris Rn. 64 f.; Antweiler in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Aufl. 2024, § 116 GWB Rn. 29; zu § 100 Abs. 2 Buchst. k] GWB a. F. VK Bund, Beschluss vom 2. September 2011, VK 1- 108/11, juris Rn. 112; zu § 100a Abs. 4 GWB a. F. Bary, NZBau 2014, 208, 212).

23
Nach anderer Ansicht, der sich vorliegend die Vergabekammer Südbayern angeschlossen hat, reicht es für die Anwendbarkeit der Bereichsausnahme des § 149 Nr. 8 GWB, dass der Konzessionsgeber die Bereitstellung von öffentlichen Kommunikationsnetzen dadurch realisiert, dass er sich bei der Ausführung der Dienste externer Dritter bedient, während es nicht erforderlich ist, dass er selbst das Kommunikationsnetz betreibt. Zur Begründung dieser Ansicht wird ebenfalls auf den Wortlaut verwiesen. Eine Ermöglichung der Bereitstellung des Netzes liege auch dann vor, wenn der Antragsgegner die Konzession erteile und für die Anschubfinanzierung sorge, während ein privater Dritter als Konzessionsnehmer die Anlagen tatsächlich errichte und betreibe. Typisch für die Vergabe einer Konzession sei es gerade, dass der Konzessionsgeber die Tätigkeiten, welche die Konzession ausfüllten, nicht selbst erbringe. Daher verbliebe kein Anwendungsbereich für die Ausnahme des § 149 Nr. 8 GWB, wenn diese nur in Fällen gelten würde, in denen der den wesentlichen Inhalt der Konzession ausmachende Betrieb des Netzes von der Konzessionsgeberin selbst ausgeführt werden müsse. Zudem sei die Aufteilung zwischen der die Bereitstellung von Kommunikationsnetzen für die Öffentlichkeit ermöglichenden öffentlichen Hand einerseits und den die Anlagen tatsächlich betreibenden privaten Dritten andererseits typisch für das Telekommunikationsrecht. Auch Art. 11 der Konzessionsvergaberichtlinie vom 26. Februar 2014 (RL 2014/23/EU), dessen Umsetzung § 149 Nr. 8 GWB diene, gebiete keine andere Auslegung (so ausführlich OLG Dresden, Beschluss vom 21. August 2019, Verg 5/19, juris Rn. 22 ff.; ebenso im Ergebnis: OVG Thüringen, Beschluss vom 19. Juli 2021, 3 VO 352/21, juris Rn. 4 und 22; VK Sachsen, Beschluss vom 2. September 2022, 1/SVK/015-22, juris Rn. 126 ff.; VK Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 13. Dezember 2018, 3 VK 09/18, juris Rn. 11; von Hoff in BeckOK Vergaberecht, 39. Ed. Stand 1. Mai 2024, § 149 GWB Rn. 22a).

24
(2) Ausgehend hiervon durfte die Antragsgegnerin im Rahmen der Bekanntmachung ohne Verletzung der erforderlichen und zumutbaren Sorgfalt die Vergabekammer Südbayern als Überprüfungsstelle angeben

und auf die Vorschriften über das Nachprüfungsverfahren nach §§ 160 ff. GWB verweisen. Für beide Ansichten zur Anwendbarkeit des § 149 Nr. 8 GWB sprechen eine Reihe nachvollziehbarer Gründe. Beide Ansichten werden auch in aktuellen Entscheidungen und neuerer Literatur vertreten. Eine herrschende Meinung hat sich bislang nicht herausgebildet (vgl. dazu auch die Anmerkung zum Beschluss des OLG Dresden von Sakkaki, juris PR-VergR 5/2020 Anm. 5 unter D.). Höchstrichterliche Rechtsprechung oder Entscheidungen des gegebenenfalls zuständigen Bayerischen Obersten Landesgerichts hierzu existieren bislang nicht, ebenso wenig (zum Zeitpunkt der Bekanntmachung) eine Äußerung der Vergabekammer Südbayern zu der Problematik. Aus Sicht der Antragsgegnerin war es daher vor der Ausschreibung der Dienstleistungskonzession weder naheliegend noch hinreichend sicher erkennbar, dass die Vergabekammer Südbayern die eigene Zuständigkeit verneinen würde. Es ist daher jedenfalls nicht fahrlässig im Sinne des § 182 Abs. 3 Satz 3 GWB, dass die Antragsgegnerin sich für eine Anwendung der Regelungen des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen entschieden und im Einklang damit auf die Vorschriften über das Nachprüfungsverfahren nach §§ 160 ff. GWB und die Zuständigkeit der Vergabekammer Südbayern verwiesen hat. An dieser Einschätzung ändert auch die Tatsache nichts, dass die Antragsgegnerin im Nachprüfungsverfahren selbst (primär) die Ansicht vertrat, die Bereichsausnahme nach § 149 Nr. 8 GWB sei einschlägig und der Nachprüfungsantrag unzulässig. Ihr Verhalten im Nachprüfungsverfahren lässt nicht die Schlussfolgerung zu, die Antragsgegnerin hätte bereits im Vorfeld erkannt oder zwingend erkennen müssen, dass die Vergabekammer Südbayern die Bereichsausnahme bejahen und sich für unzuständig halten würde.

25
(3) Der vorliegende Sachverhalt ist auch nicht mit dem Fall vergleichbar, der der Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt a. M. (Beschluss vom 16. April 2018, 11 Verg 1/18, juris) zugrunde lag. Das Oberlandesgericht bejahte die Voraussetzungen des § 182 Abs. 3 Satz 3 GWB. Zum Verschulden führte es aus, angesichts des deutlichen Wortlauts von § 47 Abs. 5 EnWG, der historischen und systematischen Hintergründe und der einheitlichen Rechtsprechung erscheine es jedenfalls fahrlässig, dass die Antragsgegnerin allein auf die (nicht gegebene) Zuständigkeit der Vergabekammer hingewiesen habe (a. a. O., Rn. 53). Im Unterschied dazu gibt es vorliegend, wie ausgeführt, weder einen eindeutigen Wortlaut der Norm noch zwingende historische oder systematische Argumente und vor allem keine einheitliche Rechtsprechung.

26
c) Auf die Frage, ob § 182 Abs. 3 Satz 3 GWB nicht nur auf die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer, sondern entsprechend auch für die eigenen Aufwendungen der Antragstellerin Anwendung findet (ablehnend OLG Koblenz, Beschluss vom 2. Juli 2024, Verg 1/24, juris Rn. 41 ff.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. März 2020, Verg 38/18, juris Rn. 32; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 16. April 2018, 11 Verg 1/18, juris Rn. 57 ff.), kommt es daher nicht mehr an.

27
4. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin trägt nach § 175 Abs. 2, § 71 GWB die Antragstellerin.

28
5. Der Streitwert ist in entsprechender Anwendung von § 3 ZPO festzusetzen. Richtet sich die sofortige Beschwerde nicht gegen eine Hauptsacheentscheidung, sondern nur gegen eine selbständig anfechtbare Nebenentscheidung, findet § 50 Abs. 2 GKG keine Anwendung (BayObLG Beschluss vom 6. Juni 2023, Verg 8/23 e, juris Rn. 49; Beschluss vom 20. Oktober 2022, Verg 1/22, juris Rn. 29; OLG Koblenz, Beschluss vom 2. Juli 2024, Verg 1/24, juris Rn. 57; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Mai 2021, Verg 7/21, juris Rn. 25). Der Wert für das Beschwerdeverfahren bemisst sich nach dem finanziellen Interesse der Antragstellerin an einer Abänderung der angefochtenen Kostenentscheidung. Der Streitwert orientiert sich daher an der von der Vergabekammer für das dortige Verfahren festgesetzten Gebühr zuzüglich der Beträge, die die Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin beziehungsweise der Antragstellerin als außergerichtliche Kosten für das Verfahren vor der Vergabekammer in Rechnung stellen.