



1. Vergabekammer des Bundes  
VK 1 - 47/22

## Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

wegen der Vergabe „Administration und Durchführung der [...]“ – Aktenzeichen: [...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Dr. Dittmann und den ehrenamtlichen Beisitzer Stertz nach Lage der Akten am 13. Juni 2022 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird verworfen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.

**Gründe:**

I.

1. Die Antragsgegnerin führte ein offenes Verfahren zur Vergabe der Administration und Durchführung der [...] durch.

Mehrere Bieter, u.a. die Antragstellerin, gaben hierauf Angebote ab. Nach der Wertung der Angebote teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin am 6. April 2022 gemäß § 134 GWB mit, dass sie nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe und dass der Zuschlag „frühestens“ am 21. April 2022 auf das Angebot des [...] (im Folgenden: „[...]“) erteilt werden solle.

Der Rüge der Antragstellerin vom 11. April 2022 half die Antragsgegnerin nicht ab.

Am 21. April 2022 um 9.40 Uhr erteilte die Antragsgegnerin dem Unternehmen [...] den Zuschlag.

2. Am 21. April 2022 nach 15 Uhr beantragte die Antragstellerin über ihre Verfahrensbevollmächtigten bei der Vergabekammer des Bundes per Fax und E-Mail die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Der Antrag wurde der Antragsgegnerin am selben Tag übermittelt.

- a) Die Antragstellerin meint, die Eignung des Unternehmens [...] sei von der Antragsgegnerin zu Unrecht bejaht und die Angebote fehlerhaft bewertet worden. Nachdem die Vergabekammer der Antragstellerin am 22. April 2022 mitgeteilt hatte, dass der Zuschlag bereits vor Eingang des Nachprüfungsantrags erteilt worden sei, nahm die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag insoweit zurück, wie er die Zuschlagserteilung an das Unternehmens [...] verhindern sollte, und beantragt nur noch die Feststellung, dass eine Rechtsverletzung vorgelegen habe, sowie dass der mit [...] geschlossene Vertrag unwirksam sei.

Zum Hinweis der Vergabekammer vom 29. April 2022, es bestünden erhebliche Zweifel an der Statthaftigkeit der von ihr gestellten Feststellungsanträge, führt die Antragstellerin wie folgt aus: Auch nach Zuschlagserteilung erlaube § 168 Abs. 2 S. 2 GWB einem Antragsteller die Feststellung einer Rechtsverletzung. Ausweislich des Wortlauts dieser Vorschrift sei die

einzigste Tatbestandsvoraussetzung die Erledigung des Primäranspruchs durch Zuschlag oder in sonstiger Weise. Diese Voraussetzung sei im Fall der Antragstellerin erfüllt, denn ihr Primäranspruch, der wirksam gestellt worden sei, habe sich durch Zuschlag erledigt.

Die Antragstellerin meint, der Rechtsprechung, die § 168 Abs. 2 S. 2 GWB teleologisch auf vor Zuschlagserteilung gestellte Nachprüfungsanträge reduziere, sei nicht zu folgen, weil sich der Zeitpunkt, wann die Erledigung eintreten müsse, nicht aus dem Gesetz ergebe. So spreche das Gesetz nicht von einem „anhängigen“ Nachprüfungsverfahren, so dass sich auch ein noch nicht bei der Vergabekammer anhängiges, „potentielles“ Nachprüfungsverfahren erledigen könne. Auch bei § 91a ZPO sei bekanntlich hochumstritten, ob sich der Rechtsstreit schon vor dessen Anhängigkeit erledigen könne. Schon aus verfassungsrechtlichen Gründen dürfe § 168 Abs. 2 S. 2 GWB nicht über seinen Wortlaut hinaus reduziert werden, indem zusätzliche Tatbestandsvoraussetzungen „erfunden“ werden, die nicht im Gesetz stünden.

Die Zielsetzung des Gesetzes bestehe vor allem in der Umsetzung von supranational vorrangigem EU-Recht. Der Gesetzgeber habe den Rechtsschutz so ausgestalten wollen, dass weder Investitionshindernisse entstünden noch die Mittelstandsfreundlichkeit des deutschen Vergaberechts in Frage gestellt werde (BT-Drs. 13/9340, S. 12). Zudem habe der Gesetzgeber in den Erwägungen zur Vorgängervorschrift des § 168 GWB gesagt, dass aufgrund der Bindungswirkung der Vergabekammerentscheidung für eventuelle Schadensersatzprozesse in der Regel auch nach Zuschlagserteilung ein Rechtsschutzinteresse des Antragstellers an der Feststellung der Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens fortbestehe, ohne dass die Fristen und Beschleunigungsgrundsätze des Nachprüfungsverfahrens gälten (BT-Drs. 13/9340, S. 19). Der gesetzgeberische Wille bestehe mithin darin, möglichst umfangreich Rechtsschutz zu gewähren.

Des Weiteren ergebe sich aus unionsrechtlichen Grundsätzen, dass die Zulässigkeit von vergaberechtlichem Primärrechtsschutz nicht entfalle, wenn der Zuschlag wenige Stunden vor Anhängigkeit des Primäranspruchs erteilt worden sei. Deutsches Recht müsse unionsrechtskonform nach den Grundsätzen der Supranationalität und des „effet utile“ ausgelegt werden. Nach der Rechtsprechung des EuGH seien Mitgliedstaaten verpflichtet, durch Zuschlag geschlossene Verträge zu beenden, wenn der Vertrag unter Verletzung von Vergaberechtsvorschriften zustande gekommen sei und der EuGH diese Verletzung festgestellt habe.

Des Weiteren macht die Antragstellerin Ausführungen zum Vorliegen ihrer Antragsbefugnis, der Rechtzeitigkeit ihrer Rüge sowie zum Feststellungsinteresse. Schließlich führt die Antragstellerin näher dazu aus, warum ihr Feststellungsantrag begründet sei.

Die Antragstellerin beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten zuletzt,

1. festzustellen, dass eine Rechtsverletzung vorgelegen hat;
2. festzustellen, dass der von der Antragsgegnerin mit dem Bieter [...] geschlossene Vertrag zur Administration und Durchführung [...] unwirksam ist;
3. Einsicht in die Vergabeakten gemäß § 165 Abs. 1 GWB zu gewähren;
4. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen;
5. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären.

b) Die Antragsgegnerin beantragt:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen,
2. der Antragstellerin werden die Kosten des Verfahrens auferlegt.

Die Antragsgegnerin meint, der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig, weil das Nachprüfungsverfahren erst eingeleitet wurde, als der Zuschlag bereits erteilt gewesen sei. Wie die Antragsgegnerin anhand eines Auszugs aus der Vergabeakte belegt habe, sei der Zuschlag nach Ablauf der Wartefrist am 20. April 2022 am 21. April 2022 um 9.40 Uhr erfolgt. Der Nachprüfungsantrag sei jedoch erst am selben Tag nach 15 Uhr bei der Vergabekammer gestellt worden. Die Möglichkeit eines Feststellungsantrags gemäß § 168 Abs. 2 S. 2 GWB stelle eine Ausnahmvorschrift dar, die sicherstellen solle, dass eine Partei insbesondere dann nicht um die Früchte des bisherigen Prozesses gebracht werden solle, wenn das Verfahren unter gewissem Aufwand einen bestimmten Stand erreicht habe. Ein Feststellungsantrag sei daher nach dem Gesetzeswortlaut und einheitlicher Ansicht in Rechtsprechung und Literatur nur dann zulässig, wenn ein Nachprüfungsverfahren anhängig und zulässig war und sich dann erledigt habe. Als Instrument des Primärrechtsschutzes setze die Statthaftigkeit eines Nachprüfungsantrags voraus, dass der geltend gemachte Antrag bei seinem Eingang noch durchsetzbar sei, die

Zuschlagserteilung sei folglich eine Zäsur für die Statthaftigkeit des Nachprüfungsantrags. Zudem wäre die Zulässigkeit eines erst nach Auftragserteilung angebrachten Gesuchs auf Nachprüfung mit dem Grundsatz der Prozesswirtschaftlichkeit unvereinbar.

Zudem sei der Nachprüfungsantrag auch unbegründet, die Wertung des Angebots des [...] sei – wie die Antragsgegnerin im Einzelnen näher ausführt – ordnungsgemäß erfolgt.

Wegen Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags ergeht die Entscheidung nach Lage der Akten (§ 166 Abs. 1 S. 3, 2. Alt. GWB).

Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakten der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

## II.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zu verwerfen. Ihr zuletzt gestellter Antrag auf Feststellung, dass eine Rechtsverletzung vorgelegen hat, ist bereits nicht statthaft (dazu unter 1.), ob das erforderliche Feststellungsinteresse oder die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen eines solchen Antrags vorliegen, braucht daher nicht entschieden zu werden. Der Antrag auf Feststellung, dass der von der Antragsgegnerin mit dem Unternehmen [...] geschlossene Vertrag unwirksam ist, ist unzulässig (dazu unter 2.). Akteneinsicht war der Antragstellerin nicht zu gewähren (dazu unter 3.).

1. Der Antrag auf Feststellung, dass eine Rechtsverletzung vorgelegen hat, ist nicht statthaft, weil das Nachprüfungsverfahren zu einem Zeitpunkt eingeleitet wurde (Eingang des Nachprüfungsantrags bei der Vergabekammer per Fax und E-Mail am 21. April 2022 nach 15 Uhr) als – wie von der Antragsgegnerin belegt – der Zuschlag bereits erteilt worden war (am 21. April 2022 um 9.40 Uhr). Die Wartefrist nach § 134 Abs. 2 GWB war in diesem Moment bereits abgelaufen, die Zuschlagserteilung ist daher – wie von der Antragstellerin auch nicht beanstandet – wirksam erfolgt. Gemäß § 134 Abs. 2 S. 3 GWB begann die Wartefrist nämlich am 7. April 2022 und endete – sofern man vertritt, dass der Auftraggeber die gesetzliche Frist des § 134 Abs. 2 S. 1, 2 GWB verlängern darf – spätestens mit Ablauf des 20. April 2022 (vgl.

zur Frage der Verlängerung der Wartefrist nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. April 2017, VII-Verg 38/16).

Wie bereits der Wortlaut des § 168 Abs. 2 S. 2 GWB zeigt, setzt ein Feststellungsantrag voraus, dass „sich das Nachprüfungsverfahren durch Erteilung des Zuschlags“ etc. erledigt hat. Dies ist schon rein sprachlich, aber auch denklogisch nur möglich, wenn ein Nachprüfungsverfahren durch Einreichen eines entsprechenden Antrags bei der Vergabekammer bereits eingeleitet wurde, und anschließend das erledigende Ereignis eingetreten ist – anderenfalls könnte sich nicht „das Nachprüfungsverfahren“ erledigen. Die Zuschlagserteilung oder ein anderes erledigendes Ereignis muss also zeitlich nach der Antragstellung erfolgen. Ein Feststellungsantrag kommt also nur dann in Betracht, wenn der Zuschlag o.ä. zwar nach der Einreichung des Nachprüfungsantrags bei der Vergabekammer, aber vor der Übermittlung dieses Antrags an den öffentlichen Auftraggeber erteilt worden ist (vgl. nur BGH, Beschluss vom 19. Dezember 2000, X ZB 14/00; OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 26. Januar 2022, VII-Verg 30/21 und vom 23. Mai 2007, VII-Verg 14/07; BayObLG, Beschluss vom 2. August 2001, Verg 8/01).

Dasselbe ergibt sich aus der Gesetzessystematik und dem Gesetzeszweck. In systematischer Hinsicht ergänzt § 168 Abs. 2 S. 2 GWB konsequent § 168 Abs. 2 S. 1 GWB, wonach die Vergabekammer einen wirksam erteilten Zuschlag nicht aufheben kann. Was den Gesetzeszweck von Nachprüfungsverfahren angeht, wurde der besondere vergaberechtliche Rechtsschutz mit eigenständigen, „speziell auf die Erfordernisse der Auftragsvergabe Rücksicht nehmenden Verfahrensregeln“ geschaffen, damit „langwierige Rechtsstreitigkeiten ausgeschlossen werden“ und zu verhindern, „dass weder Investitionshindernisse entstehen noch die Mittelstandsfreundlichkeit des deutschen Vergaberechts in Frage gestellt wird“ (s. Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des Vergaberechtsänderungsgesetzes 1997, BT-Drs. 13/9340, S. 12). Vor diesem Hintergrund unterliegt der Vergaberechtsschutz u.a. folgenden, vom Zivil- oder Verwaltungsrechtsschutz zum Teil deutlich abweichenden Regeln: Beschleunigungsgebot mit besonderen Pflichten für die Vergabekammer einerseits (u.a. kurze Entscheidungsfrist) und die Verfahrensbeteiligten andererseits (besondere Verfahrensförderungspflichten mit entsprechenden negativen Konsequenzen) (vgl. § 167 GWB), besondere Form des Amtsermittlungsgrundsatzes, bei der sich die Vergabekammer darauf beschränken kann, was von den Beteiligten vorgebracht wird oder ihr sonst bekannt sein muss (vgl. § 163 Abs. 1 GWB), automatisches Zuschlagsverbot für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens (vgl. § 169 Abs. 1 GWB), verkürzter Rechtsschutz auf zwei

Instanzen. Die „gesamte Tätigkeit“ der Vergabekammer steht dementsprechend unter dem Grundsatz, darauf zu achten, dass der Ablauf des Vergabeverfahrens nicht unangemessen beeinträchtigt wird (§ 163 Abs. 1 S. 4 GWB). Solche Sonderregeln, die andere Rechtsschutzmöglichkeiten weitgehend verdrängen (s. § 156 Abs. 2, 3 GWB), sind wegen Art. 19 Abs. 4 GG nur solange zu rechtfertigen, wie das Vergabeverfahren andauert. Denn ist der Zuschlag erteilt, hat eine Nachprüfung keine Auswirkungen mehr auf Investitionen der öffentlichen Hand oder den möglichst raschen Ablauf eines Vergabeverfahrens, und die o.g. Sonderregelungen können den von ihnen verfolgten Zweck nicht mehr gewährleisten. Vor diesem Hintergrund hat der Gesetzgeber in § 168 Abs. 1 S. 1 GWB als „ein Prinzip des deutschen Vergaberechts“ festgeschrieben, dass ein wirksam erteilter Zuschlag im Nachprüfungsverfahren nicht aufgehoben werden kann, der „Sonderrechtsweg Nachprüfungsverfahren“ endet dementsprechend mit der Zuschlagserteilung. Etwas anderes gilt nur in den im Gesetz ausdrücklich geregelten Ausnahmefällen wie z.B. § 135 GWB (hierzu unten). Dem Antragsteller wird im Vergaberecht mithin ein Primärrechtsschutz nur eröffnet, um eine Rechtsverletzung im noch nicht abgeschlossenen Vergabeverfahren zu beseitigen und so seine Chance auf die Erteilung des Auftrags zu wahren. Ist das Vergabeverfahren jedoch durch Zuschlagserteilung beendet, kann das infolge eines behaupteten Vergaberechtsverstoßes bestehende Interesse eines Antragstellers – wie im vorliegenden Fall – von vornherein nur noch auf Schadensersatz gerichtet sein. In diesem Fall sind die Vergabekammern nicht zuständig, sondern gemäß § 13 GVG die ordentlichen Gerichte (BGH, Urteil vom 19. Dezember 2000, X ZB 14/00; BayObLG, Beschluss vom 2. August 2001, Verg 8/01; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. Januar 2022, VII-Verg 30/21). Im Lichte des o.g. „Prinzips des deutschen Vergaberechts“, dass ein wirksam erteilter Zuschlag von der Vergabekammer nicht aufgehoben werden kann, ist die besondere Verfahrensart eines Feststellungsantrags i.S.d. § 168 Abs. 2 S. 2 GWB (§ 114 Abs. 2 S. 2 GWB a.F.) als Ausnahmeregelung zu verstehen, dass die Zuständigkeit der Vergabekammer, eine Rechtsverletzung trotz erteiltem Zuschlags festzustellen, (nur) dann fortbesteht, wenn das Nachprüfungsverfahren zum Zeitpunkt des Zuschlags zumindest bereits eingeleitet war (vgl. BGH, Urteil vom 17. September 2019, X ZR 124/18; BayObLG, Beschluss vom 2. August 2001, Verg 8/01; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. Januar 2022, VII-Verg 30/21). Diese Ausnahme soll aus Gründen der Prozessökonomie gewährleisten, dass eine Partei nicht um die „Früchte“ eines bisherigen Prozesses gebracht wird, insbesondere wenn das Verfahren unter entsprechendem Aufwand einen bestimmten Stand erreicht hat; auf diese Weise wird zugleich vermieden, dass sich ein anderer Spruchkörper nochmals mit denselben Sach- und Rechtsfragen befasst (vgl. nur BGH, Urteil vom 19. Dezember 2000, X ZB 14/00; OLG

München, Beschluss vom 30. Januar 2020, Verg 28/19). Ist diese Ausnahmevoraussetzung nicht erfüllt, bleibt es beim gesetzlichen Regelfall, dass für Schadensersatz- und andere Sekundäransprüche gemäß § 13 GVG die ordentlichen Gerichte zuständig sind.

Soweit die Antragstellerin selbst auf die Begründung zum Entwurf des Vergaberechtsänderungsgesetzes 1997 verweist (BT-Drs. 13/9340, S. 12 ff.), erhebt sie die Ausnahmeregelung des § 168 Abs. 2 S. 2 GWB zur Regel, ohne den Widerspruch zum Wortlaut des § 168 Abs. 2 S. 1 GWB, wonach ein wirksam erteilter Zuschlag nicht im Vergaberechtsweg aufgehoben werden darf, zu erklären und ohne näher darzulegen, warum der Zivilrechtsweg zur Erreichung der von ihr verfolgten Rechtsschutzziele nicht ausreichend sein sollte. Eine „umfassende Rechtskontrolle“ im Vergaberecht mit weitreichenden Zuständigkeiten der Vergabekammern wie sie die Antragstellerin aus der Begründung zum o.g. Gesetzentwurf herauszulesen meint, wollte der Gesetzgeber ausdrücklich gerade nicht schaffen (s. Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf des Vergaberechtsänderungsgesetzes 1997, BT-Drs. 13/9340, S. 50, zu Nr. 27).

Der Antragstellerin ist allerdings zuzugeben, dass das o.g. bereits mit Inkrafttreten des Vergaberechtsänderungsgesetzes 1998 geschaffene Prinzip, dass ein bereits erteilter Zuschlag von der Vergabekammer nicht aufgehoben werden, nicht (mehr) absolut gilt. § 168 Abs. 2 S. 1 GWB regelt dies wie seine Vorgängervorschrift § 114 Abs. 2 S. 1 GWB a.F. ohnehin nur für den „wirksam“ erteilten Zuschlag. Mehr Weiterungen entstammen insbesondere dem EU-Vergaberecht und der Rechtsprechung des EuGH sowie des EuG hierzu. Die Antragstellerin weist diesbezüglich zu Recht u.a. auf die Möglichkeit der Kündigung vergaberechtswidrig zustande gekommener Verträge hin. Diese Weiterungen führen jedoch nicht dazu, dass das o.g. Prinzip des § 168 Abs. 2 S. 1 GWB beliebig aufgeweicht und in Frage gestellt wäre, so dass auch Nachprüfungsanträge, die erst nach wirksamer Zuschlagserteilung gestellt werden, jedenfalls als Feststellungsantrag nach § 168 Abs. 2 S. 2 GWB statthaft wären. Diejenigen Sachverhalte, in denen ein bereits erteilter öffentlicher Auftrag unwirksam ist bzw. gekündigt werden kann, ergeben sich vielmehr ggf. aus dem Gesetz. Es handelt sich hierbei um § 133 GWB und § 135 GWB, die ihrerseits Art. 73 der Richtlinie 2014/24/EU bzw. Art. 2d Absatz 1 lit. a), b), Art. 2f Abs. 1 lit. a) der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG, jeweils in der Fassung der Richtlinie 2007/66/EG, sowie entsprechende Entscheidungen des EuGH umsetzen (s. Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes 2015, BT-Drs. 18/6281, S. 120 f., mit dem Verweis auf weitere – allgemeine zivilrechtliche – Regelungen über die Kündigung von Verträgen aus



wichtigem Grund (§ 314 BGB) oder die Nichtigkeit von Verträgen z.B. wegen kollusiven Zusammenwirkens von Auftraggeber und Auftragnehmer). Diesbezüglich ist daher erstens zu bemerken, dass das nationale Recht in seiner hier vertretenen Auslegung nicht wie die Antragstellerin ausführt rechtswidrigerweise hinter dem vorrangigen EU-Recht zurückbleibt, sondern die entsprechenden Vorgaben gerade so wie EU-rechtlich vorgesehen in nationales Recht transferiert. Zweitens ist im konkreten Fall festzustellen, dass die Voraussetzungen der §§ 133, 135 GWB sowie die hierin geregelten Sachverhalte hier offensichtlich nicht vorliegen – dies behauptet auch die Antragstellerin nicht. Dasselbe gilt für die o.g. Tatbestände des § 314 BGB oder der Nichtigkeit eines Vertrags wegen kollusiven Zusammenwirkens. Vor allem sind im vorliegenden Fall die Voraussetzungen des § 135 Abs. 1 Nr. 1 nicht GWB erfüllt, weil die Antragsgegnerin die Wartefrist nach § 134 GWB eingehalten hat (s.o.). Auswirkungen auf die Auslegung des § 168 Abs. 2 S. 2 GWB haben das EU-Vergaberecht und die EU-Rechtsprechung hierzu also nicht.

Anders als die Antragstellerin meint, steht das EU-Recht oder die EU-Rechtsprechung auch sonst nicht der hier vertretenen Auffassung entgegen. Hiernach sind die EU-Mitgliedstaaten zwar u.a. verpflichtet, Unternehmen, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, effektive Rechtsschutzmöglichkeiten einzuräumen. Vorgegeben ist den Mitgliedstaaten allerdings nicht, welchen Rechtsweg sie einem Antragsteller diesbezüglich eröffnen (so schon die Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des Vergaberechtsänderungsgesetzes 1997, BT-Drs. 13/9340, S. 47, unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 17. September 1997, Rs. C-54/96). Der ordentliche Rechtsweg zu den Zivilgerichten nach § 13 GVG genügt daher den EU-Vorgaben (vgl. nur BGH, Urteil vom 19. Dezember 2000, X ZB 14/00; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Mai 2007, VII-Verg 14/07 m.w.N.; BayObLG, Beschluss vom 2. August 2001, Verg 8/01), auch wenn der Rechtsschutz in Deutschland damit auf Schadensersatz begrenzt ist (EuGH, Urteile vom 9. September 2004, Rs. C-125/03, und vom 28. Oktober 1999, Rs. C-81/98; vgl. auch EuGH, Urteil vom 7. August 2018, Rs. C-300/17 m.w.N.). Weiter geht auch nicht der von der Antragstellerin in diesem Zusammenhang erwähnte EU-rechtliche Grundsatz des *effet utile*.

Die zu § 91a ZPO vertretenen unterschiedlichen Auffassungen, auf die die Antragstellerin verweist, ob sich ein „Rechtsstreit“ auch schon vor seiner Anhängigkeit in tatsächlicher Hinsicht erledigen kann (dagegen: BGH, Urteil 15. Januar 1982, V ZR 50/81 m.z.N.), ist auf die hier zu entscheidende Frage nicht übertragbar. § 91a ZPO ist eine Regelung für die vom Gericht nach billigem Ermessen zu treffende Entscheidung über die Prozesskosten im Falle

einer – unabhängig von einem tatsächlichen erledigenden Ereignis erfolgten – Erledigungserklärung, demgegenüber geht es im vorliegenden Fall um die Statthaftigkeit des „Sonderrechtswegs“ der §§ 155 ff. GWB zumindest für eine feststellende Sachentscheidung im Falle einer auf tatsächlichen Gründen beruhenden Erledigung des Nachprüfungsverfahrens (hier durch Erteilung des Zuschlags). Vor diesem Hintergrund ist besonders zu betonen, dass das generelle Rechtsschutzinteresse der Antragstellerin an einer solchen Sachentscheidung hier gar nicht in Frage gestellt werden soll, zu verneinen ist lediglich der Rechtsweg zu den Vergabekammern. Die Antragstellerin steht jedoch nicht rechtsschutzlos da, zuständig für ihr Begehren sind gemäß § 13 GVG allerdings die Zivilgerichte – aus diesem Grund bestehen auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die hier vertretene Auffassung (vgl. auch BGH, Urteil vom 19. Dezember 2000, X ZB 14/00). Einer zivilrechtlichen Klage der Antragstellerin auf Schadensersatz o.ä. stünde auch nicht entgegen, dass sie die Wertungsentscheidung der Antragsgegnerin nicht zuvor zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens gemacht hat (vgl. nur BGH, Urteil vom 17. September 2019, X ZR 124/18). Die etwaigen Vorteile, die möglicherweise dadurch entstehen, dass die für Schadensersatzprozesse ohnehin grundsätzlich zuständigen ordentlichen Gerichte an bestandskräftige Entscheidungen der Vergabekammern gebunden sind (§ 179 Abs. 1 GWB), sind aus den eingangs genannten Gründen nicht gerechtfertigt, wenn der Vergaberechtsweg – wie hier – nicht eröffnet war (vgl. hierzu auch BGH, Urteil vom 19. Dezember 2000, X ZB 14/00).

2. Der Antrag auf Feststellung, dass der von der Antragsgegnerin mit dem Unternehmen [...] geschlossene Vertrag unwirksam ist, ist ebenfalls unzulässig. Die Antragstellerin trägt nichts zu den Voraussetzungen des § 135 GWB vor, so dass ihr Antrag bereits aus diesem Grund unzulässig ist. Zudem hat die Antragsgegnerin (wie bereits oben unter 1. dargelegt) vor allem nicht gegen § 134 GWB verstoßen, sondern hat die erforderliche Wartefrist vor der Erteilung des Zuschlags an das Unternehmen [...] eingehalten.
3. Da der Nachprüfungsantrag unzulässig ist und sich hierzu außer dem konkreten Zeitpunkt der Zuschlagserteilung nichts aus der Vergabeakte ergibt, ist der Antragstellerin keine Akteneinsicht zu gewähren (Dicks in: Ziekow/Völlink „Vergaberecht“, 4. Aufl., zu § 165 GWB Rz. 4 m.w.N.). Der o.g. Auszug aus der Vergabeakte mit dem Zeitpunkt der Zuschlagserteilung wurde der Antragstellerin mit dem entsprechenden Schriftsatz der Antragsgegnerin hierzu am 22. April 2022 übermittelt.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1 GWB.

### IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, schriftlich beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat - einzulegen.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die Beschwerde ist bei Gericht als elektronisches Dokument einzureichen. Dieses muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht werden. Dies gilt nicht für Anlagen, die vorbereitenden Schriftsätzen beigefügt sind. Ist die Übermittlung als elektronisches Dokument aus technischen Gründen vorübergehend nicht möglich, bleibt die Übermittlung nach den allgemeinen Vorschriften zulässig.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer 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 sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

Behrens

Dr. Dittmann