

Gericht: OLG Düsseldorf Vergabesenat
Entscheidungsdatum: 05.04.2023
Aktenzeichen: Verg 27/22
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2023:0405.VERG27.22.00
Dokumenttyp: Beschluss
Quelle:



Zitiervorschlag: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. April 2023 – Verg 27/22 –, juris

Tenor

1. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der 1. Vergabekammer des Bundes vom 13. Juni 2022 (VK 1 - 47/22) wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie die notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin hat die Antragstellerin zu tragen.
3. Der Beschwerdewert wird auf bis ... Euro festgesetzt.

Gründe

I.

- 1 Die Antragsgegnerin schrieb mit Bekanntmachung vom 27. Januar 2022 im offenen Verfahren den Abschluss einer Rahmenvereinbarung über die Administration und Durchführung des skalierten Sprachtests "Deutsch-Test für Zuwanderer" (DTZ) im Rahmen der Integrationskurse nach §§ 43 ff. des Aufenthaltsgesetzes EU-weit aus (Referenznummer der Bekanntmachung: ...). Der Vertrag sah eine Höchstmenge von 1.200.000 Prüfungsdurchführungen und eine maximale Laufzeit von 44 Monaten vor. Der Preis war nicht das einzige Zuschlagskriterium, daneben flossen qualitative Aspekte in Form einer Leistungskennzahl in die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots ein.
- 2 Neben anderen Bietern gaben auch die Antragstellerin und die Beigeladene fristgerecht Angebote ab. Mit Schreiben vom 6. April 2022 informierte die Antragsgegnerin die Antragstellerin nach § 134 GWB, dass ihr der Zuschlag nicht erteilt werden könne, da sie zwar eine etwas höhere Leistungskennzahl erreicht habe, ihr Angebot aufgrund eines vergleichsweise hohen Angebotspreises aber nicht das wirtschaftlichste sei. Es sei beabsichtigt, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Der Vertrag werde frühestens am 21. April 2022 geschlossen.
- 3 Die diesbezügliche Rüge der Antragstellerin vom 11. April 2022 wies die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 14. April 2022 zurück. Nach Ablauf der Wartefrist am 20. April 2022 erteilte die Antragsgegnerin am Morgen des 21. April 2022 um 9.40 Uhr der Beigeladenen den Zuschlag. Am Nachmittag desselben Tages um 15.13 Uhr reichte die Antragstellerin einen auf Untersagung der Zuschlagserteilung und Feststellung der Rechtsverletzung gerichteten Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer ein, den sie mit einer mangelnden Eignung der Beigeladenen und fehlerhaften Wertung der Angebote begründete.

- 4 Nach Mitteilung von der am Morgen bereits erfolgten Zuschlagerteilung nahm die Antragstellerin ihren auf Untersagung der Zuschlagserteilung gerichteten Antrag zurück und ergänzte ihren Antrag auf Feststellung der Rechtsverletzung um einen Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit des geschlossenen Vertrages. Der Anwendungsbereich des § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB sei nicht auf im Erledigungszeitpunkt bereits anhängige Nachprüfungsanträge beschränkt. Dem Wortlaut der Vorschrift sei der Zeitpunkt, wann die Erledigung eintreten müsse, nicht zu entnehmen, für eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs sei kein Raum. Auch aus unionsrechtlichen Grundsätzen sei umfassender Primärrechtsschutz zu gewähren, weshalb unter Verletzung von vergaberechtlichen Grundsätzen zustande gekommene Verträge zu beenden seien.
- 5 Die Antragstellerin hat beantragt,
- 6 1. festzustellen, dass eine Rechtsverletzung vorgelegen hat;
- 7 2. festzustellen, dass der von der Antragsgegnerin mit dem Bieter, H., ...C., geschlossene Vertrag zur Administration und Durchführung des skalierten Sprachtestes "Deutsch-Test für Zuwanderer" (DTZ) einschließlich der Bereitstellung und des Betriebs einer Webser-vice-Schnittstelle unwirksam ist;
- 8 3. ihr Einsicht in die Vergabeakte gemäß § 165 Abs. 1 GWB zu gewähren;
- 9 4. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen;
- 10 5. die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten für notwendig zu erklären.
- 11 Die Antragsgegnerin hat beantragt,
- 12 1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
- 13 2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.
- 14 Der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig, weil das Nachprüfungsverfahren erst nach Erteilung des Zuschlags eingeleitet worden sei.
- 15 Die Vergabekammer hat mit Beschluss vom 13. Juni 2022 den Nachprüfungsantrag als unzulässig verworfen. Ein Nachprüfungsantrag nach Erteilung des Zuschlags sei nicht statthaft, wenn die Wartefrist eingehalten worden sei. Der Sonderrechtsweg Nachprüfungsverfahren stehe nach dem in § 168 Abs. 1 Satz 1 GWB normierten Prinzip, dass ein wirksam erteilter Zuschlag im Nachprüfungsverfahren nicht aufgehoben werden könne, mit Zuschlagerteilung nicht mehr zur Verfügung. Anderes gelte nur in den in § 135 GWB ausdrücklich geregelten Ausnahmefällen. Der Wortlaut des § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB setze schon rein sprachlich voraus, dass das Verfahren bei Eintritt der Erledigung bereits eingeleitet gewesen sei, andernfalls könne sich das Nachprüfungsverfahren nicht erledigen. Weitergehende Ansprüche müssten vor den ordentlichen Gerichten verfolgt werden, was auch unionsrechtskonform sei.
- 16 Gegen diese Entscheidung hat die Antragstellerin fristgerecht sofortige Beschwerde eingelegt. Ihr Antrag auf Feststellung der Rechtsverletzung sei nach § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB statthaft. Dieser erlaube dem Antragsteller die Verfolgung eines entsprechenden Antrags auch nach Zuschlagerteilung. Alleinige Tatbestandsvoraussetzung sei die Erledigung des Primärantrags durch Zuschlag oder in sonstiger Weise. Die Auffassung, der

Nachprüfungsantrag müsse bereits zeitlich vor der Zuschlagserteilung anhängig gewesen sein, finde im Wortlaut keine Stütze und laufe auf teleologische Reduktion der Vorschrift hinaus, die sich weder aus dem Telos der Norm noch aus dem Willen des Gesetzgebers oder sonstigen Gründen ableiten lasse. Wann die Erledigung eintreten müsse, sage das Gesetz nicht. Auch die Erledigung eines noch nicht anhängigen potentiellen Nachprüfungsverfahrens sei möglich. Nicht umsonst sei diese Frage bei § 91a ZPO hoch streitig, dort werde eine Erledigung vor Anhängigkeit auch in der Rechtsprechung vertreten. Der Wortlaut bilde aber bekanntlich die Grenze der Auslegung, da eine planwidrige Regelungslücke nicht gegeben sei. Nach dem Willen des Gesetzgebers habe das Rechtsschutzinteresse des Antragstellers gerade trotz der Erledigung fortbestehen sollen. Dies entspreche auch den Vorgaben des Unionsrechts, nach denen unter festgestellter Verletzung des Unionsrechts zustande gekommene Verträge zu beenden seien. Ihr Feststellungsinteresse folge unter anderem aus der bestehenden Wiederholungsgefahr und ihrem Rehabilitationsinteresse. Ihr Antrag sei auch begründet, da Qualifikation und Eignung der Beigeladenen falsch beurteilt worden seien, dieser fehle jegliche Erfahrung. Wegen dieses Verstoßes sei sie nicht nur in ihren Rechten nach § 97 GWB verletzt. Da § 97 GWB Verbotsgesetz nach § 134 BGB sei, sei der Vertrag auch nichtig.

17 Die Antragstellerin beantragt,

18 1. den Beschluss der 1. Vergabekammer des Bundes vom 13. Juni 2022 aufzuheben;

19 2. festzustellen, dass eine Rechtsverletzung vorgelegen hat;

20 3. festzustellen, dass der von der Antragsgegnerin mit dem Bieter H., ... C., geschlossene Vertrag zur Administration und Durchführung des skalierten Sprachtestes "Deutsch-Test für Zuwanderer" (DTZ) einschließlich der Bereitstellung und des Betriebs einer Webservice-Schnittstelle unwirksam ist;

21 4. ihr Einsicht in die Vergabeakte gemäß § 165 Abs. 1 GWB zu gewähren;

22 5. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer einschließlich ihrer zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen sowie die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen;

23 6. die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten im Verfahren vor der Vergabekammer für notwendig zu erklären.

24 Die Antragsgegnerin beantragt,

25 1. die sofortige Beschwerde zurückzuweisen;

26 2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

27 Die Antragstellerin verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer. Der Nachprüfungsantrag sei bereits unstatthaft. Bei Einreichung des Nachprüfungsantrags sei das Angebot der Beigeladenen nach Ablauf der Wartefrist bereits wirksam bezuschlagt gewesen. Der Antrag auf Feststellung der Rechtsverletzung nach § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB erfordere nach seinem eindeutigen Wortlaut einen bei Zuschlagserteilung bereits anhängigen Nachprüfungsantrag, weil sich nur erledigen könne, was bereits eingeleitet sei. Dies ergebe sich auch aus Sinn und Zweck des Nachprüfungsantrags, der dem Primärrechtsschutz diene und damit voraussetze, dass dieser bei Eingang noch durchsetzbar sei.

Dem stehe das Unionsrecht nicht entgegen, da auch nach wirksamer Zuschlagserteilung Raum für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen vor den Zivilgerichten sei.

II.

- 28 Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig, in der Sache hat sie jedoch keinen Erfolg.
- 29 1. Die Beschwerde ist zulässig. Sie ist form- und fristgerecht eingereicht. Die erforderliche Beschwerde der Antragstellerin ist nach § 171 Abs. 1 Satz 2 GWB gegeben, weil sie am Verfahren vor der Vergabekammer beteiligt war und die Vergabekammer ihren Nachprüfungsantrag zurückgewiesen hat.
- 30 2. Die Beschwerde hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. Der Nachprüfungsantrag ist bereits unstatthaft, weil im Zeitpunkt seiner Einreichung die Antragsgegnerin bereits der Beigeladenen auf ihr Angebot den Zuschlag erteilt hatte und dieser Zuschlag wirksam ist.
- 31 a) Der Nachprüfungsantrag gemäß § 160 Abs. 1 GWB ist grundsätzlich nur so lange der statthafte Rechtsbehelf, wie ein Vergabeverfahren noch nicht durch einen wirksamen Zuschlag abgeschlossen ist (BGH, Beschluss vom 19. Dezember 2000, X ZB 14/00, NJW 2001, 1492/93; OLG Brandenburg, Beschluss vom 4. November 2022, 2 Verg 1/22, BeckRS 2022, 38741 Rn. 14). Das ergibt sich aus der Gesetzessystematik. Der vergaberechtliche Primärrechtsschutz hat nach § 168 Abs. 1 Satz 1 GWB das Ziel, eine Rechtsverletzung im noch nicht abgeschlossenen Vergabeverfahren zu beseitigen (Senatsbeschluss vom 19. April 2017, VII-Verg 38/16, BeckRS 2017, 116312 Rn. 18). Sobald der Zuschlag erteilt oder das Vergabeverfahren durch Aufhebung, Einstellung oder in sonstiger Weise erledigt ist (§ 168 Abs. 2 Satz 2 GWB), findet ein Primärrechtsschutz nicht mehr statt, weil das mit ihm verfolgte Ziel der Beeinflussung der Auftragsvergabe nicht mehr erreicht werden kann (BGH, Beschluss vom 12. November 2019, XIII ZB 120/19, NZBau 2020, 179 Rn. 21, Senatsbeschluss vom 5. April 2006, VII-Verg 8/06, BeckRS 2006, 7160; OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 16. Mai 2000, 11 Verg 1/99, NZBau 2001, 101, 102).
- 32 Mit dem in § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB normierten Grundsatz, dass ein wirksam erteilter Zuschlag nicht aufgehoben werden kann, ist ein Grundprinzip des deutschen Vergaberechts festgeschrieben worden, wonach das Vergabeverfahren mit dem Zuschlag beendet wird (Antweiler in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, GWB § 168 Rn. 49 u. Verw. a. BT-Drs. 13/9340, S. 19). Vor der wirksamen Auftragserteilung begangene Verstöße gegen die Bestimmungen über das Vergabeverfahren können in dem gemäß §§ 155, 160 GWB eröffneten Nachprüfungsverfahren nicht mehr beseitigt werden (BGH, Beschluss vom 19. Dezember 2000, X ZB 14/00, NJW 2001, 1492, 1493). Damit ist auch ohne eine dies ausdrücklich regelnde Bestimmung die Möglichkeit der Anrufung der Vergabekammer auf die Zeit beschränkt, zu der noch auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens eingewirkt werden könnte. Kann das infolge eines behaupteten Vergaberechtsverstößes bestehende Interesse eines Bieters allein noch auf Schadensersatz gerichtet sein, weil das Vergabeverfahren durch wirksame Auftragsvergabe beendet ist, steht hingegen nur noch der Weg zu den Zivilgerichten offen, die für eine Schadensersatzklage des betroffenen Bieters gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber gemäß § 13 GVG unmittelbar zuständig sind (BGH, Beschluss vom 19. Dezember 2000, X ZB 14/00, NJW 2001, 1492/93). Ist der Zuschlag einmal wirksam erteilt,

ohne dass zuvor ein Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer eingeleitet worden ist, kann eine Zuständigkeit der Vergabekammern nicht mehr begründet werden (Senatsbeschluss vom 19. April 2017, VII-Verg 38/16, BeckRS 2017, 116312 Rn. 18).

- 33 b) Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt nur in den beiden in § 135 Abs. 1 GWB genannten Fällen; der Erteilung des Zuschlags ohne Einhaltung der Informations- und Wartepflicht nach § 134 GWB oder der Vergabe ohne vorherige EU-weite Bekanntmachung, ohne dass dies aufgrund Gesetzes gestattet war. In diesen beiden Fällen führt der Zuschlag zunächst nur zu einem schwebend wirksamen Vertrag. Binnen der in § 135 Abs. 2 GWB genannten Fristen kann deshalb noch vor der Vergabekammer ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet werden mit dem Ziel, dass einer der beiden im Gesetz genannten Vergaberechtsverstöße festgestellt wird. In dem Fall, dass ein Verstoß festgestellt wird, ist der mit dem Zuschlag zunächst schwebend wirksame Vertrag von Anfang an unwirksam. § 135 GWB regelt damit den Spezialfall der Statthaftigkeit eines Nachprüfungsantrags trotz eines bereits erteilten Zuschlags (Senatsbeschluss vom 19. April 2017, VII-Verg 38/16, BeckRS 2017, 116312 Rn. 19).
- 34 Die Voraussetzungen für einen auf § 135 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 GWB gestützten Nachprüfungsantrag sind jedoch vorliegend nicht gegeben. Zwar kommt es für die Frage der Statthaftigkeit des auf § 160 Abs. 1 i.V.m. § 135 GWB gestützten Nachprüfungsantrags nicht darauf an, ob einer der in § 135 Abs. 1 GWB aufgeführten Vergaberechtsverstöße im Ergebnis zu bejahen ist. Die Frage eines Verstoßes gegen § 135 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 GWB betrifft sowohl die Statthaftigkeit als auch die Begründetheit des Nachprüfungsantrags (sog. doppelrelevante Tatsache). In solchen Fällen ist eine rechtliche Argumentation, nach der ein Verstoß gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 GWB zu bejahen ist, nicht schon im Rahmen der Statthaftigkeit des Rechtsbehelfs, sondern erst im Rahmen der Begründetheit zu überprüfen (Senatsbeschluss vom 19. April 2017, VII-Verg 38/16, BeckRS 2017, 116312 Rn. 19; OLG Celle, Beschluss vom 24. Oktober 2019, 13 Verg 9/19, NZBau 2020, 535 Rn. 17). Dementsprechend ist vom Vortrag des Antragstellers auszugehen, ob dieser sich auf einen Verstoß gegen § 135 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 GWB beruft und dafür geltend macht, dass der Antragsgegner den Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union oder ohne Information oder Einhaltung der Wartepflicht nach § 134 GWB vergeben habe, obwohl der maßgebliche Schwellenwert überschritten sei (Senatsbeschluss vom 14. Dezember 2022, VII-Verg 1/22, unter II.2.a.aa.).
- 35 Vorliegend macht die Antragstellerin jedoch weder einen Verstoß gegen die Bekanntmachungs- noch einen Verstoß gegen die Informations- und Wartepflicht geltend, dass die Antragsgegnerin die Wartepflicht nach § 134 Abs. 2 GWB nicht eingehalten habe, behauptet sie nicht. Ihre Ausführungen zu einer angeblichen Unwirksamkeit des mit der Beigeladenen geschlossenen Vertrages stützt sie allein auf § 134 BGB in Verbindung mit § 97 GWB.
- 36 c) Auch für einen Fortsetzungsfeststellungsantrag nach § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB ist nach dem Gesetzeswortlaut nur dann Raum, wenn sich ein Nachprüfungsverfahren nach seiner Einleitung erledigt hat (OLG München, Beschluss vom 30. Januar 2020, Verg 28/19, BeckRS 2020, 5806 Rn. 8; Fett in Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, GWB § 168 Rn. 54). Ein in einem nach wirksamer Zuschlagserteilung eingeleitetem Nachprüfungsverfahren gestellter isolierter Feststellungsantrag ist unzulässig (Antweile-

r in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, GWB § 168 Rn. 63).

- 37 Nach § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB stellt die Vergabekammer auf Antrag eines Beteiligten fest, ob eine Rechtsverletzung vorgelegen hat, wenn sich das Nachprüfungsverfahren durch Erteilung des Zuschlags, durch Aufhebung oder durch Einstellung des Vergabeverfahrens oder in sonstiger Weise erledigt hat. Auch diese Regelung gilt folglich nur in den Fällen, in denen der Nachprüfungsantrag gemäß § 160 GWB vor wirksamer Erteilung des Auftrags angebracht worden ist (BGH, Beschluss vom 19. Dezember 2000, X ZB 14/00, NJW 2001, 1492, 1493), wenn also das Nachprüfungsverfahren zum Zeitpunkt des Zuschlags bereits eingeleitet war (Senatsbeschluss vom 19. April 2017, VII-Verg 38/16, BeckRS 2017, 116312 Rn. 18).
- 38 Dies ergibt sich unmittelbar aus dem eindeutigen Wortlaut des § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB, einer teleologischen Reduktion bedarf es nicht. Danach muss sich das Nachprüfungsverfahren durch den Zuschlag, durch Aufhebung oder durch Einstellung des Vergabeverfahrens oder in sonstiger Weise erledigt haben, was jedenfalls dessen Anhängigkeit im Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses voraussetzt. Nur was existiert, kann sich erledigen. Die Erledigung eines Verfahrens setzt daher voraus, dass das Verfahren nach An- oder Rechtshängigkeit unzulässig oder unbegründet geworden ist, weil vorher ein Verfahren, das sich erledigen könnte, überhaupt noch nicht vorhanden ist (BGH, Urteil vom 15. Januar 1982, V ZR 50/81, NJW 1982, 1598).
- 39 aa) Insoweit trifft es auch nicht zu, dass im Bereich des Zivilprozessrechts eine - einseitige - Erledigung vor Anhängigkeit auch in der Rechtsprechung prominent vertreten werde. Umstritten ist insoweit allein, ob sich die Hauptsache erledigen und dies vom Gericht festgestellt werden kann, wenn das erledigende Ereignis zwar nach Einreichen, aber vor Zustellung der Klage eingetreten sein soll, also das Verfahren bei Erledigungseintritt lediglich anhängig war, oder ob es der Rechtshängigkeit bedarf (BGH, Urteil vom 15. Januar 1982, V ZR 50/81, NJW 1982, 1598). Während der Bundesgerichtshof seit der vorzitierten Entscheidung für eine einseitige Erledigungserklärung erst nach Rechtshängigkeit Raum sieht, wird in Teilen der obergerichtlichen Rechtsprechung und Literatur ein sogenannter weiter Erledigungsbegriff vertreten, der Anhängigkeit genügen lässt (so die von der Antragstellerin zitierte Entscheidung OLG Naumburg, Urteil vom 12. September 2001, 6 U 299/00, BeckRS 2001, 30204469, Schulze in Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl. 2020, ZPO § 91a Rn. 93). Hingegen kann ein vor Anhängigkeit eingetretenes Ereignis nach einhelliger Ansicht die Hauptsache nicht erledigen (Flockenhaus in Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl. 2022, § 91a Rn. 37). Ein Geschehen vor Anhängigkeit der Klage scheidet als Erledigungsereignis aus (Schulze in Münchener Kommentar zur ZPO, 6. Aufl. 2020, ZPO § 91a Rn. 94). Die abweichende Einzelmeinung von Reinelt in NJW 1974, 344, der sich aus reinen Billigkeitserwägungen für eine Erweiterung des Anwendungsbereiches des § 91a ZPO ausgesprochen hat, wird nicht mehr vertreten.
- 40 Die Bestimmung des § 91a ZPO kann schon deswegen nicht herangezogen werden, weil deren Wortlaut nur auf die Erledigungserklärung der Parteien, nicht auf den Zeitpunkt der Erledigung abstellt (BGH, Urteil vom 14. Juli 1956, III ZR 29/55, NJW 1956, 1517). Er ist damit Ausdruck der im Zivilprozess geltenden Dispositionsmaxime der Parteien. Übereinstimmende Erledigungserklärungen beenden zwingend die Rechtshängigkeit in der Hauptsache, das Gericht muss und darf nur noch über die Kosten entscheiden (Flockenhaus in Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl. 2022, § 91a Rn. 17). Die Zulässigkeit der Kostenentscheidung nach § 91a ZPO hängt nur davon ab, dass beide Parteien die Hauptsache für

erledigt erklären. Ob und wann sich die Hauptsache tatsächlich erledigt hat, kann dann allenfalls noch für den Inhalt der Kostenentscheidung eine Rolle spielen (BGH, Urteil vom 15. Januar 1982, V ZR 50/81, NJW 1982, 1598). Die übrigen von der Antragstellerin angeführten Gerichtsentscheidungen (BGH, Urteil vom 14. Juli 1956, III ZR 29/55, NJW 1956, 1517; OLG Köln, Beschluss vom 30. Oktober 1995, 1 W 52/95, NJW-RR 1996, 1023, OLG Hamm, Beschluss vom 6. Dezember 2000, 13 W 47/00, BeckRS 2000, 30148215; OLG Nürnberg, Beschluss vom 27. Mai 1975, 6 W 31/75, NJW 1975, 2206, 2207) und die Literaturstelle (Bergerfurth, NJW 1992, 1655, 1657) betreffen übereinstimmende Erledigungserklärungen und können daher ihren Ansatz einer Erledigung vor Anhängigkeit nicht stützen.

- 41 bb) Eine erweiternde Auslegung kann auch nicht auf Sinn und Zweck der Vorschrift gestützt werden. Die in § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB eröffnete Möglichkeit eines Feststellungsantrags stellt vielmehr unter dem Gesichtspunkt des Primärrechtsschutzes eine Ausnahmevorschrift dar, die gewährleisten soll, dass eine Partei nicht um die Früchte des bisherigen Prozesses gebracht wird, insbesondere dann nicht, wenn das Verfahren unter entsprechendem Aufwand einen bestimmten Stand erreicht hat (OLG München, Beschluss vom 30. Januar 2020, Verg 28/19, BeckRS 2020, 5806 Rn. 9; Senatsbeschluss vom 28. April 2004, Verg 8/04, BeckRS 2016, 8682). Etwaige zum Zeitpunkt des Zuschlags im Nachprüfungsverfahren bereits erarbeitete Ergebnisse sollen erhalten bleiben (BGH, Beschluss vom 19. Dezember 2000, X ZB 14/00, NJW 2001, 1492, 1493; Antweiler in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, GWB § 168 Rn. 56). Ist im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung aber noch kein Nachprüfungsantrag eingereicht, fehlt es naturgemäß an Früchten des bisherigen Verfahrens.
- 42 Anderes ist auch der Gesetzesbegründung nicht zu entnehmen. Danach ist "Gegenstand der Nachprüfung (...) das noch nicht abgeschlossene Vergabeverfahren" (BT-Drs. 13/9340, S. 17). In der Gegenäußerung der Bundesregierung zu Nr. 21 der Stellungnahme des Bundesrats ist überdies ausgeführt: "Wenn der Zuschlag bereits erteilt wurde, ist das Nachprüfungsverfahren nicht statthaft. Es sind nur noch Schadensersatzprozesse möglich" (BT-Drs. 13/9340, S. 50). Die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens soll also auch nach dem Willen des Gesetzgebers nicht mehr zulässig sein, wenn der öffentliche Auftraggeber einem anderen Bieter den Auftrag bereits wirksam erteilt hat (BGH, Beschluss vom 19. Dezember 2000, X ZB 14/00, NJW 2001, 1492, 1493). Anderes ergibt sich auch nicht aus der von der Antragstellerin angeführten Begründung zu § 124 Abs. 2 GWB a. F. (= § 168 Abs. 2 GWB n. F.), wonach im "Hinblick auf die Bindungswirkung der Kammerentscheidung für eventuelle Schadensersatzprozesse (...) jedoch in der Regel ein Rechtsschutzinteresse des Antragstellers an der Feststellung der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens fort(besteht)" (BT-Drs. 13/9340, S. 19). Geschützt werden soll allein das Fortbestehen des Rechtsschutzinteresses, was ebenfalls eine Erledigung jedenfalls nach Anhängigkeit bedingt.
- 43 Auch das Unionsrecht gebietet die Zulassung eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens nach Zuschlagserteilung nicht. Der Europäische Gerichtshof hat zu Art. 2 Abs. 6 a. F. der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge entschieden, dass diese Bestimmung die Mitgliedstaaten ermächtigt, nach Vertragsabschluss den nationalen Rechtsschutz auf Schadensersatz für die durch einen solchen Verstoß geschädigten Personen zu begrenzen (EuGH, Urteil vom 9. September 2004, C-125/03, EuZW 2004,

636 Rn. 15). Daran hat sich durch die Neufassung nur insoweit etwas geändert, als dass nach Art. 2d der Richtlinie 89/665/EWG die Mitgliedstaaten in den Fällen dafür Sorge zu tragen haben, dass ein Vertrag durch eine von dem öffentlichen Auftraggeber unabhängige Nachprüfungsstelle für unwirksam erklärt wird, in denen der öffentliche Auftraggeber einen Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vergeben hat, ohne dass dies zugelassen war, oder bei einem Verstoß gegen Artikel 1 Absatz 5, Artikel 2 Absatz 3 oder Artikel 2a Absatz 2 der Richtlinie. Das sind die im deutschen Recht in § 135 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GWB geregelten Unwirksamkeitsgründe der fehlenden Bekanntmachung und der Nichteinhaltung der Informations- und Wartepflicht nach § 134 GWB.

- 44 Andere Verstöße gegen vergaberechtliche Grundsätze müssen folglich nicht die Unwirksamkeit des Vertrages nach sich ziehen, der Anspruch kann hier weiter auf den Schadensersatz beschränkt bleiben. Einer Zulässigkeit des vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens bedürfte es in diesen Fällen aus unionsrechtlicher Sicht nur dann, wenn der deutsche Gesetzgeber von der ihm in Art. 2 Abs. 6 n. F. der Richtlinie 89/665/EWG vorgesehenen Möglichkeit, bei Schadensersatzansprüchen, die auf die Rechtswidrigkeit einer Entscheidung gestützt werden, diese zunächst von einer mit den dafür erforderlichen Befugnissen ausgestatteten Stelle aufgehoben worden sein muss, Gebrauch gemacht hätte (EuGH, Urteil vom 7. August 2018, C-300/17, NZBau 2019, 122 Rn. 36 - Hochtief AG). Durch nationales Recht darf danach zwar die Geltendmachung eines zivilrechtlichen Anspruchs wegen des Verstoßes gegen Vergabebestimmungen davon abhängig gemacht werden, dass eine Schiedsstelle beziehungsweise - bei einer gerichtlichen Überprüfung des Beschlusses dieser Schiedsstelle - ein Gericht die Rechtsverletzung rechtskräftig feststellt; aus der den Schutz der Bieter regelnden Richtlinie ergibt sich aber nicht, dass das nationale Recht die Geltendmachung solcher Schadensersatzansprüche von solchen oder ähnlichen Voraussetzungen abhängig machen muss (BGH, Urteil vom 17. September 2019, X ZR 124/18, NZBau 2019, 798 Rn. 18). Dies ist jedoch im deutschen Recht nicht der Fall. Hier steht der Verpflichtung eines öffentlichen Auftraggebers zum Schadensersatz nicht entgegen, dass der Kläger den Ausschluss seines Angebots nicht zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens gemacht hat (BGH, Urteil vom 17. September 2019, X ZR 124/18, NZBau 2019, 798 Rn. 15, 16).
- 45 d) Der nach Zuschlagserteilung gestellte Nachprüfungsantrag ist auch nicht deswegen statthaft, weil der Zuschlag nicht wirksam wäre. Zwar lässt § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB die Nichtigkeitsfolgen unberührt, die sich aus der Anwendung von Vorschriften des Allgemeinen Teils des BGB ergeben (Dreher in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Auflage 2021, GWB § 168 Rn. 39). Da das Vergabeverfahren nur bei wirksamer Zuschlagserteilung einer Nachprüfung entzogen ist, hindert die Zuschlagserteilung die Prüfung und Entscheidung der Vergabekammer beziehungsweise des Vergabesenats dann nicht, wenn der Vertrag nach § 134 oder § 138 BGB nichtig ist (Antweiler in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, GWB § 168 Rn. 50). Der der Beigeladene am Morgen des 21. April 2021 erteilte Zuschlag ist jedoch wirksam; der mit ihr abgeschlossene Vertrag ist nicht nach § 134 BGB nichtig.
- 46 aa) § 134 BGB ordnet für ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nicht ausnahmslos Nichtigkeit an. Während festgestellte Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts ohne weiteres zu dessen Nichtigkeit führt (§ 138 BGB), macht § 134 BGB diese Rechtsfolge davon abhängig, dass sich aus dem Gesetz nichts anderes ergibt. § 134 BGB kann deshalb nicht ohne Rückgriff auf das verletzte Verbot ange-

wendet werden. Ordnet diese Regelung selbst eine Rechtsfolge an, ist sie maßgeblich; fehlt eine verbotseigene Rechtsfolgenregelung, so sind Sinn und Zweck des verletzten Verbots entscheidend. Dies erfordert eine normbezogene Abwägung, ob es mit dem Sinn und Zweck des Verbots vereinbar oder unvereinbar wäre, die durch das Rechtsgeschäft getroffene Regelung hinzunehmen beziehungsweise bestehen zu lassen (BGH, Urteil vom 14. Dezember 1999, X ZR 34/98, NJW 2000, 1186, 1187).

- 47 Für die nach § 134 BGB gebotene Abwägung ist wesentlich, ob sich das betreffende Verbot an alle Beteiligten des Geschäfts richtet, das verhindert werden soll, oder ob das Verbot nur eine Partei bindet. Sind beide Teile Adressaten des Verbots, kann regelmäßig angenommen werden, das verbotswidrige Geschäft solle keine Wirkungen entfalten. Richtet sich das Verbot dagegen nur gegen eine Partei, ist regelmäßig der gegenteilige Schluss berechtigt. Diese unterschiedliche Bewertung kommt bereits in den "Motiven zu dem Entwurf eines BGB" zum Ausdruck (Bd. I, S. 210), entspricht seit dem Beschluss der Vereinigten Zivilsenate des Reichsgerichts vom 17. März 1905 der Rechtsprechung und ist auch vom Bundesgerichtshof seiner ständigen Rechtsprechung zugrunde gelegt worden (BGH, Urteil vom 14. Dezember 1999, X ZR 34/98, NJW 2000, 1186, 1187). Ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, dessen Vornahme nur einem Beteiligten verboten ist, ist daher in der Regel gültig (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013, KZR 66/12, NVwZ 2014, 807 Rn. 107).
- 48 bb) Dies gilt auch für das Vergaberecht, dessen Normen den öffentlichen Auftraggeber verpflichten. Der nationale Gesetzgeber hat mit § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB dementsprechend das Interesse der Vertragsparteien an Investitionssicherheit und das Vertrauen in den Bestand abgeschlossener Verträge für den Regelfall höher bewertet als das Interesse unterlegener Bieter an der Rückabwicklung oder Beendigung eines unter Verstoß gegen Vergaberecht abgeschlossenen Vertrags (OLG Celle, Beschluss vom 24. Oktober 2019, 13 Verg 9/19, NZBau 2020, 535 Rn. 30; Antweiler in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, GWB § 168 Rn. 52). Nach der Gesetzesbegründung zu § 124 Abs. 2 GWB a. F., der § 168 Abs. 2 GWB n. F. entsprach, schreibt "Satz 1 (...) ein Prinzip des deutschen Vergaberechts fest. Mit dem Zuschlag wird das Vergabeverfahren beendet und zugleich der Vertrag zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer geschlossen (BT-Drs. 13/9340, S. 19). Ausgehend hiervon stehen Verfahrensverstöße einem wirksamen Vertragsschluss grundsätzlich nicht entgegen (Blöcker in Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB, 5. Aufl., § 168 Rn. 56; Antweiler in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, GWB § 168 Rn. 52). Aus einem Verstoß gegen Vorschriften, die allein für das Vergabeverfahren relevant sind, ergibt sich regelmäßig keine Nichtigkeit des Vertrags (Steck in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, GWB § 168 Rn. 28), selbst wenn es sich um grobe oder schwere Verstöße handelt (Wiedemann in Byok/Jaeger, Vergaberecht, 4. Aufl., § 168 Rn. 21; Summa in Heiermann/Zeiss/Summa jurisPK-Vergaberecht, 6. Aufl., § 168 Rn. 99; OLG Celle, Beschluss vom 24. Oktober 2019, 13 Verg 9/19, NZBau 2020, 535 Rn. 30).
- 49 Eine Nichtigkeit kommt daher nur in Ausnahmefällen in Betracht. So ist das Nachprüfungsverfahren dann nicht durch einen der Beigeladenen erteilten Zuschlag erledigt, wenn dieser etwa wegen Verstoßes gegen das Zuschlagsverbot des § 169 Abs. 1 GWB gemäß § 134 BGB nichtig ist (BGH, Beschluss vom 10. November 2009, X ZB 8/09, NZBau 2010, 124 Rn. 21). Entsprechendes gilt bei einem wegen Verstoßes gegen das für notifizierungspflichtige Beihilfen geltende Durchführungsverbot des Art. 108 Abs. 3 AEUV gemäß § 134 BGB nichtigen Vertrag (BGH, Beschluss vom 12. November

2019, XIII ZB 120/19, NZBau 2020, 179 Rn. 36). Keiner dieser Ausnahmefälle ist vorliegend gegeben.

50 cc) Auch das Unionsrecht sieht auf dem Gebiet der Vergabe öffentlicher Aufträge keine allgemeine Regel vor, nach der die Rechtswidrigkeit einer Handlung in einem bestimmten Stadium des Verfahrens zur Rechtswidrigkeit aller späteren Handlungen in diesem Verfahren führen und ihre Aufhebung rechtfertigen würde (EuGH, Urteil vom 20. September 2018, C-518/17, BeckRS 2018, 22236 Rn. 57 - Rudigier). Soweit der Unionsgesetzgeber keine spezifische Bestimmung in Bezug auf einen Verstoß vorgesehen hat, ist eine entsprechende Regelung Angelegenheit des nationalen Rechts. In Ermangelung einer näheren unionsrechtlichen Verfahrensregelung zur Durchsetzung eines Rechts ist es nämlich nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung jedes einzelnen Mitgliedstaats, die Verfahrensmodalitäten zu regeln, die den Schutz der dem Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen (EuGH, Urteil vom 20. September 2018, C-518/17, BeckRS 2018, 22236 Rn. 60, 61 - Rudigier). Dementsprechend hat das Europäische Gericht erster Instanz seine Vergabeanforderung einer Informations- und Wartepflicht gerade damit begründet, dass dem abgelehnten Bieter eine angemessene Frist bis zur Unterzeichnung des Vertrags verbleiben muss, um die Zuschlagsentscheidung überprüfen zu können (EuG, Urteil vom 20. September 2011, T-461/08, BeckRS 2011, 81495 Rn. 121), was die Annahme einer Wirksamkeit des unterzeichneten Vertrags bedingt (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2. Mai 2022, I-27 W 1/22).

51 3. Ein Anspruch der Antragstellerin auf Einsichtnahme in die Vergabeakte besteht nicht. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats hat der Anspruch auf Akteneinsicht im Nachprüfungsverfahren eine rein dienende, zum zulässigen Verfahrensgegenstand akzessorische Funktion (Senatsbeschluss vom 29. März 2021, VII-Verg 9/21, NZBau 2021, 631 Rn. 27 m. w. Nw.; ebenso OLG Naumburg, Beschluss vom 1. Juni 2011, 2 Verg 3/11, BeckRS 2011, 21710). Von daher besteht er dann nicht, wenn der Nachprüfungsantrag zweifelsfrei unzulässig ist (Senatsbeschluss vom 12. August 2021, VII-Verg 27/21, BeckRS 2021, 56263 Rn. 47; KG, Beschluss vom 13. September 2012, Verg 4/12; Reidt in Reidt/Stickler/Glas, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 165 Rn. 14).

III.

52 Die Kostenentscheidung beruht auf § 175 Abs. 2 i.V.m. § 71 GWB. Demnach trägt die Antragstellerin die Kosten ihres unbegründeten Rechtsmittels, wobei es der Billigkeit entspricht, ihr auch die zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin aufzuerlegen.

53 Die Entscheidung über die Festsetzung des Werts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Demnach beträgt der Gegenstandswert fünf Prozent des Bruttoauftragswerts des Angebots der Antragstellerin (Senatsbeschluss vom 10. Februar 2021, VII-Verg 22/20, BeckRS 2021, 8801 Rn. 56).