

Gericht: Brandenburgisches Oberlandesgericht Vergabesenat
Entscheidungsdatum: 24.08.2026
Aktenzeichen: 19 Verg 2/26
ECLI: ECLI:DE:OLG BB:2026:0824.19Verg2.26.00
Dokumenttyp: Beschluss
Quelle: 

Zitiervorschlag: Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 24. August 2026 – 19 Verg 2/26 –, juris

Verfahrensgang

vorgehend Vergabekammer des Landes Brandenburg, 21. Mai 2026, VK 4/26

Tenor

1. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer des Landes Brandenburg vom 21. Mai 2026, VK 4/26, wird zurückgewiesen.
2. Der hilfsweise gestellte Antrag der Antragstellerin, festzustellen, dass die Ausschlussentscheidung der Antragsgegnerin vom 27. Januar 2026 rechtswidrig war und sie in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt hat, wird verworfen.
3. Die Antragstellerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin zu tragen.
4. Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 594.698,42 € festgesetzt.

Gründe

I.

- 1 Die Antragstellerin wendet sich gegen die Verwerfung ihres Nachprüfungsantrags als unzulässig und begehrt nach zwischenzeitlicher Erteilung des Zuschlags hilfsweise die Feststellung, dass ihr vorhergehender Ausschluss aus dem Vergabeverfahren sie in ihren Rechten verletzt hat.
- 2 Die Antragsgegnerin schrieb als Auftraggeberin im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 5. Mai 2025 die Vergabe von Planungs- und Bauleistungen zur Realisierung der Ausbaustufe 1 eines sogenannten Betriebshofkonzepts im Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb europaweit aus. Die Antragstellerin war zuvor mit der Planung der Leistungsphasen 1 bis 4 der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) für diese Ausbaustufe und mit der Erstellung einer funktionalen Leistungsbeschreibung beauftragt worden. Nach erfolgreichem Abschluss des Teilnahmewettbewerbs wurde sie zur Abgabe eines finalen Angebots aufgefordert. Ihr erstes finales Angebot vom 16. Juni 2025 wurde mit einem Bruttopreis von 11.893.968,38 € beziffert. Am 8. Dezember 2025 versetzte die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren in den Stand vor Abgabe der finalen Angebote zurück und veröffentlichte am 19. Dezember

2025 modifizierte Vergabeunterlagen mit einer neu gefassten funktionalen Leistungsbeschreibung.

- 3 Mit Schreiben vom 20. Januar 2026 hörte die Antragsgegnerin die Antragstellerin wegen einer etwaigen wettbewerbsverzerrenden Vorbefassung an. Nach Stellungnahme der Antragstellerin vom 22. Januar 2026 (Anlage ASt 12) schloss die Antragsgegnerin die Antragstellerin mit Schreiben vom 27. Januar 2026 (Anlage ASt 13) von der weiteren Beteiligung am Vergabeverfahren aus. Das hiergegen gerichtete anwaltliche Rügeschreiben der Antragstellerin vom 30. Januar 2026 wies die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 3. Februar 2026 gegenüber der Antragstellerin zurück (Anlage ASt 16).
- 4 Mit anwaltlichem Schreiben ihrer damaligen Verfahrensbevollmächtigten vom 6. Februar 2026 hat die Antragstellerin der Vergabekammer des Landes Brandenburg um 13.35 Uhr per einfacher E-Mail einen Nachprüfungsantrag übermittelt. Die E-Mail ist vom Account eines ihrer verfahrensbevollmächtigten Rechtsanwälte versandt worden. Der Antrag ist ihr als pdf-Dokument beigelegt gewesen. Das pdf-Dokument trägt keine Unterschrift. Unterhalb des Antragstextes sind in der Unterschriftenzeile lediglich die Namen und Funktionsbezeichnungen der dort genannten Rechtsanwälte maschinenschriftlich wiedergegeben. Nach Eingang der E-Mail hat die Vorsitzende der Vergabekammer einen der dort genannten Rechtsanwälte fernmündlich darauf hingewiesen, dass der Antrag per Telefax oder Briefpost einzureichen sei, weil die Übermittlung per E-Mail den Anforderungen des § 161 Abs. 1 Satz 1 GWB nicht genüge und der Vergabekammer - wie unstreitig ist - kein besonderes elektronisches Behördenpostfach zur Verfügung stehe. Um 14.04 Uhr ist der Nachprüfungsantrag daraufhin nochmals per Telefax bei der Vergabekammer eingegangen. Auch dieses Schreiben ist nicht unterschrieben. Die Vergabekammer hat den Antrag der Antragsgegnerin noch am selben Tag übermittelt.
- 5 Auf die fernmündlichen Hinweise der Vorsitzenden der Vergabekammer vom 6. und 23. Februar 2026 sowie auf deren schriftlichen Hinweis vom 31. März 2026, die Antragschriften seien nicht unterschrieben, hat die Antragstellerin die Auffassung vertreten, einer Unterschrift habe es nicht bedurft.
- 6 Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag mit Beschluss vom 21. Mai 2026 als unzulässig verworfen und der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens auferlegt.
- 7 Gegen den ihren damaligen Verfahrensbevollmächtigten gemäß Empfangsbekenntnis am 27. Mai 2026 zugestellten Beschluss wendet sich die Antragstellerin mit ihrer am 10. Juni 2026 beim Brandenburgischen Oberlandesgericht eingegangenen sofortigen Beschwerde, mit der sie zugleich die Verlängerung der aufschiebenden Wirkung beantragt hat.
- 8 Wegen des Vorbringens der Beteiligten im Verfahren vor der Vergabekammer, ihrer dortigen Anträge, der Gründe des angefochtenen Beschlusses sowie der Beschwerdebeurteilung und des weiteren Vorbringens der Beteiligten bis zum 22. Juni 2026 wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf den Beschluss des Senats vom 23. Juni 2026 (Bl. 186 ff. eA) Bezug genommen. Die Antragstellerin hält danach den Nachprüfungsantrag für formgerecht angebracht und den Ausschluss wegen Vorbefassung für rechtswidrig.
- 9 Mit Schriftsatz vom 18. Juni 2026 haben sich neue Verfahrensbevollmächtigte für die Antragstellerin legitimiert (Bl. 33 f. eA). Mit Schriftsätzen jeweils vom 22. Juni 2026 haben die bisherigen Verfahrensbevollmächtigten die Niederlegung ihres Mandats mitgeteilt

(Bl. 138 eA) und haben die neuen Verfahrensbevollmächtigten weiter zur Sache vorge-
tragen (Bl. 140 ff. eA). Mit Beschluss vom 23. Juni 2026 hat der Senat den Antrag der An-
tragstellerin auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung ihrer sofortigen Beschwerde
zurückgewiesen und ihr aufgegeben, sich bis zum 7. Juli 2026 zu erklären, ob die so-
fortige Beschwerde aufrechterhalten bleibt (Bl. 186 ff. eA). Mit Schriftsatz vom 26. Ju-
ni 2026 hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass sie nach Ablauf der zweiwöchigen Frist
des § 173 Abs. 1 Satz 2 GWB den Zuschlag erteilt habe (Bl. 223 eA). Den Tag der Zu-
schlagserteilung hat sie mit Schriftsatz vom 12. August 2026 mit dem 26. Juni 2026 an-
gegeben (Bl. 295 eA). Mit Schriftsatz vom 7. Juli 2026 hat die Antragstellerin die Auf-
rechterhaltung der sofortigen Beschwerde erklärt (Bl. 231 f. eA) und mit Schriftsatz vom
10. Juli 2026 den Akteneinsichtsantrag ausdrücklich nicht weiterverfolgt sowie hilfsweise
einen Feststellungsantrag angebracht (Bl. 234 ff. eA).

- 10 Die Antragstellerin beantragt sinngemäß,
- 11 1. den Beschluss der Vergabekammer des Landes Brandenburg vom 21. Mai 2026,
Az. VK 4/26, aufzuheben,
- 12 2. festzustellen, dass ihr Nachprüfungsantrag vom 6. Februar 2026 zulässig ist,
- 13 3. die Sache zur erneuten Entscheidung über die Begründetheit des Nachprüfungs-
antrags an die Vergabekammer des Landes Brandenburg zurückzuverweisen, hilfs-
weise eine eigene Sachentscheidung zu treffen,
- 14 4. die Kosten des Verfahrens einschließlich ihrer zur zweckentsprechenden Rechts-
verfolgung erforderlichen Aufwendungen der Antragsgegnerin aufzuerlegen,
- 15 5. die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten sowohl im Verfahren vor der
Vergabekammer als auch im Beschwerdeverfahren für notwendig im Sinne des § 182
Abs. 4 GWB zu erklären,
- 16 hilfsweise für den Fall, dass der Senat die Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags
bestätigen sollte,
- 1718 festzustellen, dass die Ausschlussentscheidung der Beschwerdegegnerin vom 27. Ja-
nuar 2026 rechtswidrig war und sie in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt
hat (§ 168 Abs. 2 Satz 2 GWB).
- 19 Die Antragsgegnerin beantragt,
- 20 1. die sofortige Beschwerde gegen den Beschluss der Vergabekammer des Landes
Brandenburg vom 21. Mai 2026, Az.: VK 4/26, vollumfänglich zurückzuweisen,
- 21 2. den Hilfsantrag der Antragstellerin aus dem Schriftsatz vom 10. Juli 2026 als unzu-
lässig zu verwerfen, hilfsweise als unbegründet zurückzuweisen,
- 22 3. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich ihrer zur zweckent-
sprechenden Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen
aufzuerlegen.
- 2324 Die Antragsgegnerin verteidigt die angefochtene Entscheidung unter Wiederholung und
teilweiser Vertiefung ihres Vorbringens gegenüber der Vergabekammer. Sie meint, die
sofortige Beschwerde habe schon deshalb keinen Erfolg, weil der Nachprüfungsantrag

die Schriftform des § 161 Abs. 1 Satz 1 GWB nicht wahr und mithin unzulässig sei. Der Nachprüfungsantrag habe sich überdies durch die zwischenzeitlich erfolgte Zuschlagerteilung erledigt (§ 168 Abs. 2 Satz 1 GWB). Das primäre Rechtsschutzziel der Antragstellerin sei objektiv nicht mehr erreichbar. Sie hält den Nachprüfungsantrag ferner weiterhin für unbegründet, weil der Ausschluss der Antragstellerin wegen wettbewerbsverzerrender Vorbefassung rechtmäßig gewesen sei.

- 2526 Zur Begründetheit ihres Feststellungsbegehrens vertieft die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 7. August 2026 ihr Vorbringen zur Vorbefassung. Sie meint insbesondere, der Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 6 GWB sei ultima ratio und setze das Fehlschlagen milderer Mittel voraus, woran es fehle. Die Antragsgegnerin habe mit der Zurückversetzung des Vergabeverfahrens und der Neuausschreibung selbst Ausgleichsmaßnahmen nach § 7 Abs. 2 VgV ergriffen und sich hierüber sodann ohne Begründung hinweggesetzt. Ein wettbewerbsrelevanter Wissensvorsprung habe schon in tatsächlicher Hinsicht nicht bestanden, weil der ausgeschriebene Interimszustand erst nach Abschluss ihrer Planungsleistungen definiert worden sei und sämtliche Unterlagen allen Bietern über das Projektkommunikationssystem zugänglich gewesen seien. Ihr Interesse an der begehrten Feststellung bestehe fort, weil diese für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen des ihr entgangenen Auftrags von erheblicher rechtlicher Bedeutung sei.
- 27 Die Antragsgegnerin tritt dem mit Schriftsatz vom 12. August 2026 entgegen (Bl. 283 ff. eA). Sie hält den Hilfsantrag für unzulässig, weil er die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags voraussetze, an der es fehle, und weil das besondere Feststellungsinteresse nicht dargetan sei. Die Antragstellerin habe zu Art und Höhe des behaupteten Schadens nichts vorgetragen. Ein Schadensersatzanspruch sei überdies offensichtlich aussichtslos, weil die Antragstellerin nach der Zurückversetzung des Vergabeverfahrens kein Angebot mehr eingereicht habe, auf das ein Zuschlag hätte erteilt werden können. Ausgeschlossen worden sei die Antragstellerin am 27. Januar 2026 und damit vor Ablauf der seinerzeit bis zum 3. März 2026 laufenden Angebotsfrist. Ferner stütze die Antragstellerin ihren Antrag auf eine unzutreffende Rechtsgrundlage, weil für das Beschwerdeverfahren § 178 Sätze 3 und 4 GWB maßgeblich seien. In der Sache vertieft die Antragsgegnerin ihr Vorbringen zur Vorbefassung. Die Antragstellerin habe sie zum Vergabemodell beraten, die Planungsleistungen für die auftragsgegenständlichen Teilprojekte erbracht, die funktionale Leistungsbeschreibung, den Rahmenterminplan und das Preisblatt erstellt sowie Bieterfragen beantwortet. Der hierdurch begründete Informations-, Wissens- und Kontextvorsprung habe sich bereits darin niedergeschlagen, dass ihr Angebot in der ersten Angebotsphase als das wirtschaftlichste bewertet worden sei, und sei durch mildere Mittel nicht auszugleichen gewesen.
- 28 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den angefochtenen Beschluss der Vergabekammer, den Senatsbeschluss vom 23. Juni 2026 und die zwischen den Beteiligten gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen ergänzend Bezug genommen.
- 29 Mit Beschluss vom 13. Juli 2026 hat der Senat den Beteiligten Gelegenheit zur weiteren Stellungnahme bis zum 22. Juli 2026 gegeben (Bl. 240 eA) und diese Frist auf die Anträge der Beteiligten vom 17. Juli 2026 mit Beschluss vom 20. Juli 2026 bis zum 12. August 2026 verlängert (Bl. 249 eA). Die Beteiligten haben ihr Einverständnis mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung erklärt. Mit Schriftsatz vom 20. August 2026 hat die

Antragstellerin nach Fristablauf weiter zu ihren Rechtsauffassungen vorgetragen; hierauf wird Bezug genommen.

II.

- 30 Die sofortige Beschwerde bleibt ohne Erfolg. Über sie kann mit Einverständnis der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung entschieden werden (§ 175 Abs. 2 GWB i.V.m. § 65 Abs. 1 GWB).
- 31 1. Die sofortige Beschwerde ist statthaft und auch im Übrigen zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. Sie ist nach § 171 Abs. 1 GWB statthaft, durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet (§ 172 Abs. 3 GWB) und innerhalb der Notfrist des § 172 Abs. 1 GWB eingelegt worden, denn die Zweiwochenfrist lief mit der Zustellung des angefochtenen Beschlusses an die Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin am 27. Mai 2026 an und war folglich bei Eingang der Beschwerde am 10. Juni 2026 gewahrt.
- 32 2. Mit den Anträgen zu 1 bis 3 dringt die Antragstellerin nicht durch, weil das Nachprüfungsverfahren sich erledigt hat und diese Anträge dadurch gegenstandslos geworden sind.
- 33 a) Das Rechtsmittelbegehren ist nach dem aus der Beschwerdebegründung und den nachfolgenden Schriftsätzen hervorgehenden Verfahrensziel dahin auszulegen, dass die Anträge zu 1 bis 3 einen einheitlichen, auf Primärrechtsschutz gerichteten Antrag bilden. Der Antrag zu 2 ist trotz seiner Fassung kein selbständiges Feststellungsbegehren, sondern benennt allein denjenigen Rechtsstandpunkt, aus dem die Antragstellerin die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und die Zurückverweisung herleitet. Das eigentliche, mit dem Hilfsantrag verfolgte Ziel der Antragstellerin ist demgegenüber, eine für einen Schadensersatzprozess nach § 179 Abs. 1 GWB bindende Feststellung zu erlangen.
- 34 b) Das Nachprüfungsverfahren hat sich durch den nach Ablauf der Frist des § 173 Abs. 1 Satz 2 GWB wirksam erteilten Zuschlag in der Hauptsache erledigt. Der erteilte Zuschlag kann nach § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB nicht aufgehoben werden. Die auf Primärrechtsschutz gerichteten Anträge sind damit gegenstandslos und mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig geworden (Senat, Beschluss vom 12. März 2024 - 19 Verg 1/23, juris Rn. 44 und OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 22. August 2023 - 11 Verg 1/23, juris Rn. 45). Die begehrte Zurückverweisung an die Vergabekammer scheidet aus demselben Grunde aus, weil auch dort eine auf Vornahme oder Unterlassung gerichtete Anordnung nicht mehr ergehen könnte.
- 35 3. Auch mit dem hilfsweise gestellten Feststellungsantrag hat die Antragstellerin keinen Erfolg. Die innerprozessuale Bedingung, unter die sie ihn gestellt hat, ist nach dem Vorstehenden und den nachfolgenden Ausführungen eingetreten, so dass über ihn zu befinden ist. Der Antrag ist unzulässig und deshalb zu verwerfen.
- 36 a) Der Antrag ist allerdings nach § 178 Sätze 3 und 4, § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB statthaft. Dass die Antragstellerin ihr Begehren zunächst allein auf § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB gestützt hat, ist unschädlich, weil dem Senat die rechtliche Einordnung des Antrags obliegt. Das erledigende Ereignis ist nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens eingetreten. Der vergaberechtliche Erledigungsbegriff setzt - anders als derjenige des Zivilverfahrensrechts - nicht voraus, dass ein bislang zulässiger und begründeter Antrag durch das erledigende Ereignis unzulässig oder unbegründet geworden ist, sondern lässt es ge-

nügen, dass der auf Vornahme oder Unterlassung gerichtete Antrag gegenstandslos geworden ist (OLG Naumburg, Beschluss vom 21. Juni 2010 - 1 Verg 12/09, BeckRS 2010, 20443; OLG Düsseldorf, NZBau 2011, 566 - Krankentransportleistungen und ZfBR 2011, 789; OLG Jena, NZBau 2012, 386 sowie OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 24. November 2022 - 11 Verg 5/22, BeckRS 2022, 38371 Rn. 25; Dreher in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Auflage, § 168 GWB Rn. 52).

- 37 b) Der Antrag ist ferner nicht deshalb unzulässig, weil es der Antragstellerin am erforderlichen Feststellungsinteresse fehlte.
- 38 aa) Der Fortsetzungsfeststellungsantrag setzt nach nahezu allgemeiner Auffassung als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal ein Feststellungsinteresse voraus (OLG Koblenz, ZfBR 2009, 292, 294; OLG München, Beschluss vom 19. Juli 2012 - Verg 8/12, BeckRS 2012, 16370; OLG Düsseldorf, NZBau 2020, 190 und OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 22. August 2023 - 11 Verg 1/23, aaO, Rn. 52; Antweiler in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 4. Auflage, § 168 GWB Rn. 65; Prell in BeckOK Vergaberecht, Gabriel/Mertens/Stein/Wolf, 40. Edition, Stand 1. August 2024, § 168 GWB Rn. 53; Fett in MünchKommWettbewerbsR, 4. Auflage, § 168 GWB Rn. 65; jeweils mwN; nach Dreher, aaO, Rn. 54 ist es lediglich im Sinne des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses zu verstehen). Es rechtfertigt sich durch jedes nach vernünftigen Erwägungen und nach Lage des Falles anzuerkennende Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder auch ideeller Art, wobei die beantragte Feststellung geeignet sein muss, die Rechtsposition des Antragstellers in einem dieser Bereiche zu verbessern und eine Beeinträchtigung seiner Rechte auszugleichen oder wenigstens zu mildern (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 7. Mai 2014 - 15 Verg 4/13, BeckRS 2015, 8088 und OLG Düsseldorf, NZBau 2020, 190; Antweiler, aaO, Rn. 65; Prell, aaO, Rn. 53). Dient der Antrag der Vorbereitung eines Schadensersatzprozesses, so genügt bereits die nicht auszuschließende Möglichkeit eines Schadensersatzanspruchs, und es reicht aus, dass der Antragsteller vorträgt, er beabsichtige, solche Ansprüche geltend zu machen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4. Mai 2009 - VII-Verg 68/08, BeckRS 2009, 24305 und OLG Frankfurt am Main, NZBau 2004, 174; Fett in MünchKommWettbewerbsR, aaO, Rn. 66, 66a und Antweiler, aaO, Rn. 66). Mit der Umstellung der ursprünglichen Anträge auf den Feststellungsantrag ist das Feststellungsinteresse zwar ausdrücklich zu begründen, denn allein aus der Bindungswirkung des § 179 Abs. 1 GWB folgt es ohne nähere Angaben zu den behaupteten Ansprüchen nicht (OLG Düsseldorf, ZfBR 2022, 85 und NZBau 2024, 305, 306 - Grundschule B. sowie OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 24. November 2022 - 11 Verg 5/22, aaO, Rn. 40). Zu verneinen ist das Feststellungsinteresse insoweit aber erst, wenn ein Schadensersatzanspruch offensichtlich aussichtslos erscheint (OLG Düsseldorf, NZBau 2014, 589; Fett in MünchKommWettbewerbsR, aaO, Rn. 66 und Antweiler, aaO, Rn. 66). Maßgeblicher Zeitpunkt ist derjenige der Entscheidung (Prell, aaO, Rn. 53 und Fett in MünchKommWettbewerbsR, aaO, Rn. 66a).
- 39 bb) Nach diesem Maßstab ist ein Feststellungsinteresse der Antragstellerin gegeben. Sie hat mit den Schriftsätzen vom 10. Juli 2026 und vom 7. August 2026 geltend gemacht, die begehrte Feststellung sei für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen des ihr entgangenen Auftrags von erheblicher rechtlicher Bedeutung.
- 40 (1) Bereits in ihrem Fristverlängerungsantrag vom 17. Juli 2026 hat sie ausgeführt, das Verfahren diene nunmehr ausschließlich der Klärung der Frage, ob die Ausschlussentscheidung rechtswidrig gewesen sei, und zwar mit dem Ziel, ihre Schadensersatzansprüche zu sichern (Bl. 244 eA). Damit hat sie die Absicht, solche Ansprüche zu verfol-

gen, hinreichend zum Ausdruck gebracht und das Feststellungsinteresse in der gebotenen Weise ausdrücklich begründet. Ein derartiger Anspruch erscheint auch nicht offensichtlich aussichtslos, denn die Antragstellerin hat sich an dem Vergabeverfahren mit einem Angebot beteiligt und ist erst durch den von ihr beanstandeten Ausschluss aus dem Wettbewerb ausgeschieden, so dass eine echte Zuschlagschance nicht von vornherein auszuschließen ist. Ob ein Schadensersatzanspruch tatsächlich besteht, ist demgegenüber nicht im Nachprüfungs-, sondern im Schadensersatzprozess vor dem ordentlichen Gericht zu klären, an dessen Bindung nach § 179 Abs. 1 GWB es hier ohnehin fehlt (vgl. OLG Düsseldorf, NZBau 2008, 727, 729). Auf die von der Antragstellerin in ihrem letzten Schriftsatz vom 20. August 2026 zitierte Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (Urteil vom 06.06.2024 - C-547/22I, juris Rn. 37 ff.) kommt es insoweit nicht maßgeblich an.

- 41 (2) Die dagegen gerichteten Einwendungen der Antragsgegnerin aus ihrem Schriftsatz vom 12. August 2026 verfangen nicht. Ihr ist einzuräumen, dass die Antragstellerin weder die Art des in Betracht kommenden Anspruchs noch dessen Höhe näher bezeichnet hat. Einer solchen Substantiierung bedarf es nach dem dargestellten Maßstab indes nicht, weil bereits die nicht auszuschließende Möglichkeit eines Schadensersatzanspruchs genügt. Anders als in dem der Entscheidung Grundschule B. zugrunde liegenden Fall, in dem zur Begründung eines Feststellungsinteresses überhaupt nicht vorgetragen worden war (OLG Düsseldorf, NZBau 2024, 305, 306), hat die Antragstellerin ihren Schaden benannt und leitet ihn aus dem Verlust des Auftrags her. Dass ihr der Zuschlag bei ordnungsgemäßer Durchführung des Vergabeverfahrens zwingend hätte erteilt werden müssen, hat sie nicht darzulegen, weil dies nur für den Ersatz des positiven Interesses gilt (BGH, Urteil vom 20. November 2012 - X ZR 108/10 - Friedhofserweiterung, NZBau 2013, 180 Rn. 16), während für den auf § 181 Satz 1 GWB gestützten Ersatz des Vertrauensschadens genügt, dass sie bei der Wertung eine echte Chance auf den Zuschlag gehabt hätte (BGH, Urteil vom 27. November 2007 - X ZR 18/07, BeckRS 2008, 01230; Fett in MünchKommWettbewerbsR, aaO, Rn. 66). Diese Chance ist ihr nicht abzusprechen, denn ihr erstes finales Angebot ist nach dem eigenen Vorbringen der Antragsgegnerin in der ersten Angebotsphase als das wirtschaftlichste bewertet worden. Ohne Erfolg wendet die Antragsgegnerin schließlich ein, die Antragstellerin habe nach der Zurücksetzung des Vergabeverfahrens kein Angebot mehr eingereicht, auf das ein Zuschlag hätte erteilt werden können. Diese ist am 27. Januar 2026 und damit zu einem Zeitpunkt von der weiteren Beteiligung am Vergabeverfahren ausgeschlossen worden, zu dem die Angebotsfrist nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin noch bis zum 3. März 2026 lief. Dass ein weiteres Angebot unterblieben ist, beruht mithin gerade auf derjenigen Maßnahme, deren Rechtswidrigkeit die Antragstellerin festgestellt wissen will.
- 42 c) Der Antrag ist jedoch unzulässig, weil er neben dem Feststellungsinteresse voraussetzt, dass der ursprüngliche Nachprüfungsantrag zulässig war, woran es hier fehlt.
- 43 aa) Ob dies zu verlangen ist, wird in der Spruchpraxis der Vergabekammern und -senate unterschiedlich beurteilt. Nach einer Auffassung genügt es, dass der ursprüngliche Antrag durch das erledigende Ereignis gegenstandslos geworden ist (OLG Naumburg, Beschluss vom 21. Juni 2010 - 1 Verg 12/09, aaO; OLG Düsseldorf, NZBau 2011, 566 - Krankentransportleistungen; Beschluss vom 8. Juni 2011 - VII-Verg 2/11, BeckRS 2011, 23541 und NZBau 2024, 305 - Grundschule B. sowie OLG Jena, NZBau 2012, 386; Antweiler, aaO, Rn. 63). Nach der Gegenauffassung, der der Senat in ständiger Rechtsprechung folgt, ist darüber hinaus die Zulässigkeit des ursprünglichen Nachprüfungsantrags

zu fordern (Senat, ZfBR 2011, 383, 385 und Beschluss vom 12. März 2024 - 19 Verg 1/23, aaO, Rn. 45; OLG Frankfurt am Main, NZBau 2003, 633; NZBau 2021, 205 - Coaching-Dienstleistungen; Beschluss vom 24. November 2022 - 11 Verg 5/22, aaO, Rn. 25 und Beschluss vom 22. August 2023 - 11 Verg 1/23, aaO, Rn. 49 f.; OLG Koblenz, ZfBR 2009, 292, 294; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 7. Mai 2014 - 15 Verg 4/13, aaO, Rn. 24; OLG Naumburg, VergabeR 2017, 489; OLG Celle, NZBau 2019, 462 Rn. 11 und VK Bund, Beschluss vom 22. Mai 2003 - VK 2-12/03, BeckRS 2003, 152631; Dreher, aaO, Rn. 53; Prell, aaO, Rn. 55; Fett in MünchKommWettbewerbsR, aaO, Rn. 67; Nowak in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage, § 168 GWB Rn. 36; jeweils mwN).

- 44 bb) Der Streitfall gibt keinen Anlass, hiervon abzurücken. Aus § 168 Abs. 2 GWB ergibt sich, dass das Nachprüfungsverfahren den Primärrechtsschutz des Bieters sichert, der auf diese Weise seine Chance auf Erteilung des Auftrags wahrt. Die in § 178 Sätze 3 und 4, § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB eröffnete Möglichkeit eines Feststellungsantrags stellt unter dem Gesichtspunkt des Primärrechtsschutzes eine Ausnahmevorschrift dar, die gewährleisten soll, dass eine Partei nicht um die Früchte des bisherigen Verfahrens gebracht wird (OLG München, Beschluss vom 30. Januar 2020 - Verg 28/19, BeckRS 2020, 5806 Rn. 9). In Fallgestaltungen der vorliegenden Art führte die Zulassung des Antrags indes nicht zur Bewahrung des bis zum Eintritt des erledigenden Ereignisses erzielten Verfahrensertrages, vielmehr eröffnete das erledigende Ereignis überhaupt erst die Möglichkeit einer Sachentscheidung der Nachprüfungsinstanzen. Die aus einem von vornherein unzulässigen Nachprüfungsverfahren hervorgehende Rechtswidrigkeitsfeststellung stellte sich danach nicht mehr als Fortsetzung des Primärrechtsschutzes, sondern als sachlich nicht gerechtfertigte Privilegierung des Antragstellers dar (Senat, Beschluss vom 12. März 2024 - 19 Verg 1/23, aaO, Rn. 46; Dreher, aaO, Rn. 51, 53). Hinzu tritt, dass der Verzicht auf das Erfordernis der Zulässigkeit des ursprünglichen Nachprüfungsantrags wesentliche Gedanken des vergaberechtlichen Rechtsschutzes umginge, wie sie namentlich in den Präklusionsvorschriften des § 160 Abs. 3 GWB zum Ausdruck kommen. Sinn und Zweck des § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB ist es, bereits im Nachprüfungsverfahren erarbeitete Ergebnisse zu erhalten und so eine nochmalige, der Prozessökonomie widersprechende Prüfung derselben Sach- und Rechtslage zu vermeiden (OLG Celle, NZBau 2019, 462 Rn. 11 und OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 22. August 2023 - 11 Verg 1/23, aaO, Rn. 51). Der Rechtsschutz im Rahmen des Feststellungsantrags kann in seinem gegenständlichen Ansatz nicht weiterreichen als der Primärrechtsschutz (OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 22. August 2023 - 11 Verg 1/23, aaO, Rn. 48, 51; Dreher, aaO, Rn. 53 und Prell, aaO, Rn. 55). Erforderlich ist danach namentlich, dass der Antragsteller im Sinne des § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt war, den Verstoß nach § 160 Abs. 3 GWB rechtzeitig gerügt und den Antrag im Übrigen in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise angebracht hat (Fett in MünchKommWettbewerbsR, aaO, Rn. 67 und Prell, aaO, Rn. 55). Dem Wortlaut des § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB ist Abweichendes nicht zu entnehmen, denn die Frage, ob eine Rechtsverletzung vorgelegen hat, betrifft die Begründetheit. Aus grammatikalischer Auslegung folgt daher nur, dass aus der Erledigung nicht zugleich die Begründetheit des Feststellungsantrags folgen muss.
- 45 d) Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 6. Februar 2026 war unzulässig. Die Vergabekammer hat ihn zu Recht verworfen, weil er die nach § 161 Abs. 1 Satz 1 GWB in der bis zum 30. Juni 2026 geltenden Fassung erforderliche Schriftform nicht wahrt.
- 46 aa) Der Senat hat dies in seinem Beschluss vom 23. Juni 2026 unter II. 2. b) im Einzelnen ausgeführt (S. 8 ff.; Bl. 193 bis 201 eA). Hierauf wird zur Vermeidung von Wiederholun-

gen Bezug genommen. Die Frage ist dort nicht lediglich im Rahmen einer summarischen Beurteilung der Erfolgsaussichten, sondern abschließend geprüft und beantwortet worden, und der Senat hält hieran nach erneuter Prüfung fest.

- 47 bb) Denn die weiteren Ausführungen der Antragstellerin geben keinen Anlass zu einer abweichenden Beurteilung. Mit ihrem Schriftsatz vom 7. August 2026 hat sie ihr Vorbringen zur Zulässigkeit ausdrücklich aufrechterhalten und im Übrigen auf ihre Beschwerdebegründung sowie auf ihren Schriftsatz vom 22. Juni 2026 verwiesen (Bl. 262 f. eA). Die dabei hervorgehobenen Erwägungen - dass § 161 Abs. 1 Satz 1 GWB Schriftlichkeit und nicht die Schriftform des § 126 BGB verlange, dass der Zweck des Formerfordernisses mit der Identifizierbarkeit des Einreichers und der Gewissheit seiner Verantwortungsübernahme bei Einreichung per E-Mail und Telefax erfüllt gewesen sei und dass das Unterbleiben einer Heilung innerhalb der Frist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB auf ein pflichtwidriges Zuwarten der Vergabekammer zurückgehe - hat der Senat in dem genannten Beschluss sämtlich bereits beschieden. Neue tatsächliche oder rechtliche Gesichtspunkte trägt die Antragstellerin insoweit auch mit ihrem letzten Schriftsatz vom 20. August 2026 nicht vor.
- 48 4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 175 Abs. 2, § 71 Satz 2 GWB. Der Antrag der Antragstellerin, die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten gemäß § 182 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären, bedarf keiner Entscheidung, da ihr keine Kosten zu erstatten sind (vgl. Senat, Beschluss vom 12. März 2024 - 19 Verg 1/23, aaO, Rn. 55). Für die Antragsgegnerin bedarf es zur Erstattung der durch die Beauftragung ihrer Verfahrensbevollmächtigten im Beschwerderechtszug entstandenen Kosten keiner Tenorierung. Die Erstattungsfähigkeit folgt unmittelbar kraft Gesetzes aus § 175 Abs. 1 Satz 1 GWB (vgl. Senat, Beschluss vom 12. März 2024 - 19 Verg 1/23, aaO, Rn. 56 und OLG Koblenz, Beschluss vom 27. Januar 2021 - Verg 1/19, BeckRS 2021, 10061 Rn. 77 mwN). Über den mit Schriftsatz vom 10. Juli 2026 nicht weiterverfolgten Antrag auf Einsicht in die Vergabeakten ist nicht mehr zu befinden. Die Antragsgegnerin hat um die Gewährung rechtlichen Gehörs für den Fall gebeten, dass der Senat von seiner im Beschluss vom 23. Juni 2026 geäußerten Beurteilung abrückt. Dazu besteht kein Anlass, weil der Senat hieran festhält. Die Festsetzung des Streitwerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Sie entspricht 5 % der Bruttosumme des zuletzt von der Antragstellerin eingereichten Angebots.
- 49 5. Eine Vorlage an den Bundesgerichtshof nach § 179 Abs. 2 Satz 1 GWB ist nicht veranlasst. Die Voraussetzungen dieser Norm liegen nur dann vor, wenn das vorlegende Gericht als tragende Begründung seiner Entscheidung einen Rechtssatz zugrunde legen will, der mit einem die Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts tragenden Rechtssatz unvereinbar ist (vgl. BGH, Beschluss vom 4. April 2017 - X ZB 3/17 - Postdienstleistungen, juris Rn. 23). Daran fehlt es. Die Vergabesenate der Oberlandesgerichte Naumburg, Düsseldorf und Jena haben sich in den vorstehend genannten Entscheidungen tragend mit der Auslegung des Begriffs der Erledigung in § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB und der daran anknüpfenden Kostenfolge befasst und ausgeführt, es komme insoweit nicht auf die zivilprozessuale, sondern auf die verwaltungsprozessuale Betrachtung an. Das beurteilt der Senat nicht anders. Die davon zu trennende und hier entscheidende Frage, ob die Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags auch die Unzulässigkeit eines Fortsetzungsfeststellungsantrags nach sich zieht, war hingegen in jenen Verfahren nicht tragend entscheidungserheblich (ebenso OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 22. August 2023 - 11 Verg 1/23, aaO, Rn. 54, 56 und 58). Nichts anderes gilt für die Entschei-

dung Grundschule B. des Oberlandesgerichts Düsseldorf. Zwar heißt es dort, es komme nicht darauf an, ob der Nachprüfungsantrag ursprünglich zulässig und begründet gewesen sei. Dieser Rechtssatz trägt jene Entscheidung aber nicht, weil der Fortsetzungsfeststellungsantrag dort bereits am verneinten Feststellungsinteresse gescheitert ist. Überdies hat das Oberlandesgericht Düsseldorf im Rahmen der Kostenentscheidung angenommen, die dortige Antragstellerin wäre mit ihrem Nachprüfungsantrag schon mangels Antragsbefugnis unterlegen (OLG Düsseldorf, NZBau 2024, 305 f.).