Oberlandesgericht Düsseldorf, Verg 6/26

Datum:	18.05.2026
Gericht:	Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper:	Vergabesenat
Entscheidungsart:	Beschluss
Aktenzeichen:	Verg 6/26
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2026:0518.VERG6.26.00

Tenor:

I. Das Verfahren wird ausgesetzt.

II. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wird zu folgender Frage eingeholt:

Ist die Regelung in § 16 Abs. 1 BwBBG mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG und dem allgemeinen Justizgewährleistungsanspruch (Art. 20 Abs. 3 GG) vereinbar?

III. Der Termin am 26.08.2026 wird aufgehoben.

G r ü n d e 1

I. 2

Die im Tenor formulierte Frage stellt der vorlegende Senat im Kontext eines von der Antragsgegnerin durchgeführten Vergabeverfahrens. An diesem beteiligten sich die Antragstellerin und die Beigeladene. 3

Die Antragsgegnerin ist eine Gesellschaft mit Mehrheitsbeteiligung des Bundes. In der von ihr veröffentlichten Leistungsbeschreibung stellte sie sich selbst wie folgt vor: 4

[zu Anonymisierungszwecken entfernt] 5

Welche Leistung sie vergeben wollte, beschrieb sie in dem Text auszugsweise wie folgt: 6

[zu Anonymisierungszwecken entfernt] 7

8

Im weiteren Text wurden die Zeitlinien für die Auslieferung in drei Tranchen festgelegt. Zu den Standorten schlossen sich die folgenden Informationen an:

[zu Anonymisierungszwecken entfernt] 9

Sodann beschrieb die Antragsgegnerin näher die zu erfüllenden Voraussetzungen [zu Anonymisierungszwecken entfernt] unter den Überschriften [zu Anonymisierungszwecken entfernt]. Den Auftragswert für die Rahmenvereinbarung schätzte sie auf [zu Anonymisierungszwecken entfernt]. 10

Um die von ihr gewünschte Rahmenvereinbarung über [zu Anonymisierungszwecken entfernt] schließen zu können, eröffnete sie im Februar 2025 ein gemeinschaftsweites Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb nach der Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit (im Folgenden: VSVgV). Diese gilt nach ihrem § 1 für die Vergabe von verteidigungs- und sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen im Sinne des § 104 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (im Folgenden: GWB). 11

In der Ausschreibung legte sie als Mindestanforderung im Bereich der Eignungskriterien unter anderem einen durchschnittlichen Mindestumsatz für die letzten drei Geschäftsjahre in Höhe von [zu Anonymisierungszwecken entfernt] fest. Zu den veröffentlichten Vergabeunterlagen gehörte auch die vorstehend zitierte Leistungsbeschreibung. 12

Sowohl die Antragstellerin als auch die Beigeladene beteiligten sich an dem Verfahren. Die Antragstellerin bezweifelte die Anwendbarkeit der VSVgV, worauf ihr die Antragsgegnerin Mitte März 2025 antwortete, es handle sich um einen verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen Auftrag gemäß § 104 Abs. 1 Nr. 3 GWB. Denn die ausschreibungsgegenständlichen [zu Anonymisierungszwecken entfernt] dienten der Aufnahme und Ausgabe von Militärausrüstung, bedürften der Integration in „unsere“ IT-Systemlandschaft und befänden sich zusätzlich in den Liegenschaften der Bundeswehr. 13

Um die in der Ausschreibung geforderte wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nachzuweisen, bediente sich die Antragstellerin eines Eignungsleihgebers. Dieser fiel in Insolvenz und wurde im Oktober 2025 aus dem Handelsregister gelöscht. Die Antragsgegnerin entschloss sich, die Antragstellerin wegen Wegfalls ihrer Eignung von dem Vergabeverfahren auszuschließen, und beabsichtigte, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Hierüber informierte sie die Bieterinnen am 01.12.2025. Dabei stützte sie den Ausschluss der Antragstellerin ergänzend auch auf den fakultativen Ausschlussgrund des § 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB, weil sie sie nicht über die Insolvenz des Eignungsleihgebers informiert habe. 14

Nach erfolglosen Rügen ihres Ausschlusses und der Nichtanwendung der Verfahrensregeln der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung, im Folgenden: VgV) stellte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag. Diesen wies die 1. Vergabekammer des Bundes am 21.01.2026 zurück, wobei sie die Rüge der Nichtanwendbarkeit der VSVgV für nicht präkludiert und die Tatbestandsvoraussetzungen des Ausschlusses nach § 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB für nicht erfüllt hielt. 15

Gegen diesen Beschluss legte die Antragstellerin unter dem 30.01.2026 sofortige Beschwerde ein, mit der sie die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße weiterverfolgt. Zudem stellte sie den Antrag, die aufschiebende Wirkung ihrer sofortigen Beschwerde gemäß § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB zu verlängern, die ansonsten zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist entfallen würde (§ 173 Abs. 1 Satz 2 GWB). Die aufschiebende Wirkung 16

erzeugt ein Zuschlagsverbot (§169 Abs. 1 GWB). Zu dem Antrag auf Verlängerung dieser Wirkung gab die Vorsitzende des vorlegenden Senats der Antragsgegnerin und der Beigeladenen Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 17.02.2026.

In der Zwischenzeit trat am 14.02.2026 das „Gesetz zur beschleunigten Planung und Beschaffung für die Bundeswehr“ (Bundeswehrbeschaffungsbeschleunigungsgesetz, im Folgenden: BwBBG) in Kraft, das nach der Übergangsvorschrift in seinem § 19 auch für begonnene, noch nicht abgeschlossene Vergabeverfahren gelten soll. Im Anwendungsbereich des Gesetzes, der in § 1 BwBBG festgelegt ist, soll nach § 16 Abs. 1 BwBBG die sofortige Beschwerde keine aufschiebende Wirkung haben und u.a. § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB nicht anwendbar sein, wenn die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen hat. 17

Am 17.02.2026, dem Tag des Ablaufs der Stellungnahmefrist, schloss die Antragsgegnerin mit der Beigeladenen die ausgeschriebene Rahmenvereinbarung. 18

Mit Beschluss vom 18.02.2026 verlängerte der Senat vorsorglich und vorläufig die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde bis zur abschließenden Entscheidung über den Antrag. 19

Die Antragstellerin verfolgt auch in Ansehung der geänderten Sachlage ihr vorrangiges Ziel weiter, im Wege des Primärrechtsschutzes ihre Chancen auf den Zuschlag zu erhalten. Die Erteilung des Zuschlags an die Beigeladene hält sie für unwirksam. Sie möchte die Antragsgegnerin weiter verpflichten lassen, das Vergabeverfahren fortzusetzen. Nur für den Fall, dass der Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen doch wirksam erteilt worden sei, erhebt sie hilfsweise eine Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde entsprechend § 168 Abs. 2 GWB. Mit dieser möchte sie in dem Fall, dass sie nur noch ein sekundärer Rechtsschutz erlangen kann, feststellen lassen, dass die Vergabe der Rahmenvereinbarung an die Beigeladene rechtswidrig sei und sie in ihren subjektiven Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletze. 20

Die Antragsgegnerin und die Beigeladene treten der sofortigen Beschwerde entgegen. Dabei wendet sich die Antragsgegnerin ihrerseits gegen den Beschluss der 1. Vergabekammer des Bundes mit einer unselbständigen Anschlussbeschwerde. Sie hält den Nachprüfungsantrag wegen Präklusion für unzulässig, soweit es um die Anwendbarkeit der VSVgV-Vorschriften geht, und den Ausschlussgrund des § 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB für gegeben. 21

II. 22

Das Verfahren war gemäß Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG auszusetzen. Sowohl die abschließende Entscheidung über den in diesem Verfahren gestellten Antrag, die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde zu verlängern, als auch die Entscheidung über den auf primären Rechtsschutz gerichteten Verpflichtungsantrag hängen davon ab, ob § 16 Abs. 1 BwBBG gültig ist (1). Der vorlegende Senat ist indes davon überzeugt, dass dies nicht der Fall, sondern die Regelung über die „beschleunigte sofortige Beschwerde“ in § 16 Abs. 1 BwBBG verfassungswidrig ist (2). Deshalb ist die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts dazu unter Beachtung der Vorgaben des § 80 Abs. 1 BVerfGG einzuholen. 23

1. 24

a. 25

Der vorlegende Senat ist verpflichtet, sowohl über den Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung als auch über den mit der sofortigen Beschwerde verfolgten Verpflichtungsantrag und ggf. über den Hilfsantrag der Antragstellerin zu entscheiden. Die Antragstellerin hat eine zulässige sofortige Beschwerde gegen die Entscheidung der 1. Vergabekammer des Bundes eingelegt. Die sofortige Beschwerde hatte zunächst aufschiebende Wirkung gemäß § 173 Abs. 1 Satz 1 GWB. Solange diese Wirkung anhielt, bestand ein Zuschlagsverbot nach § 169 Abs. 1 GWB. Die Antragsgegnerin durfte der Beigeladenen den Zuschlag auf ihr Angebot nicht erteilen. Entfallen wäre die Wirkung nach der Zweiwochenfrist des § 173 Abs. 1 Satz 2 GWB mit Ablauf des 19.02.2026. Jedenfalls ursprünglich ebenfalls zulässig hat die Antragstellerin zusätzlich beantragt, die aufschiebende Wirkung über diesen Zeitpunkt hinaus zu verlängern. 26

Dass das Begehren der Antragstellerin in keinem Fall Erfolg haben könnte, ist nicht ersichtlich. Allenfalls teilweise könnte ihr Nachprüfungsantrag unzulässig sein, denn möglicherweise kann sie die Anwendung der VSVgV und damit die Nichtanwendung der VgV nicht mehr zulässig angreifen. Dies hängt davon ab, ob der Angriff präkludiert ist. Dies wäre gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB der Fall, wenn sie dies schon im März 2025 gerügt hätte, die Antragsgegnerin mitgeteilt hätte, dieser Rüge nicht abhelfen zu wollen, und dann mehr als 15 Tage bis zur Stellung des Nachprüfungsantrags vergangen wären. Das hängt letztlich davon ab, ob die von der Antragstellerin im März 2025 gestellte Frage nach der Anwendbarkeit der VSVgV als Rüge auszulegen ist. Aber auch dann, wenn man dies so sehen wollte und der Nachprüfungsantrag damit teilweise unzulässig wäre, bliebe dieser Antrag im Übrigen zulässig. Auch dann könnte die Antragstellerin weiterhin zulässig die Unwirksamkeit ihres Ausschlusses geltend machen. Mithin ist ihr Nachprüfungsantrag in jedem Fall zu einem überwiegenden Teil zulässig. 27

b. 28

Die zu treffenden Entscheidungen des vorlegenden Senates hängen von der Gültigkeit des § 16 Abs. 1 BwBBG ab. 29

aa. 30

Wenn § 16 Abs. 1 BwBBG gültig ist, hätte die sofortige Beschwerde der Antragstellerin keine aufschiebende Wirkung und § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB wäre nicht anwendbar. Infolgedessen wäre der Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde nicht statthaft. Der Antrag wäre als unzulässig zu verwerfen. 31

Auch der auf primären Rechtsschutz gerichtete Verpflichtungsantrag hätte keinen Erfolg und wäre als unzulässig zurückzuweisen, weil die ausgeschriebene Rahmenvereinbarung wirksam zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zustande gekommen und damit Erledigung des Nachprüfungsverfahrens eingetreten wäre. 32

Allenfalls könnte dann noch der Hilfsantrag der Antragstellerin Erfolg haben, eine Rechtsverletzung durch den Abschluss der Rahmenvereinbarung festzustellen. In diesem Falle müsste der vorlegende Senat also über den Hilfsantrag entscheiden. 33

bb. 34

Wenn die Norm dagegen keine Gültigkeit beanspruchen kann, dann hätte der vorlegende Senat andere Entscheidungen zu treffen. Dann wäre § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB anwendbar und der hierauf gestützte Antrag zulässig. Der Senat hätte die aufschiebende Wirkung der 35

sofortigen Beschwerde wirksam einstweilen verlängert und könnte abschließend über die Begründetheit des Antrags auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde entscheiden.

Nur wenn § 16 Abs. 1 BwBBG verfassungswidrig wäre, könnte der auf primären Rechtsschutz gerichtete Verpflichtungsantrag der Antragstellerin Erfolg haben. Die Antragsgegnerin hätte mit ihrer Zuschlagserteilung an die Beigeladene gegen das gesetzliche Zuschlagsverbot verstoßen. Dieser Verstoß hätte die Nichtigkeit des geschlossenen Rahmenvertrags gemäß § 134 BGB zur Folge. 36

In diesem Fall wäre dann keine Entscheidung mehr über den Hilfsantrag zu treffen. 37

c. 38

Der Anwendungsbereich des BwBBG ist vorliegend eröffnet, sowohl sachlich (aa) als auch zeitlich (bb). 39

aa. 40

Das Gesetz gilt nach seinem § 1 Abs. 1 Nr. 1 lit. b für öffentliche Aufträge im Oberschwellenbereich (§ 106 GWB) zur Deckung der Bedarfe der Bundeswehr, die vergeben werden durch Gesellschaften mit Mehrheitsbeteiligung des Bundes. Da es sich bei der Antragsgegnerin um eine solche Gesellschaft handelt und mit einem geschätzten Auftragswert von [zu Anonymisierungszwecken entfernt] jeder der in § 106 Abs. 2 GWB genannten Schwellenwerte überschritten ist, kommt es für die Beurteilung nur darauf an, ob mit dem Rahmenvertrag ein Bedarf der Bundeswehr gedeckt werden soll. In der Gesetzesbegründung heißt es zu diesem Begriff (BT-Drucksache 21/1931, S. 29): 41

„Gemäß Nummer 1 gilt das Gesetz nun für alle öffentlichen Aufträge, die Bedarfe der Bundeswehr decken sollen. Damit wird der Anwendungsbereich in Nummer 1 zum einen auf alle verteidigungs- und sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträge im Sinne von § 104 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) erweitert. Die Erweiterung erstreckt sich zum anderen auch auf öffentliche Aufträge im Anwendungsbereich der Vergabeverordnung und auf öffentliche Bauaufträge. Auch öffentliche Aufträge, die nicht verteidigungs- oder sicherheitsspezifisch sind und zur Deckung von Bedarfen der Bundeswehr vergeben werden, sind für die Aufgabenerfüllung der Bundeswehr und damit für die Einsatzfähigkeit der Streitkräfte von erheblicher Bedeutung. 42

Besonders anschaulich betrifft dies beispielsweise die Beschaffung von Sanitätsmaterial wie medizinische Geräte, Verbandsmaterial oder Medikamente. Sanitätsmaterial fällt regelmäßig nicht in den Anwendungsbereich des § 104 GWB, ist aber dennoch zur Versorgung Verwundeter im Einsatz von höchster Relevanz und dessen zeitgerechte und möglichst aufwandsarme Bereitstellung mithin unerlässlicher Bestandteil der Stärkung der Einsatzfähigkeit der Bundeswehr. 43

Gleiches gilt für Baumaßnahmen und Planungsleistungen für die Bundeswehr und ihre Einrichtungen, die nicht in den Anwendungsbereich des § 104 GWB fallen.“ 44

Dies geht einher mit dem allgemeinen Verständnis des Beschaffungsbedarfs. Diesen definiert kein Dritter, sondern der öffentliche Auftraggeber selbst frei in den Schranken wirtschaftlicher und fiskalischer Vernunft und den aus § 97 GWB abzuleitenden Regeln für den Vergabewettbewerb (BGH, Beschluss vom 04.04.2017 - X ZB 3/17, „Postdienstleistungen“, 45

NZBau 2017, 366, 369 Rn. 34). Das Vergaberecht regelt nicht, was der öffentliche Auftraggeber beschafft, sondern nur die Art und Weise der Beschaffung (vgl. Senat, Beschluss vom 31.05.2017 - VII-Verg 36/16, NZBau 2017, 623, 625 Rn. 38; OLG Naumburg, Beschluss vom 12.11.2025 - 6 Verg 2/25, BeckRS 2025, 39425 Rn. 43, jeweils m.w.N.). Beschaffungsbedarf der Bundeswehr ist danach das, was die Bundeswehr im Rahmen ihrer Beschaffungsautonomie beschaffen möchte. Ausweislich der zitierten Gesetzesbegründung möchte der Gesetzgeber damit auch Beschaffungsgegenstände erfassen, die bisher nicht in den Anwendungsbereich des § 104 GWB fielen. Das wird auch in einer ersten veröffentlichten Einschätzung zu diesem Gesetz so verstanden (vgl. Jäger, VergabeR 2026, 345, 346, der in der Ausweitung des sachlichen Anwendungsbereichs ein Kernstück des Gesetzes sieht).

Die Antragstellerin meint demgegenüber, der Anwendungsbereich müsse unter dem Gesichtspunkt eingeschränkt werden, welchen Zwecken die Beschaffung diene. Andernfalls fielen sogar Straßen- und Brückenbauprojekte darunter, weil diese Infrastruktur auch von der Bundeswehr genutzt werde. 46

Die Zuordnung zum Beschaffungsbedarf der Bundeswehr im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 BwBBG hängt aber nicht davon ab, ob die zu beschaffende Leistung spezifisch militärischen Zwecken dient. Ob ein Beschaffungsgegenstand als solcher auch anderen als militärischen Zwecken dienen kann, wie zum Beispiel Verbandsmaterial, ist nach dem sehr weit gefassten Wortlaut des Gesetzes und seiner Begründung kein Maßstab. Eine uferlose Ausdehnung etwa auf Infrastrukturmaßnahmen im Zuständigkeitsbereich der Die Autobahnen des Bundes GmbH ist gleichwohl nicht zu befürchten: 47

§ 1 Nr. 1 BwBBG bezieht sich erkennbar nur auf den Beschaffungsbedarf, nicht den Nutzungsbedarf. Das „Gesetz zur Beschleunigung von Beschaffungsmaßnahmen für die Bundeswehr“ regelt schon seinem Titel nach nur die Beschaffung. Die von der Antragstellerin als Beispiel angeführte Die Autobahnen des Bundes GmbH, bei der es sich - wie bei der Antragsgegnerin - um eine Gesellschaft mit Mehrheitsbeteiligung des Bundes handelt, deckt keine Beschaffungsbedarfe der Bundeswehr, sondern Beschaffungsbedarfe, die in ihrem Zuständigkeitsbereich entstehen. Sie verantwortet laut ihrem Internetauftritt (https://www.autobahn.de/ueber-uns/was-wir-tun) Planung, Bau, Betrieb, Verkehrsmanagement, Erhaltung, Finanzierung und vermögensmäßige Verwaltung der Autobahnen und Fernstraßen in Deutschland. Die Bundeswehr nutzt diese Infrastruktur gewiss mit. Das macht deren Beschaffung aber nicht zu einer Beschaffung für die Bundeswehr. 48

Mit den über den Rahmenvertrag zu beschaffenden [zu Anonymisierungszwecken entfernt] soll ein Bedarf der Bundeswehr gedeckt werden. Die Antragsgegnerin ist Dienstleister für die Bundeswehr und will zwar mittelbar, aber in der Sache ausschließlich deren Beschaffungsbedarf decken. Zu diesem Beschaffungsbedarf gehören die [zu Anonymisierungszwecken entfernt], die aufgrund des ausgeschriebenen Rahmenvertrags geliefert werden sollen. Diese [zu Anonymisierungszwecken entfernt] militärischer Bekleidung und Ausrüstung für Soldatinnen und Soldaten auf dem Gelände der Bundeswehr. Die zwischen den Beteiligten umstrittene Frage, ob der Beschaffungsgegenstand den Regelungen des § 104 GWB und der VSVgV unterliegt, spielt für die Anwendbarkeit des § 16 Abs. 1 BwBBG keine Rolle. 49

bb. 50

51

Auch der zeitliche Anwendungsbereich des § 16 Abs. 1 BwBBG ist eröffnet. Nach § 19 BwBBG sind die Regelungen des Gesetzes auch auf vor dessen Inkrafttreten begonnene, aber noch nicht abgeschlossene Vergabeverfahren anzuwenden, welche die Vergabe öffentlicher Aufträge nach § 1 BwBBG zum Gegenstand haben. Die Antragstellerin meint dazu, ein Beschwerdeverfahren sei kein Vergabeverfahren. Damit verkennt sie, dass das Verfahren über ihre sofortige Beschwerde Teil des vergaberechtlichen Nachprüfungs- und damit auch Teil des bisher noch nicht abgeschlossenen Vergabeverfahrens ist. Die Übergangsregelung zielt erkennbar darauf, Verfahren wie das vorliegende zu erfassen.

Der Gesetzgeber verweist in der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 20/1931, S. 47) darauf, § 19 entspreche dem bisherigen § 8 BwBBG, und bezieht sich auf die Begründung zu dieser älteren Norm (in BT-Drs. 20/2353, S. 25). Diese Begründung lautete: 52

„Vergabeverfahren werden regelmäßig nach dem Recht zu Ende geführt, das zum Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens galt (vgl. § 186 Absatz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen). 53

Das ist für Vergaben nach § 2 angesichts ihrer Dringlichkeit und ihrer Bedeutung für die nationale Sicherheit aufgrund des Zweckes des Gesetzes nach § 1 und den besonderen Verteidigungs- und Sicherheitsinteressen nicht sachgerecht. Sie sollen daher nach § 8, auch wenn sie bereits begonnen haben, grundsätzlich mit den Verfahrenserleichterungen und Beschleunigungsvorteilen der §§ 3 bis 7 durchgeführt werden können.“ 54

Die genannten Verfahrenserleichterungen und Beschleunigungsvorteile schlossen auch eine in dem damaligen § 6 BwBBG geregelte „beschleunigte sofortige Beschwerde“ ein. Dies verdeutlicht, dass der Gesetzgeber den Begriff des noch nicht abgeschlossenen Vergabeverfahrens in § 19 BwBBG auch auf Vergabenachprüfungsverfahren einschließlich des sofortigen Beschwerdeverfahrens erstrecken wollte. 55

Für dieses Verständnis streitet auch ein Vergleich mit der in der Begründung explizit genannten Übergangsregelung in § 186 Abs. 2 GWB zur Einführung der Vergaberechtsreform 2016. Nach ihr wurden die vor der Reform begonnenen Vergabeverfahren „einschließlich der sich an diese anschließenden Nachprüfungsverfahren“ zu Ende geführt nach dem bei Einleitung des Verfahrens (formuliert im Singular) geltenden Recht. Die Formulierungen verdeutlichen, dass nach dem Verständnis des Gesetzgebers das Vergabeverfahren und das Nachprüfungsverfahren keine voneinander getrennten Verfahren sind, was ja auch auf der Hand liegt. Das Vergabeverfahren ist nicht mit Einleitung des Nachprüfungsverfahrens abgeschlossen, sondern erst mit wirksamer Zuschlagserteilung. Der Vergleich und die zitierte Gesetzesbegründung zeigen auch, dass sich der Gesetzgeber in § 19 BwBBG bewusst für einen anderen Weg als bei Einführung der Vergaberechtsreform entschieden hat und die Rechtslage auch für laufende Vergabe- und damit auch Vergabenachprüfungsverfahren ändern wollte. Das passt auch zur Zielrichtung des Gesetzes, für eine schnell wirkende Beschleunigung zu sorgen. 56

2. 57

Der vorlegende Senat hält die Regelung in § 16 Abs. 1 BwBBG für verfassungswidrig. Sie verstößt seiner Auffassung nach gegen die in Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG festgeschriebene Garantie effektiven Rechtsschutzes, jedenfalls aber gegen den allgemeinen Justizgewährungsanspruch, auf den das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 13.06.2006 abstellt (1 BVR 1160/03, juris Rn. 53). 58

59

a.

Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG garantiert einen Anspruch auf wirkungsvollen Rechtsschutz gegenüber der öffentlichen Gewalt (vgl. Enders, in: BeckOK Grundgesetz, Stand 15.11.2025, Art. 19 GG Rn. 19 m.w.N.). Damit ist die vollziehende Gewalt gemeint (vgl. BVerfG, Beschluss vom 30.04.2003 - 1 PBvU 1/02, NJW 2003, 1924). Die öffentliche Gewalt im Sinne dieses Grundrechts handelt nach Auffassung des vorlegenden Senats auch bei der Vergabe öffentlicher Aufträge. 60

Zwar hat der 1. Senat des Bundesverfassungsgerichts in dem erwähnten Beschluss vom 13.06.2006 ausgeführt, die Vergabestelle habe „vorliegend“ nicht als Trägerin öffentlicher Gewalt gehandelt, weil der Staat bei seiner Vergabeentscheidung nicht auf seine übergeordnete öffentliche Rechtsmacht zurückgegriffen habe (juris Rn. 52). Dieser Ansatz wird in der Literatur indes dahingehend kritisiert, dass das Verhältnis von Staat und Bürger kein Über- und Unterordnungsverhältnis sei (vgl. etwa Huber, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, 8. Aufl. 2024, Art. 19 GG Rn. 473 und 330; ferner Ernst, in: von Münch/Kuning, Grundgesetz, 8. Aufl. 2025, Art. 19 GG Rn. 130 m.w.N. in Fn. 576). Das erscheint dem Senat überzeugend und er neigt dazu, bei der Vergabe öffentlicher Aufträge die Tatbestandsvoraussetzung eines Handelns der „öffentlichen Gewalt“ als erfüllt anzusehen. Wenn der Staat sich für seine eigene Teilnahme am Markt als Beschaffer gesetzliche Regeln gibt, erschließt sich nicht, weshalb die Einhaltung dieser Regeln nicht eingefordert und deren Verletzung nicht abgewehrt werden können soll. 61

Da sich aber Rechtsweggarantie und allgemeiner Justizgewährungsanspruch (Art. 20 Abs. 3 GG) in ihrem Kerngehalt nicht unterscheiden (vgl. BVerfG, Beschluss vom 30.04.2003, a.a.O.), dürfte in jedem Falle die Rechtsschutzgarantie des Grundgesetzes betroffen sein. 62

b. 63

Die Regelung in § 16 Abs. 1 BwBBG schränkt die grundrechtlich geschützte Rechtsweggarantie und den allgemeinen Justizgewährungsanspruch ein. 64

Die Garantie effektiven Rechtsschutzes zielt nach dem Verständnis des vorlegenden Senats darauf ab, Rechtsschutz durch Gerichte zu gewähren und zwar in wirksamer Weise (so schon BVerfG, Beschluss vom 29.10.1975 - 2 BVR 630, BeckRS 1975, 107625). Effektiver Rechtsschutz zielt damit unter anderem darauf, eine gegenwärtige Beschwer auszuräumen, einer Wiederholungsgefahr zu begegnen oder eine fortwirkende Beeinträchtigung zu beseitigen (BVerfG, Urteil vom 27.02.2007 - 1 BVr 538/06, 1 BvR 2045/06, BeckRS 2007, 33063 Rn. 64). Es geht also in erster Linie darum, eine Rechtsverletzung abzuwehren und nicht darum, eine solche in zweiter Linie bloß inzident zu überprüfen (vgl. Ernst, a.a.O., Rn. 144 m.w.N.). Effektiver Rechtsschutz zielt somit vorrangig auf die Gewährung von Primärrechtschutz in Form gerichtlich durchsetzbarer Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche (vgl. Huber, a.a.O., Rn. 500 und 503). 65

Ausgehend hiervon schafft § 16 Abs. 1 BwBBG die Erlangung primären Rechtsschutzes durch ein Gericht weitgehend ab, wenn der Nachprüfungsantrag durch die Vergabekammer zurückgewiesen worden ist. Durch den Wegfall der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde kann der öffentlichen Auftraggeber nach Abschluss des Verfahrens vor der Vergabekammer den Zuschlag rechtswirksam erteilen, auch wenn der Antragsteller sofortige Beschwerde gegen die Entscheidung der Vergabekammer eingelegt hat. In diesem Fall erledigt sich das Vergabenachprüfungsverfahren durch Zuschlagserteilung. Es kann nur noch Schadensersatz beansprucht werden, wenn der öffentliche Auftraggeber 66

vergaberechtsfehlerhaft gehandelt hat. Wäre § 16 Abs. 1 BwBBG gültig, wäre der rechtsschutzsuchende Bieter im Rahmen des Primärrechtsschutzes vor den Vergabekammern allein auf die Selbstkontrolle der Verwaltung beschränkt, also eine verwaltungsinterne Überprüfung des Vergabeverfahrens durch die beim Bundeskartellamt angesiedelten Vergabekammern des Bundes.

Die Vergabekammern, die gemäß § 168 Abs. 3 Satz 1 GWB durch Verwaltungsakt entscheiden, sind keine Gerichte, auch wenn sie in ihrer Benennung und über die vorgegebene Struktur (§ 157 GWB) Gerichten angenähert sind. Sie sind aber nicht mit Richtern besetzt, denen allein nach Art. 92 GG die rechtsprechende Gewalt anvertraut ist, sondern gemäß § 157 Abs. 2 GWB mit Beamten und ehrenamtlichen Beisitzern. Auch erhalten die Beteiligten, die bei den Vergabekammern um Rechtsschutz ersuchen, nicht die Garantie des gesetzlichen Richters nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG. Die Vergabekammern sind zudem nicht den Regelungen des Gerichtsverfassungsgesetzes unterworfen. 67

c. 68

Die dargestellte Einschränkung des Primärrechtsschutzes hält nach Auffassung des Senats der gebotenen Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht stand. Der Gesetzgeber ist bei der Ausformung des Rechtsschutzsystems dazu berufen, rechtlich geschützte Belange sachgerecht zu gewichten und zuzuordnen sowie unterschiedliche Interessen in einen Ausgleich zu bringen (BVerfG a.a.O., juris Rn. 68 f.). Dies ist ihm vorliegend nicht gelungen. 69

aa. 70

In der Gesetzesbegründung vom 01.10.2025 zu § 16 Abs. 1 BwBBG heißt es (BT-Drucksache 21/1931): 71

„**Zu § 16 (Beschleunigte sofortige Beschwerde)** 72

Zu Absatz 1 (Aufschiebende Wirkung) Nach § 173 Absatz 1 Satz 1 und 2 GWB hat eine sofortige Beschwerde des vor der Vergabekammer unterlegenen Antragstellers auf zwei Wochen befristet eine aufschiebende Wirkung gegenüber einer Entscheidung der Vergabekammer. Diese aufschiebende Wirkung kann vom Beschwerdegericht auf Antrag nach § 173 Absatz 1 Satz 3 GWB verlängert werden. So kann erreicht werden, dass der Auftraggeber einen Zuschlag - trotz Unterliegens des Antragstellers vor der Vergabekammer - nicht erteilen darf, sofern das Gericht dem Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung stattgibt. 73

Mit der Neuregelung wird im Anwendungsbereich dieses Gesetzes die aufschiebende Wirkung für diejenigen Konstellationen abgeschafft, in denen der Antragsteller mit einem Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer unterliegt. Denn obwohl die Verlängerung der aufschiebenden Wirkung bereits nach bestehender Rechtslage als Ausnahmefall konzipiert war, war sie praktisch der Regelfall bei sofortigen Beschwerden durch den Antragsteller. Dies gewährleistete zwar einen besonders umfangreichen Primärrechtsschutz, da der Zuschlag bis zur Entscheidung in der Hauptsache - ohne entsprechend anderer Anträge des Auftraggebers - nicht erteilt werden durfte. Aufgrund der häufig langen Dauer der Beschwerdeverfahren vor den Oberlandesgerichten führte dies jedoch teilweise zu erheblichen Verzögerungen der Vergabe öffentlicher Aufträge. Dies betraf auch wichtige Verteidigungsvergaben und auch solche Fälle, in denen der Auftraggeber schlussendlich nicht nur vor der Vergabekammer, sondern auch vor Gericht obsiegte. Die hierdurch insbesondere für dringliche Auftragsvergaben entstehenden Verzögerungen sollen mit der 74

Neuregelung noch weitgehender als mit den bisherigen Regelungen in § 6 Absatz 3 Satz 2 BwBBG ausgeschlossen und die Vergabe öffentlicher Aufträge für die Bundeswehr somit insgesamt beschleunigt werden.

Zunächst verbleibt den unterlegenen Bietern die Möglichkeit, die Erteilung des Zuschlages mit Stellung eines Nachprüfungsantrags bis zur Entscheidung der Vergabekammer zu verhindern, so dass Primärrechtsschutz hier nicht gänzlich ausgeschlossen wird. Aber auch nach ablehnender Entscheidung der Vergabekammer ist der Beschwerdeführer im Anwendungsbereich des BwBBG fortan nicht rechtsschutzlos gestellt. In entsprechenden Fällen kann er gegen einen Vergabeverstoß Sekundärrechtsschutz geltend machen: Wurde vor Entscheidung des Gerichtes im Beschwerdeverfahren bereits (Dritten) der Zuschlag erteilt, kann der Beschwerdeführer auf Basis einer Feststellungsentscheidung (vgl. hierzu § 178 Satz 3 GWB) die ordentlichen Gerichte um Schadensersatz ersuchen (vgl. § 156 Absatz 3, § 179 Absatz 1, § 181 GWB, insbesondere § 181 Satz 2 GWB in Verbindung mit den Grundsätzen der culpa in contrahendo; vgl. zur Reichweite des Schadensersatzanspruchs jüngst EuGH, Urteil vom 6.6.2024 - C-547/22 INGSTEEL). 75

Es verstößt nicht gegen Artikel 3 Absatz 1 GG, dass der Rechtsschutz im Anwendungsbereich des BwBBG anders gestaltet ist als bei übrigen Vergabeentscheidungen mit Auftragssummen oberhalb der Schwellenwerte nach § 106 GWB. Das Interesse an einer raschen Vergabeentscheidung und damit an einer zügigen, wirtschaftlichen Abwicklung des öffentlichen Auftrags überwiegt vorliegend für den Bereich der Verteidigung und Sicherheit und angesichts der aktuellen Bedrohungslage, die eine zügige Erreichung einer vollständigen Verteidigungsfähigkeit erfordert, gegenüber dem Interesse des Beschwerdeführers an Primärrechtsschutz. Andernfalls würde der Gesetzgeber riskieren, dass zur Gewährleistung der Verteidigungsfähigkeit der Bundesrepublik Deutschland notwendige öffentliche Aufträge auch durch im Hauptsacheverfahren als unbegründet abgewiesene gerichtliche Rechtsbehelfe verzögern würden. Es liegt daher im Rahmen der zulässigen Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers in denjenigen Fällen, in denen die Vergabekammer die Rechtmäßigkeit der Vergabe bereits bestätigt hat, die Erteilung des öffentlichen Auftrags zu gestatten und für Fälle des Erfolgs des Rechtsbehelfs vor Gericht den unterlegenen Bieter auf Schadensersatzansprüche zu verweisen. Insofern überwiegt das staatliche Interesse an der Gewährleistung der Verteidigungsfähigkeit gegenüber dem wirtschaftlichen Interesse des unterlegenen Bieters am Erhalt des Auftrags. 76

Mit Blick auf den allgemeinen Justizgewährungsanspruch nach Artikel 20 Absatz 3 GG hat das Bundesverfassungsgericht im Übrigen bereits festgestellt, dass es bei Vergabeentscheidungen im gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum liegt, das Interesse des Auftraggebers an einer zügigen Ausführung der Maßnahmen und das des erfolgreichen Bewerbers an alsbaldiger Rechtssicherheit dem Interesse des erfolglosen Bieters an Primärrechtsschutz vorzuziehen und Letzteren regelmäßig auf Sekundärrechtsschutz zu beschränken (vgl. BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2006 - 1 BvR 1160/03 - juris, Rn. 74 ff.). 77

Die Abweichung von § 173 Absatz 1 GWB steht zudem im Einklang mit den europäischen Rechtsmittelvorgaben für Beschaffungen […].“ 78

bb. 79

Diese Begründung hält der vorlegende Senat nicht für tragfähig. 80

(1) 81

82

Zuzugestehen ist dem Gesetzgeber, dass er mit der in Rede stehenden Regelung einen legitimen Zweck verfolgt. Sie zielt darauf ab, Beschaffungen der Bundeswehr zu beschleunigen, wobei allerdings die Beschaffung von Waffen, Munition und Kriegsmaterial hiervon nicht erfasst ist, wenn und soweit wesentliche Sicherheitsinteressen im Sinne von Art. 346 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) betroffen sind. Diese Beschaffungen werden von der Bereichsausnahme des § 107 Abs. 2 GWB mit der Folge erfasst, dass die Regelungen des 4. Teils des GWB keine Anwendung finden. Gleichwohl betrifft eine zügige Ausstattung der Bundeswehr mit anderen Gütern mittelbar die Verteidigungsfähigkeit der Bundesrepublik Deutschland und deren Sicherheit. Die angestrebte Beschleunigung dient infolgedessen einem Gemeinwohlzweck.

(2) 83

Die Einschränkung des Primärrechtsschutzes durch § 16 Abs. 1 BwBBG ist auch geeignet, dieses Ziel („beschleunigte Beschaffung“) zu erreichen. Der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf kann auf der Basis der bei ihm in ausschließlicher Zuständigkeit durchgeführten Verfahren die Verfahrensdauer einschätzen (a). Die Regelung kann den Beschaffungen der Bundeswehr einen gewissen Zeitvorteil verschaffen (b). 84

(a) 85

Der vorlegende Vergabesenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf entscheidet in seiner Zuständigkeit u.a. über sofortige Beschwerden gegen die Entscheidungen der Vergabekammern des Bundes. In den vergangenen drei Jahren gab es im Jahresdurchschnitt vier Beschwerdeverfahren mit Bezug zur Bundeswehr. Von den insgesamt zwölf Fällen betraf einer eine bloße Kostenbeschwerde (Verg 12/23). In einem Fall war nach Rücknahme nur noch über die Kosten zu entscheiden (Verg 3/24). Ein Fall endete durch Vergleich (Verg 29/23). In einem Fall wurde die sofortige Beschwerde als unzulässig verworfen (Verg 22/23). Mindestens drei Fälle, davon ein laufender, betrafen Reinigungsdienstleistungen in Gebäuden der Bundeswehr (Verg 18/24, Verg 15/25 und Verg 51/25). Und in einem Verfahren ging es um Bewachungsdienstleistungen (Verg 36/23). Ein Verfahren betraf Klinkerarbeiten an einer Kaserne (Verg 27/23); dort wurde die sofortige Beschwerde gegen einen Beschluss vom 07.07.2023 mit Beschluss vom 13.03.2024 zurückgewiesen. Ein weiteres Verfahren betraf die Neuordnung der Baufeldinfrastruktur einer militärischen Liegenschaft; die sofortige Beschwerde gegen den Beschluss vom 18.09.2023 wurde am 13.05.2024 zurückgewiesen. In dem verbleibenden Verfahren hatte die sofortige Beschwerde Erfolg: Das Vergabeverfahren betreffend die Errichtung von Unterkunftsgebäuden in einer Kaserne (Verg 35/24) versetzte der Senat unter Aufhebung des Beschlusses der Vergabekammer vom 27.09.2024 durch Beschluss vom 16.04.2025 in den Stand vor Auftragsbekanntmachung zurück. 86

(b) 87

Wenn die sofortige Beschwerde des unterlegenen Antragstellers keine aufschiebende Wirkung mehr hat, kann der öffentliche Auftraggeber - wie bereits ausgeführt - den Zuschlag bereits nach Abschluss des Verfahrens vor der Vergabekammer erteilen und muss die Entscheidung des Vergabesenats nicht abwarten. Dies führt zu einem Zeitvorteil von ca. sechs Monaten. Hausintern wurde für alle bei dem Senat anhängigen Beschwerdeverfahren ermittelt, dass diese in den Jahren 2023 und 2024 im Durchschnitt 6 Monate vom Eingang bis zur verfahrensabschließenden Entscheidung dauerten. Für das Jahr 2025 ist die durchschnittliche Verfahrensdauer bisher noch nicht ermittelt worden, dürfte aber in etwa bei 6 - 8 Monaten liegen. 88

(3) 89

Es kann nicht festgestellt werden, dass der in § 16 Abs. 1 BwBBG geregelte Wegfall der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde und deren Verlängerung erforderlich ist, um das angestrebte Ziel zu erreichen. 90

Voraussetzung hierfür ist, dass es kein milderes, gleichermaßen wirksames Mittel gibt. Der Gesetzesbegründung kann schon nicht entnommen werden, dass der Gesetzgeber überhaupt Alternativen zu der in Rede stehenden Regelung erwogen hat. Eine Analyse der Gründe, warum es zu einer von ihm festgestellten „häufig langen Dauer der Beschwerdeverfahren“ gekommen sein soll, hat der Gesetzgeber offenbar nicht vorgenommen. Auch ohne nähere Analyse dürfte sich jedenfalls der Gedanke an eine verbesserte personelle Ausstattung der Vergabenachprüfungsinstanzen aufdrängen. Gemessen an den sehr hohen Ausgaben, welche die Bundeswehr zu tätigen hat, und den zum Teil sehr hohen Auftragswerten würde eine solche personelle Verbesserung fiskalisch nicht ins Gewicht fallen. Zum Beispiel könnten zwei zusätzliche Richterstellen geschaffen werden, äußerstenfalls sogar ausschließlich zur Bearbeitung der Nachprüfung von Beschaffungen des Bundes oder der Bundeswehr. Um den zielgerichteten Einsatz der Stellen abzusichern, wären flankierend gerichtsverfassungsrechtliche Modifikationen z. B. von § 122 GVG denkbar, etwa durch Einführung einer § 122 Abs. 2 GVG entsprechenden Regelung, die eine Fünferbesetzung des Senats in den Fällen von Beschaffungen der Bundeswehr vorschreibt oder ermöglicht. Denkbar wäre auch eine weitere Modifikation von § 173 Abs. 2 GWB, indem der Anwendungsbereich von § 173 Abs. 2 Satz 3 GWB ausgeweitet würde. Ebenfalls denkbar wäre für Bundeswehrvergaben eine Regelung entsprechend § 176 Abs. 3 GWB dahin, dass eine abschließende Entscheidung über die Verlängerung der aufschiebenden Wirkung binnen einer bestimmten Frist zu treffen ist. Generell dürfte auch eine Vereinfachung und Beschleunigung der Abläufe im Vergabeverfahren selbst in Betracht zu ziehen sein. 91

(4) 92

Darüber hinaus hat der Senat erhebliche Zweifel an der Angemessenheit der Grundrechtsbeeinträchtigung. Danach darf das Mittel nicht völlig außer Verhältnis zu dem angestrebten Ziel stehen. Es muss eine Güterabwägung vorgenommen werden, in die die Wertigkeit des betroffenen Grundrechts und die Intensität des Eingriffs einerseits und die Bedeutung des verteidigten Gemeinschaftsguts, dem dieser Eingriff dient, andererseits eingestellt wird. Eine solche Gesamtabwägung rechtfertigt eine Abschaffung des Primärrechtsschutzes für den Fall, dass die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen hat, nicht. 93

(a) 94

Ausweislich der Gesetzesbegründung hat der Gesetzgeber in die Abwägung das Interesse der Bundesrepublik Deutschland eingestellt, auf die aktuelle Bedrohungslage zu reagieren und eine vollständige Verteidigungsfähigkeit zügig zu erreichen. Das Interesse der Bundesrepublik erschöpft sich aber nicht in der Gewährleistung der Verteidigungsfähigkeit, sondern sie hat auch ein Interesse daran, dabei ihre Ausgaben gering zu halten, einen fairen Wettbewerb zu gewährleisten und rechtsstaatliche Prinzipien einzuhalten. 95

(b) 96

97

In den Blick zu nehmen sind überdies die Pläne des Gesetzgebers, den Primärrechtsschutz insgesamt, also über die Beschaffungen der Bundeswehr hinaus, einzuschränken. Künftig soll die sofortige Beschwerde im Vergabenachprüfungsverfahren generell keine aufschiebende Wirkung mehr haben (Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Vergabe öffentlicher Aufträge, BT-Drucksache 21/1934). Das entwertet das Argument, es gehe bei der Aufgabe des Primärrechtsschutzes um den Erhalt oder den Ausbau der Verteidigungsfähigkeit des Staates. Denn vor dem Hintergrund der Überlegungen zur generellen „Vergaberechtsbeschleunigung“ scheint der Gesetzgeber ohnehin und unabhängig von Fragen der Verteidigungsfähigkeit den Primärrechtsschutz im Vergaberecht jedenfalls massiv einschränken zu wollen, obwohl im Gesetzgebungsverfahren umfangreich Kritik an der generellen Abschaffung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde des vor der Vergabekammer unterlegenen Antragstellers geübt worden ist. In Vorbereitung der Sitzung des Bundesrates am 26.09.2025 empfahlen die damit befassten Ausschüsse, die aufschiebende Wirkung zu erhalten (BR-Drucksache 380/1/25 vom 15.09.2025). Dieser Empfehlung folgend äußerte sich der Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 26.09.2025 (BT-Drucksache 21/1934 vom 01.10.2025, Anlage 3). Dem trat die Bundesregierung jedoch unter Verweis auf den Koalitionsvertrag entgegen (BT-Drucksache 21/1934 vom 01.10.2025, Anlage 4). Die zuvor vom Bundesrat angesprochenen „möglichen verfassungsrechtlichen Bedenken“ wurden in dieser Stellungnahme nicht aufgegriffen. Eine Auseinandersetzung mit Art. 19 Abs. 4 Satz GG und dessen Verletzung durch die geplante Neuregelung und den Argumenten des als Sachverständigen befragten Prof. Dr. Burgi gemäß seiner Stellungnahme vom 06.11.2025 zu diesem Entwurf (Ausschussdrucksache 21(9)115) findet sich darin ebenfalls nicht.

(c) 98

Hinzu kommt, dass die Versagung gerichtlichen Primärrechtsschutzes für den im Nachprüfungsverfahren unterlegenen Bieter gravierend ist. Bei einem nachträglich durch die Beschwerdeinstanz festgestellten Vergaberechtsverstoß des öffentlichen Auftraggebers kann eine Entschädigung in Geld den Verlust des Auftrags nur bedingt ausgleichen, da im Regelfall nicht das positive Interesse auf Ersatz des entgangenen Gewinns erfolgreich geltend gemacht werden kann, sondern lediglich Ersatz des negativen Interesses. 99

Demgegenüber bewirkt die angestrebte Verfahrensbeschleunigung nur einen geringen Zeitvorteil von wenigen Monaten verbunden mit dem Risiko nachträglich in langwierigen Zivilprozessen auf Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden. Mit Blick auf die bereits erwähnte Bereichsausnahme für die Beschaffung von Kriegsmaterial sind die von der Regelung betroffenen Beschaffungsvorhaben von eher geringerer Bedeutung für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland, wie die vorstehende Übersicht (oben 2. c. bb. (2) (a)) über die in den letzten Jahren bei dem vorlegenden Senat anhängig gewordenen Verfahren verdeutlicht. 100

(d) 101

Die Einschränkung des gerichtlichen Primärrechtsschutzes erscheint auch nicht vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gerechtfertigt. In seiner Entscheidung vom 13.06.2006, die in der Gesetzesbegründung erwähnt wird, hielt das Bundesverfassungsgericht die Beschränkung des Primärrechtsschutzes im Bereich der Unterschwellenvergabe für unbedenklich (juris Rn. 71 ff.). Der Gesetzgeber habe das Interesse des erfolglosen Bieters speziell am Primärrechtsschutz im Verhältnis zu den anderen betroffenen Interessen als weniger gewichtig bewerten dürfen (juris Rn. 78). Vergaben unterhalb der Schwellenwerte seien ein Massenphänomen. Müssten dafür stets 102

bestimmte Verfahrensvorkehrungen getroffen werden, um einen effektiven Primärrechtsschutz zu ermöglichen, könnte das die Verwaltungsarbeit erheblich beeinträchtigen (Rn. 80).

Damit ist schon nicht gesagt, dass es im Bereich der Unterschwellenvergabe keinen Primärrechtsschutz geben kann, denn die Möglichkeit, eine einstweilige Verfügung nach § 935 ZPO oder die Anordnung der aufschiebenden Wirkung entsprechend § 80 Abs. 5 VwGO zu beantragen, ist damit nicht ausgeschlossen. Im Bereich der Oberschwellenvergabe stünde einem solchen Vorgehen die Rechtswegzuweisung in § 156 Abs. 2 GWB entgegen. 103

Auch sonst lassen sich die zur Unterschwellenvergabe angestellten Überlegungen nicht auf die deutlich gewichtigeren Fälle der Oberschwellenvergabe und noch dazu im Bereich der Bundeswehrbeschaffungen übertragen. Angesichts der vergleichsweise wenigen Fälle der Bundeswehrbeschaffungen, mit denen der zuständige Vergabesenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf regelmäßig befasst wird, dürfte eine so weitgehende Beschränkung der Rechtsschutzmöglichkeiten nicht gerechtfertigt sein. Entsprechend hat das Bundesverfassungsgericht für den Bereich der Oberschwellenvergabe entschieden, dass überspannte Anforderungen an die Antragsbefugnis durch einen Vergabesenat das Grundrecht aus Art. 19 Abs. 4 GG verletzen (Beschluss vom 29.07.2004 - 2 BvR 2248/03, juris Rn. 23). Dies legt aus Sicht des vorlegenden Senats den Schluss nahe, dass im Bereich der Oberschwellenvergabe Art. 19 Abs. 4 GG einen effektiven Primärrechtsschutz fordert, der nicht durch eine einfachgesetzliche Regelung in § 16 Abs. 1 BwBBG verfassungsrechtlich zulässig abgeschafft werden durfte und konnte. Insoweit lassen sich auch die entsprechenden Erwägungen in den Stellungnahmen zu dem Entwurf des Vergaberechts-beschleunigungsgesetzes übertragen (etwa der Deutsche Anwaltverein, VergabeR 2025, 525, 527). 104

cc. 105

Ob die Regelung in § 16 Abs. 1 BwBBG mit europäischem Recht vereinbar ist, wovon die Gesetzesbegründung ausgeht, oder nicht, ist für die Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz ohne Belang. 106

III. 107

Als Konsequenz der Aussetzungsentscheidung war der angesetzte Termin zur mündlichen Verhandlung aufzuheben. 108

IV. 109

Die Vorlagefrage wird sich voraussichtlich auch in weiteren Verfahren stellen. Derzeit prüft der vorlegende Senat die Auswirkungen auf das Verfahren Verg 13/26. Sollte die Prüfung ergeben, dass auch in jenem Verfahren die Voraussetzungen für eine konkrete Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1 GG vorliegen, dürfte eine weitere Vorlage in jedem Verfahren, in dem sich die bereits gestellte Frage erneut stellt, zwingend sein (vgl. Kessal-Wulf, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, 8. Aufl. 2024, Art. 100 GG Rn. 11 m.w.N.). 110

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE