

VII-Verg 25/18



verkündet am 03.02.2021

Schmitz, Justizbeschäftigte  
als Urkundsbeamtin der  
Geschäftsstelle

## OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

### BESCHLUSS

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

\_\_\_\_\_gesellschaft \_\_\_\_\_

Antragstellerin und Beschwerdeführerin,

Verfahrensbevollmächtigte:

gegen

Stadt \_\_\_\_\_

Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin,

Verfahrensbevollmächtigte:

außerdem verfahrensbeteiligt:

Land [REDACTED]  
[REDACTED]

Beigeladener,

hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf im schriftlichen Verfahren, in dem bis zum 4. Januar 2021 Schriftsätze eingereicht werden konnten, durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Dr. Maimann, den Richter am Oberlandesgericht Dr. Anger und den Richter am Oberlandesgericht Dr. Scholz

### **b e s c h l o s s e n:**

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer Rheinland vom 20. März 2018 (VK K 66/17 – L) wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich derjenigen der beiden Verfahren nach § 169 Abs. 3 Satz 1 GWB hat die Antragstellerin zu tragen; hiervon ausgenommen sind etwaige Kosten des Beigeladenen, die dieser selbst trägt.

Die Verfahrensbeteiligten erhalten Gelegenheit, binnen zwei Wochen zum Streitwert des Beschwerdeverfahrens Stellung zu nehmen.

### G r ü n d e

I.

Die Antragsgegnerin, die größte Stadt Nordrhein-Westfalens, betrieb ihre Feuerwehr- und Rettungsleitstelle ab dem Jahr 2006 mit dem Einsatzleitsystem „Pfeil Web“ der Siemens AG. Im September 2015 kündigte Siemens an, die Software nicht mehr weiterzuentwickeln und zu pflegen. Die Antragsgegnerin konnte noch aushandeln, dass der bestehende Wartungs- und Supportvertrag für die Software bis zum

31. Dezember 2019 in reduziertem Umfang fortgeführt wird. Danach stellte Siemens seine Leistungen endgültig ein.

Im Vorgriff hierauf schlossen die Antragsgegnerin und das Land ■■■■ (nachfolgend auch: Beigeladener) am 10. September 2017 einen „Software-Überlassungsvertrag“ – EVT-IT Überlassungsvertrag Typ A (Kurzfassung ohne Pflege) – über die entgeltfreie dauerhafte Überlassung und Nutzung der Software IGNIS Plus (Anlage AG 5). Bei IGNIS Plus handelt es sich um eine Einsatzleitstellensoftware, die von der Sopra Steria Consulting GmbH (SSC) entwickelt worden ist und die auch bei den Feuerwehren in Berlin und Frankfurt am Main sowie seit 2018 in Hamburg Verwendung findet. Am selben Tag schlossen beide darüber hinaus einen „Software-Kooperationsvertrag“ (Anlage AG 6), auf den im Software-Überlassungsvertrag unter Nr. 2.1 Bezug genommen wurde. Diese Kooperationsvereinbarung enthält unter anderem die folgenden Regelungen:

#### „§ 1 Zweck der Kooperationsbereitschaft

[...] Die Partner haben sich für eine gleichberechtigte Partnerschaft und wenn erforderlich für eine Kompromissbereitschaft entschlossen, um die Software an die jeweiligen Bedürfnisse des Partners anzupassen und dem Kooperationspartner zur Verfügung zu stellen. [...]

#### § 2 Bestimmung des Kooperationsziels

Die Kooperationspartner verfolgen das Ziel, die Einsatzleitsoftware „IGNIS Plus“ als Einsatzleitrechner in den Leitstellen der Feuerwehr einzusetzen. Das Softwaresystem kann um weitere fachliche Funktionalitäten als Modul erweitert werden, und den anderen Kooperationspartnern zur kostenneutralen Nutzung überlassen werden. [...]

#### § 5 Ausgestaltung der Kooperation

Die Kooperation berücksichtigt landesspezifische Festlegungen und Anforderungen der jeweiligen E-Government-Standards, der IT-Sicherheit und des Datenschutzes. [...]

Die Überlassung der Basissoftware erfolgt kostenneutral. Ergänzende- und aufbauende fachliche Module werden den Kooperationspartnern kostenneutral angeboten.

Die Anpassung der Basissoftware sowie der Module an eigene Prozessabfolgen, ist eigenständig zu beauftragen und zu finanzieren.

Durch die Kooperation wird die Quellcode-Identifikation anerkannt und aufrechterhalten. [...]“

Mit einem Schreiben vom 10. Oktober 2017 (Anlage AS 3) wandte sich die Antragstellerin, die Einsatzleitstellensoftware für Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben (BOS) entwickelt und anbietet, an die Antragsgegnerin und bat um Auskunft über die Anschaffung der neuen Einsatzleitstellensoftware, von der man aus den Medien Kenntnis erlangt habe. Die Antragsgegnerin antwortete hierauf mit einem Schreiben vom 23. Oktober 2017 (Anlage AS 4), das bei der Antragstellerin am 30. Oktober 2017 einging und in dem sie diese auf die kostenfreie Überlassung der Software IGNIS Plus durch die [REDACTED] Feuerwehr hinwies.

Am 27. November 2017 hat die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer Rheinland in Köln gestellt. Damit hat sie geltend gemacht, auf die Softwareüberlassungs- und Softwarekooperationsvereinbarung zwischen der Antragsgegnerin und dem Beigeladenen, die eine rechtliche Einheit bildeten, sei das Kartellvergaberecht anwendbar, da die Antragsgegnerin damit einen öffentlichen Lieferauftrag vergeben habe, der den maßgeblichen Schwellenwert überschreite. Es handele sich bei der Vereinbarung um einen entgeltlichen Vertrag. Der Begriff der Entgeltlichkeit sei weit auszulegen. Hier stelle die Beteiligung der Antragsgegnerin an der Weiterentwicklung der überlassenen Software den ausreichenden geldwerten Vorteil dar.

Die Antragstellerin hat beantragt,

1. es wird gemäß § 135 Abs. 1 GWB festgestellt, dass der zwischen der Antragsgegnerin und dem Land [REDACTED] geschlossene Vertrag über die Überlassung der Einsatzleitsoftware IGNIS Plus (sog. Software-Kooperationsvertrag) unwirksam ist,

2. die Antragsgegnerin wird verpflichtet, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht ein Vergabeverfahren nach den Vorschriften der §§ 97 ff. GWB durchzuführen.

Die Antragsgegnerin hat beantragt,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin hat die Ansicht vertreten, dass der Nachprüfungsantrag bereits unzulässig ist. Die Softwareüberlassung erfolge kostenneutral, so dass es an einem Auftragswert fehle und der maßgebliche Schwellenwert nicht überschritten werde. Es handele sich bei der Softwareüberlassung zudem nicht um einen entgeltlichen Vertrag. Die Beteiligung der Antragsgegnerin an der Weiterentwicklung der Software, wie sie die Kooperationsvereinbarung regle, stelle keinen geldwerten Vorteil dar. § 2 des Software-Kooperationsvertrags regle lediglich eine fakultative Möglichkeit gemeinsamer Weiterentwicklung der Software, beinhalte aber keine entsprechende Verpflichtung.

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag mit Beschluss vom 20. März 2018 zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig. Bei den Verträgen zwischen der Antragsgegnerin und dem Land ■■■■■, dem Software-Überlassungs- und dem Software-Kooperationsvertrag, handele es sich mangels Entgeltlichkeit nicht um öffentliche Aufträge im Sinne des GWB, so dass der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen nicht eröffnet sei. Es handele sich nicht, wie vom Begriff der Entgeltlichkeit gefordert, um einen zweiseitig verpflichtenden Vertrag, sondern um eine gleichberechtigte Kooperation, innerhalb derer die Einsatzleitsoftware unentgeltlich überlassen werde. Der Kooperation fehle die synallagmatische Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung, weil innerhalb der Kooperation beide Partner gleichermaßen verpflichtet seien. Dass die im Kooperationsvertrag geregelte gleichberechtigte Partnerschaft dem Vergaberecht entzogen sei, folge auch aus § 108 Abs. 6 GWB. Aus dieser Vorschrift ergebe sich in einem Erst-recht-Schluss, dass Kooperationen öffentlicher Auftraggeber untereinander zulässig seien, wenn es an der Entgeltlichkeit fehle. Wegen der weiteren Einzelheiten des Beschlusses der Vergabekammer wird auf diesen (Anlage BF 1) Bezug genommen.

Gegen den ihr am 22. März 2018 zugestellten Beschluss der Vergabekammer hat die Antragstellerin am 29. März 2018 sofortige Beschwerde beim Oberlandesgericht Düsseldorf eingelegt. Mit dieser hat sie die Entscheidung der Vergabekammer als fehlerhaft gerügt. Die Softwareüberlassungsvereinbarung zwischen der Antragsgegnerin und dem Land ■■■■ sei ein entgeltlicher Vertrag. Das Land habe die Software nicht ohne eigenen Vorteil überlassen wollen, anderenfalls hätte es sich auf eine Schenkung beschränken können. Ein geldwerter Vorteil des Landes ergebe sich daraus, dass die Antragsgegnerin aus der Kooperationsvereinbarung verpflichtet sei, dem Land von ihr entwickelte ergänzende oder aufbauende Softwaremodule kostenlos zur Verfügung zu stellen. Der für den öffentlichen Auftrag maßgebliche Schwellenwert werde überschritten. Für die Beschaffung der Basissoftware könne nicht ein Betrag von null Euro angesetzt werden. Im Übrigen bestehe ein Zusammenhang zwischen der Softwarebeschaffung und den Anpassungs- und Pflegeleistungen. Auf die Ausnahme des § 108 Abs. 6 GWB könne sich die Antragsgegnerin nicht berufen. Die Antragsgegnerin habe hierzu schon nichts dokumentiert. Im Übrigen lägen die Voraussetzungen der Vorschrift aber auch nicht vor. Die Erreichung gemeinsamer Ziele im Sinne von § 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB habe für die Beschaffungsentscheidung der Antragsgegnerin keine Rolle gespielt. § 108 Abs. 6 GWB erfasse zudem nur Dienstleistungen, die Beschaffung von Software sei aber ein Liefervertrag. Die Softwarekooperation und Softwareweiterentwicklung sei der Antragsgegnerin und dem Beigeladenen nicht durch öffentlich-rechtliche Vorschriften übertragen. Hilfsdienstleistungen würden von § 108 Abs. 6 GWB nicht erfasst. Die Kooperation verstoße schließlich gegen das Besserstellungsverbot, mit ihrer Durchführung erlange ein Privater, nämlich SSC, einen Vorteil. Die Vergabekammer habe insoweit fehlerhaft unberücksichtigt gelassen, dass die Beschaffung der Basissoftware die Beauftragung des Herstellers mit Folgeaufträgen nach sich ziehe. Für die Anpassung, Pflege und Wartung der Software komme nur der Softwarehersteller in Betracht. Nur dieser habe das notwendige Wissen und das Recht, den Quellcode zu verändern. Die Antragsgegnerin habe dieses Recht nicht. Ein Dritter könne Pflege und Weiterentwicklung der Software zudem nicht mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand leisten. Infolgedessen könne sich die vergaberechtliche Beurteilung nicht auf die Beschaffung der Basissoftware beschränken. Die von der Antragsgegnerin geschlossenen Verträge seien schließlich wegen Verstoßes gegen § 1 GWB und § 21 Abs. 1 und 2 GWB nach § 134 BGB nichtig.

Die Antragsgegnerin hat die Entscheidung der Vergabekammer unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens als zutreffend verteidigt. Der Vertrag zwischen ihr und dem Land [REDACTED] erfülle nicht das Merkmal der Entgeltlichkeit gemäß § 103 Abs. 1 GWB. Es handele sich nicht um einen Vertrag mit Leistungs- und Gegenleistungsverhältnis, sondern um eine gleichberechtigte Kooperation. Mit der Überlassung der Software habe sie, die Antragsgegnerin, lediglich in die Lage versetzt werden sollen, daran teilzunehmen. Die Pflicht, dem Kooperationspartner Softwareweiterentwicklungen zur Verfügung zu stellen, stehe nicht im Synallagma, da sie alle Kooperationspartner treffe. Es handele sich bei der Kooperationsvereinbarung um ein kooperatives Konzept im Sinne von Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2014/24/EU. Die entgeltlichen Folgeaufträge zur Anpassung und Pflege der Software begründeten keine Entgeltlichkeit der Softwareüberlassung selbst, da die Folgeaufträge von der Überlassung der Basissoftware unabhängig seien. Die von der Antragstellerin angegriffene Vereinbarung überschreite nicht den maßgeblichen Schwellenwert. Der Auftragswert für die Lizenzüberlassung sei mit null Euro anzusetzen. Für notwendige Softwareanpassungsleistungen sei mit Kosten von nicht mehr als 195.000 € zu rechnen. Wenn die Vereinbarung zwischen ihr und dem Land [REDACTED] als entgeltlich anzusehen sein sollte, so unterliefe sie wegen der Bereichsausnahme des § 108 Abs. 6 GWB nicht dem Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts. Gegenstand einer vergaberechtsfreien Kooperation könnten nach § 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB alle Arten von Tätigkeiten sein, auch eine Weiterentwicklung von Software. Eine frühere abweichende Auffassung des Kammergerichts sei überholt. § 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB unterscheide zwischen den von den Auftraggebern zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen einerseits und dem Inhalt der Zusammenarbeit andererseits, die jede Leistungsart, also auch Lieferleistungen, umfassen könne. Die Zusammenarbeit diene, wie von § 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB verlangt, der Verfolgung gemeinsamer Ziele bei der Aufgabenerfüllung, nämlich der Optimierung der Software für die Einsatzleitstellen und der Prozesse bei den Feuerwehren. Ob die Kooperation erforderlich sei, sei insofern unerheblich. Die von § 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB geforderte Zielidentität sei so zu verstehen, dass es ausreiche, wenn sich die Zusammenarbeit auf eine gleichermaßen, aber nicht zwingend gemeinsam zu erbringende öffentliche Aufgabe beziehe. Zur Durchführung der Kooperationsleistungen werde nicht auf private Unternehmen zurückgegriffen, solche würden durch die Kooperation auch nicht unzulässig bessergestellt. Für die Folgeaufträge müsse nicht zwangsläufig SSC beauftragt werden. Die Weitergabe und Änderung des Quellcodes der Basissoftware

sei möglich, einzuhalten sei nur das Urheberrecht. Insofern verweist die Antragsgegnerin auf eine Gemeinsame Erklärung der Kooperationspartner vom 10./11. Juli 2018 (Anlage AG 10). Die Ausschreibung der Folgeleistungen sei auch ergebnisoffen. Die SSC bekannte Entwicklungsumgebung der Software stelle heute keine faktische und wirtschaftliche Hürde für eine Leistungserbringung durch andere Anbieter mehr dar. Dass SSC bei zu vergebenden Folgeaufträgen Erfahrungsvorsprünge habe, sei unschädlich. Wettbewerbsnachteile anderer Anbieter müssten im Vergabeverfahren nicht vollständig ausgeglichen werden.

Am 25. Juli 2018 hat die Antragsgegnerin im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union eine Vorabinformation über zu vergebende Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Einführung des Einsatzleitsystems IGNIS Plus bei ihrer Feuerwehr (Anlage AG 12) veröffentlicht. Rund dreizehn Monate später, mit Auftragsbekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 21. August 2019 (Anlage BF 13), hat die Antragsgegnerin die Vergabe des Auftrags „Anpassung, Inbetriebnahme und Softwarepflege des Einsatzleitsystems IGNIS Plus bei der Berufsfeuerwehr [REDACTED]“ im Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb europaweit bekannt gemacht. An diesem Verfahren beteiligte sich nur SSC, die ausweislich der Bekanntmachung über vergebene Aufträge vom 20. März 2020 (Anlage BF 14) am 6. März 2020 auch den Zuschlag erhielt.

Der Senat hat das Beschwerdeverfahren mit Beschluss vom 28. November 2018 (Bl. 554-559 GA) ausgesetzt und dem Gerichtshof der Europäischen Union drei Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt. Dieser hat hierüber mit Urteil vom 28. Mai 2020 – C-796/18 – entschieden (Bl. 731-740 GA). Unter den Randnummern 74 und 75 seines Urteils hat der Gerichtshof dabei Folgendes ausgeführt:

„In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass ein öffentlicher Auftraggeber, der ein Vergabeverfahren zur Sicherstellung der Pflege, der Anpassung oder der Weiterentwicklung einer bei einem Wirtschaftsteilnehmer erworbenen Software durchführen möchte, dafür sorgen muss, dass er den potenziellen Bewerbern und Bieterinnen hinreichende Informationen übermittelt, um die Entwicklung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem abgeleiteten Markt für die Pflege, die Anpassung oder die Weiterentwicklung der Software zu ermöglichen.



Im vorliegenden Fall hat das vorlegende Gericht zur Gewährleistung der Einhaltung der in Art. 18 der Richtlinie 2014/24 genannten Grundsätze für die Vergabe öffentlicher Aufträge erstens zu prüfen, ob sowohl das Land ■■■■ als auch die Stadt ■■■■ über den Quellcode der Software „IGNIS Plus“ verfügen, zweitens, ob diese öffentlichen Auftraggeber im Fall der Durchführung eines Vergabeverfahrens zur Sicherstellung der Pflege, der Anpassung oder der Weiterentwicklung der Software potenziellen Bewerbern und Bietern den Quellcode übermitteln, und drittens, ob der Zugang allein zu dem Quellcode genügt, um sicherzustellen, dass an dem betreffenden Auftrag interessierte Wirtschaftsteilnehmer transparent, gleich und nicht diskriminierend behandelt werden.“

Im Anschluss hieran ist die Antragstellerin nunmehr der Ansicht, dass die vom Europäischen Gerichtshof aufgestellten Anforderungen an eine vergaberechtsfreie Zusammenarbeit der Antragsgegnerin und des Beigeladenen nicht erfüllt würden. Sie behauptet, der Antragsgegnerin und dem Land ■■■■ stehe der Quellcode der Software IGNIS Plus nicht zur Verfügung. Das belegten Direktvergaben in ■■■■ und auch in ■■■■, die die Pflege der Software IGNIS Plus beträfen. Im Übrigen zeigten Folgeausschreibungen, dass der Quellcode anderen Bietern auch nicht übermittelt werde. Es sei nur die Möglichkeit begrenzter Einsicht eingeräumt worden. Im Übrigen könnten die Anpassungen an der Software nur von SSC durchgeführt werden. An ihren kartellrechtlichen Einwänden gegen die Vereinbarung der Antragsgegnerin und des Beigeladenen halte sie, die Antragstellerin, fest.

Die Antragstellerin beantragt,

1. der Beschluss der Vergabekammer Rheinland vom 20. März 2018 (Az: VK K 66/17 – L) wird aufgehoben,
2. es wird festgestellt, dass der zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen geschlossene Software-Überlassungsvertrag vom 10. September 2017 und der Software-Kooperationsvertrag „IGNIS-Plus“ vom 10. September 2017 unwirksam sind,
3. die Antragsgegnerin wird verpflichtet, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht ein Vergabeverfahren nach den Vorschriften der §§ 97 ff. GWB durchzuführen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin verweist für den Besitz des Quellcodes auf die Gemeinsame Erklärung von ihr und dem Beigeladenen vom 10./11. Juli 2018 (Anlage AG 10), womit sie den Besitznachweis geführt sieht. Entgegen der Darstellung der Antragstellerin habe sie bei der Folgeausschreibung, welche die Anpassung und Pflege der Software betroffen habe, Bietern die Möglichkeit gegeben, Einsicht in den Quellcode und die Dokumentation zu nehmen. Das Vorbringen der Antragstellerin, dass nur SSC die Folgeleistungen der Anpassung und Pflege der Software erbringen könne, sei durch die im Hamburger Parallelverfahren – VK Hamburg, Az.: Vgk FB 1/19, OLG Hamburg, Az.: 1 Verg 2/19 – vorgelegten Gutachten (Anlagen AG 24 - AG 26) widerlegt. Dagegen spreche auch, dass ihre eigenen Mitarbeiter die Software zum 19. April 2020 selbstständig in Betrieb genommen hätten.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakten Bezug genommen.

Der Senat hat im Laufe des Verfahrens zwei auf § 169 Abs. 3 Satz 1 GWB gestützte Anträge der Antragstellerin mit Beschlüssen vom 28. November 2018 und vom 27. April 2020 zurückgewiesen.

## II.

Die sofortige Beschwerde ist zulässig, aber unbegründet. Die zwischen der Antragsgegnerin und dem Land [REDACTED] vereinbarte Überlassung der Software IGNIS Plus ist zwar entgegen der Ansicht der Vergabekammer als öffentlicher Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 1 GWB beziehungsweise Vertrag im Sinne von § 108 Abs. 6 GWB anzusehen. Als Vertrag, der die Voraussetzungen des § 108 Abs. 6 GWB erfüllt, ist die Softwareüberlassung nach dieser Vorschrift jedoch vom Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts ausgenommen, so dass der auf § 160 Abs. 1 GWB gestützte Nachprüfungsantrag der Antragstellerin nicht statthaft ist.

1.

Nach Auffassung des Senats, die bereits im Vorlagebeschluss vom 28. November 2018 zum Ausdruck gekommen ist und in der er sich durch das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 28. Mai 2020 – C-796/18 – bestätigt sieht, sind hier die Voraussetzungen eines öffentlichen Auftrags im Sinne von § 103 Abs. 1 GWB in Bezug auf die Softwareüberlassung erfüllt. Der Begriff des öffentlichen Auftrags in § 103 Abs. 1 GWB deckt sich trotz unterschiedlicher Wortwahl inhaltlich mit dem des Vertrags in § 108 Abs. 6 GWB. Auch die den beiden Vorschriften zugrunde liegenden Bestimmungen der Richtlinie 2014/24/EU – Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 und Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie – verwenden die Begriffe synonym (vgl. EuGH, Urteil vom 28. Mai 2020 – C-796/18, zitiert nach juris, Tz. 29). Der Softwareüberlassungsvereinbarung fehlt es entgegen der Annahme der Vergabekammer weder an der für die Erfüllung des Auftragsbegriffs erforderlichen Entgeltlichkeit noch an der hinreichenden synallagmatischen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung.

Softwareüberlassungs- und Softwarekooperationsvereinbarung bilden, obwohl in zwei Dokumenten niedergelegt, eine rechtliche Einheit. Die Vereinbarungen sind am selben Tag geschlossen worden, stehen in sachlichem Bezug zueinander – ohne Softwareüberlassung keine Kooperation – und verweisen im jeweiligen Vertragstext auf die jeweils andere Vereinbarung.

Der Anspruch des Landes ■■■■ auf etwaige Softwareweiterentwicklungen durch die Antragsgegnerin genügt auch, um die Entgeltlichkeit der Vereinbarung zu bejahen. Als Entgelt ist jede Art von Vergütung anzusehen, der ein Geldwert zukommt (Senatsbeschluss vom 22. September 2004 – VII-Verg 44/04, zitiert nach juris, Tz. 9). Ein solcher ist Weiterentwicklungen von genutzter Software nicht abzusprechen.

Die Softwareüberlassung und die Verpflichtung zur Kooperation, aus der sich wiederum die Verpflichtung zur Weitergabe von Fortentwicklungen der Software ergibt, stehen auch in dem vom Begriff des öffentlichen Auftrags geforderten synallagmatischen Verhältnis (vgl. zum Synallagma als Merkmal des öffentlichen Auftrags EuGH, Urteil vom 28. Mai 2020 – C-796/18, zitiert nach juris, Tz. 40). Wie der Gerichtshof der Europäischen Union in seinem Urteil vom 28. Mai 2020 – C-796/18 – überzeugend und keiner Ergänzung durch den Senat bedürftig ausgeführt hat, sprechen Wortlaut, Systematik und Sinn und Zweck der getroffenen Vereinbarungen dafür, dass die Pflicht der Kooperationsvereinbarung, dem anderen

Vertragspartner Softwareweiterentwicklungen kostenfrei zur Verfügung zu stellen, synallagmatisch mit der Softwareüberlassung verknüpft ist.

2.

Wie sich bereits aus der Zusammenschau des Vorlagebeschlusses des Senats vom 28. November 2018 und des daraufhin ergangenen Urteils des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 28. Mai 2020 – C-796/18 – ergibt, liegen hier die in § 108 Abs. 6 GWB ausdrücklich normierten Voraussetzungen vor, unter denen ein Vertrag vom Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts ausgenommen ist. Das gilt auch für die in § 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB formulierte Anforderung, die im Vorabentscheidungsverfahren keine Rolle gespielt hat. Es ist weder vorgetragen noch ersichtlich, dass sie nicht eingehalten ist. Im Gegenteil tritt die Antragstellerin der Rechtsansicht, dass die geschriebenen Tatbestandsmerkmale des § 108 Abs. 6 GWB vorliegend sämtlich erfüllt sind, im Anschluss an das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 28. Mai 2020 nicht mehr entgegen.

Wie der Europäische Gerichtshof jedoch betont hat, enthält Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU auch ohne Erwähnung im Wortlaut der Vorschrift zusätzlich ein Verbot für die an der Zusammenarbeit beteiligten öffentlichen Auftraggeber, ein privates Unternehmen im Zuge der Zusammenarbeit besserzustellen als seine Wettbewerber. Im Wege richtlinienkonformer Auslegung ist dieses Verbot als in § 108 Abs. 6 GWB enthalten anzusehen.

Im vorliegenden Verfahren folgt aus diesem Besserstellungsverbot nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs ein bestimmtes Prüfprogramm (vgl. EuGH, Urteil vom 28. Mai 2020 – C-796/18, zitiert nach juris, Tz. 75). Der Antragsgegner und der Beigeladene müssen – so der Gerichtshof der Europäischen Union – über den Quellcode der Software IGNIS Plus verfügen und sie müssen bereit sein, ihn Auftragsinteressenten in dem nachgelagerten Markt der Pflege, Anpassung und Weiterentwicklung der Software zur Verfügung zu stellen. Darüber hinaus muss die Zurverfügungstellung des Quellcodes genügen, um sicherzustellen, dass an abgeleiteten Aufträgen der Pflege, Anpassung und Weiterentwicklung der Software interessierte Unternehmen transparent, gleich und nicht diskriminierend behandelt werden.

Bei Durchführung dieser Prüfung ist zu beachten, dass die Antragstellerin die Einhaltung des Besserstellungsverbots und damit der vorgenannten Vorgaben gemäß § 97 Abs. 6 GWB in diesem Verfahren nur von der Antragsgegnerin

verlangen kann. Das Vergabenachprüfungsverfahren ist ein auf subjektiven Rechtsschutz ausgerichtetes Verfahren gegen einen bestimmten Antragsgegner (vgl. § 161 Abs. 2 GWB), hier die Antragsgegnerin. In den Blick zu nehmen ist daher nur das – mittelbar gegebenenfalls auch vom Land ■■■■■ abhängige – Verhalten der Antragsgegnerin auf dem nachgelagerten Markt der Pflege, Anpassung und Weiterentwicklung der Software. Ob sich das Land ■■■■■ auf dem nachgelagerten Markt vergaberechtskonform verhält, ist, solange dies ohne Auswirkungen auf das Rechtsverhältnis zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin bleibt, unerheblich. Nach diesen Maßgaben ist ein Verstoß gegen das ungeschriebene Besserstellungsverbot hier ausgeschlossen.

a)

Der Senat hat nach dem letzten Vorbringen der Verfahrensbeteiligten keine vernünftigen Zweifel daran, dass die Antragsgegnerin mit dem Softwareüberlassungsvertrag nicht nur das Recht eingeräumt erhalten hat, mit dem Erhalt der Software IGNIS Plus zugleich auf den Software Quellcode zuzugreifen, diesen zu nutzen und in einem bestimmten, mit den Kooperationszielen zwischen der Antragsgegnerin und dem Land ■■■■■ vereinbarten Rahmen auch zu verändern. Er ist darüber hinaus auch davon überzeugt, dass die Antragsgegnerin den Quellcode auf der Grundlage dieser Vereinbarung vom Land ■■■■■ auch tatsächlich erhalten hat. Eine Beweisaufnahme hierüber ist entbehrlich. Die Amtsaufklärungspflicht des § 175 Abs. 2 GWB i.V.m. § 70 Abs. 1 GWB reicht nur so weit, wie der Vortrag der Verfahrensbeteiligten oder der Sachverhalt als solcher bei sorgfältiger Überlegung der sich aufdrängenden Möglichkeiten dazu Anlass gibt (vgl. Senatsbeschluss vom 25. November 2020 – VII-Verg 35/19). Hier ist nach dem Vortrag der Verfahrensbeteiligten bei sorgfältiger Überlegung davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin mit dem Softwareüberlassungsvertrag nicht nur die beschriebene Zugriffsmöglichkeit auf den Quellcode vertraglich eingeräumt erhalten hat, sondern sie über den Code auch schon tatsächlich lange verfügt. Dafür sprechen bereits Regelungen in den ursprünglichen Verträgen. Zu nennen sind insoweit Regelungen unter Ziffer 3 des Software-Überlassungsvertrags sowie in § 5 des Software-Kooperationsvertrags. Bekräftigt wird dieser Befund durch den Inhalt der gemeinsamen Erklärung der Kooperationspartner vom 10./11. Juli 2018 (Anlage AG 10). Letzte Zweifel beseitigt sodann die Einleitung des Folgevergabeverfahrens „Anpassung, Inbetriebnahme und Softwarepflege des Einsatzleitsystems IGNIS Plus bei der Berufsfeuerwehr ■■■■■“ durch die Antragsgegnerin, in welchem sie den interessierten Unternehmen in den Vergabeunterlagen (Anlage AG 21) angeboten

hat, den Quellcode vor Angebotsabgabe einzusehen. Unter Ziffer 4.2.4 ist in den Vergabeunterlagen im Allgemeinen Vergabedokument insoweit Folgendes vorgesehen: „Allen Bewerbern, die im Teilnahmewettbewerb ihre Eignung nachgewiesen haben, wird vor Abgabe des ersten indikativen Angebots die Möglichkeit gegeben, Einsichtnahme in den Quellcode und die Bedienoberfläche von IGNIS+ zu erhalten.“ Dafür, dass das Land [REDACTED] – als Voraussetzung hierfür – den Quellcode zur Verfügung gestellt hat, spricht auch der Verlauf des Parallelverfahrens vor der Vergabekammer in Hamburg. Dort ist die Software, die der Hamburger Feuerwehr vom Beigeladenen auf vergleichbarer vertraglicher Grundlage zur Verfügung gestellt worden ist, einschließlich ihres Quellcodes Gegenstand sachverständiger Begutachtung gewesen. Und schließlich hat die Antragsgegnerin im vorliegenden Verfahren sogar angeboten, den Quellcode in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat zu präsentieren.

b)

Der Senat hat ebenso wenig Zweifel daran, dass die Antragsgegnerin bereit ist, Unternehmen den Quellcode im nachgelagerten Markt der Pflege, Anpassung oder Weiterentwicklung der Software zur Vorbereitung einer Angebotserstellung und zur späteren Auftragsdurchführung zur Verfügung zu stellen, soweit dies im Rahmen einer Folgevergabe von Pflege-, Anpassungs- oder Weiterentwicklungsleistungen erforderlich ist. Für diese Bereitschaft spricht das von der Antragsgegnerin bereits durchgeführte Vergabeverfahren „Anpassung, Inbetriebnahme und Softwarepflege des Einsatzleitsystems IGNIS Plus bei der Berufsfeuerwehr [REDACTED]“, in dessen Rahmen sie in den Vergabeunterlagen angeboten hat, dass Bewerberunternehmen Einblick in den Quellcode nehmen können. Die vom Gerichtshof der Europäischen Union im Urteil vom 28. Mai 2020 – C-796/18 – verlangte Übermittlung des Quellcodes ist aus Sicht des Senats nicht dahingehend zu verstehen, dass der Code schon zum Zeitpunkt eines noch laufenden Vergabeverfahrens in den physischen Herrschaftsbereich von Bewerber- oder Bieterunternehmen gelangen muss. Die in den Vergabeunterlagen des genannten Folgevergabeverfahrens zum Ausdruck gekommene Bereitschaft der Antragsgegnerin, zur Vorbereitung einer Angebotsabgabe eine Einsichtnahmemöglichkeit an einem dafür zur Verfügung gestellten Ort zu eröffnen, ist vielmehr ausreichend. Wenn das hierfür in der Folgeausschreibung eingeräumte Zeitfenster nicht ausreichend bemessen gewesen sein sollte, stellt das nicht die grundsätzliche Bereitschaft der Antragsgegnerin in Frage, den Quellcode zur Verfügung zu stellen. Vielmehr wäre die eröffnete

Einsichtnahmemöglichkeit gegebenenfalls in dem anderen Vergabeverfahren als in der zeitlichen Länge unzureichend zu beanstanden gewesen.

c)

Zwar genügt die Zurverfügungstellung des Quellcodes allein auch nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin nicht, um Unternehmen, die die Software nicht entwickelt haben, bei Folgevergabeverfahren, die die Pflege, Anpassung oder Weiterentwicklung der Software zum Gegenstand haben, transparent, gleich und nicht diskriminierend zu behandeln. Die Antragsgegnerin hat jedoch bereits mit der Folgeausschreibung „Anpassung, Inbetriebnahme und Softwarepflege des Einsatzleitsystems IGNIS Plus bei der Berufsfeuerwehr ■■■■“ dokumentiert, dass sie sich nicht auf die Zurverfügungstellung des Quellcodes beschränken will. Vielmehr hat sie dort ihre Bereitschaft erkennen lassen, alle notwendigen Informationen – zum Beispiel auch die Dokumentation des Quellcodes – zur Verfügung zu stellen, die es braucht, um den Wettbewerbsnachteil, der sich für Drittunternehmen daraus ergibt, dass sie die Software nicht entwickelt haben und daher mit dem Quellcode (noch) nicht vertraut sind, in dem für einen wirksamen Wettbewerb erforderlichen Umfang auszugleichen. Mit dieser Bereitschaft ist den Anforderungen des Besserstellungsverbots hinsichtlich des streitbefangenen Beschaffungsvorgangs Genüge getan. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs muss der öffentliche Auftraggeber dafür sorgen, dass er den potenziellen Bewerbern und Bietern hinreichende Informationen übermittelt, um die Entwicklung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem abgeleiteten Markt der Pflege, der Anpassung oder der Weiterentwicklung der Software zu ermöglichen (EuGH, Urteil vom 28. Mai 2020 – C-796/18, zitiert nach juris, Rn. 74). Das bezieht sich auf den Quellcode und gegebenenfalls auch weitere notwendige Informationen (vgl. EuGH, Urteil vom 28. Mai 2020 – C-796/18, zitiert nach juris, Rn. 75). Die Bereitschaft, diese zur Verfügung zu stellen, hat die Antragsgegnerin erklärt.

Die Frage, welche Informationen zur Ermöglichung wirksamen Wettbewerbs zu übermitteln sind und der Einräumung welcher Fristen es bedarf, um ihre Auswertung zu ermöglichen, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab und ist vom öffentlichen Auftraggeber nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden (vgl. Hausmann/von Hoff, in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 5. Aufl., § 124 Rn. 62). Einerseits muss nicht jedes durch Voraufträge erworbene Know-how ausgeglichen werden (vgl. z.B. OLG Bremen, Beschluss vom 9. Oktober 2012 – Verg 1/12, zitiert nach juris, Tz. 116 [bezogen auf Software]; OLG

Naumburg, Beschluss vom 5. Dezember 2008 – 1 Verg 9/08, zitiert nach juris, Tz. 79; Voigt, in: Müller-Wrede, VgV/UVgO, § 7 VgV Rn. 32). Andererseits ist wirksamer Wettbewerb zu gewährleisten, so dass außer der Übermittlung ausreichender Informationen auch das Einräumen angemessener Fristen zur Auswertung derselben wichtig ist. Die Frage des danach im Einzelfall Gebotenen ist jedoch nicht in dem Vergabenaachprüfungsverfahren zu klären, in dem – wie hier – die Beschaffung der Basissoftware streitbefangen ist. Die Pflicht des öffentlichen Auftraggebers, den Unternehmen, die die Software nicht entwickelt haben, hinreichende Informationen zur Ermöglichung wirksamen Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Markt der Pflege, Anpassung oder Weiterentwicklung der Software zu übermitteln, besteht erst in den Vergabeverfahren, die diese Leistungen betreffen.

Da die Antragsgegnerin ihre grundsätzliche Bereitschaft erklärt hat, den vergaberechtlichen Anforderungen zu genügen, könnte ein Verstoß gegen das Besserstellungsverbot durch die Softwareüberlassungsvereinbarung hier allenfalls dann anzunehmen sein, wenn die Übermittlung der notwendigen Informationen objektiv unmöglich wäre. In diese Richtung weist auch die Argumentation des Generalanwalts in seinen Schlussanträgen zum durchgeführten Vorabentscheidungsverfahren (Schlussanträge des Generalanwalts Sánchez-Bordona in der Sache C-798/18 vom 29. Januar 2020, BeckRS 2020, 417, Rn. 106 ff.). Aufgrund einer Gesamtschau der im Verfahren vorgelegten und vom Senat ausgewerteten Sachverständigengutachten aus dem Parallelverfahren vor der Vergabekammer Hamburg (vgl. VK Hamburg, Beschluss vom 24. Mai 2019 – Vgk FB 1/19, zitiert nach juris) ist der Senat jedoch davon überzeugt, dass die für eine Angebotserstellung notwendigen Informationen zur Verfügung gestellt werden können. Letztlich ergibt sich aus allen drei Gutachten, auch aus dem von der Antragstellerin selbst eingeholten, dass Unternehmen, die die Software nicht entwickelt haben, in die Lage versetzt werden können, sich am Wettbewerb um Folgeaufträge auf dem nachgelagerten Markt der Pflege, Anpassung oder Weiterentwicklung der Software zu beteiligen.

Darauf, dass ihnen hierbei kein nennenswerter wirtschaftlicher Aufwand entstehen darf, haben Unternehmen vergaberechtlich keinen Anspruch. Eine entsprechende Einschränkung ist weder dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 28. Mai 2020 – C-796/18 – noch anderen Entscheidungen des Gerichtshofs zu entnehmen, in denen er sich zum Besserstellungsverbot geäußert hat (vgl. EuGH, Urteile vom 13. Juni 2013 – C-386/11 – *Piepenbrock* – und vom 19. Dezember 2012 – C-159/11



– *Lecce*, jeweils zitiert nach juris). Das Urteil vom 28. Mai 2020 verlangt den Ausgleich eines Informationsgefälles, verhält sich aber nicht zum Ausgleich wirtschaftlichen Aufwands, der mit der Einarbeitung in eine fremde Software verbunden ist und der dem Ersteller der Software im Übrigen in anderer Form bei der Softwareentwicklung entstanden ist. Das deckt sich mit der Rechtsprechung des Senats und anderer Vergabesenate zum Umgang mit sogenannten Projektanten. Auch in diesen Fällen geht es jeweils nur darum, gegebenenfalls bestehende Informationsgefälle durch das Bereitstellen von Informationen auszugleichen (vgl. z.B. Senatsbeschluss vom 25. Oktober 2005 – VII-Verg 67/05, zitiert nach juris, Tz. 26; OLG München, Beschluss vom 10. Februar 2011 – Verg 24/10, zitiert nach juris, Tz. 56). Hiervon abgesehen zieht der Senat aus den Sachverständigengutachten, die im Parallelverfahren vor der Vergabekammer in Hamburg vorgelegen haben und auch hier vorgelegt worden sind, bei einer Gesamtwürdigung nicht den Schluss, dass die Einarbeitung in die Software mit einem unverhältnismäßigen wirtschaftlichen Aufwand verbunden sein muss.

3.

Auf die kartellrechtlichen Einwände der Antragstellerin kommt es, weil schon der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts und damit der Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen nicht eröffnet ist, in diesem Verfahren nicht an.

III.

Da die Antragstellerin unterlegen ist, hat sie gemäß § 175 Abs. 2 GWB i.V.m. § 78 GWB die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich derjenigen der beiden von ihr angestregten Verfahren nach § 169 Abs. 3 Satz 1 GWB zu tragen. Während die Kosten des Beschwerdeverfahrens die außergerichtlichen Kosten der Antragsgegnerin einschließen, waren diejenigen des Landes ■■■■ davon auszunehmen, weil eine entsprechende Kostentragung durch die Antragstellerin nicht der Billigkeit entspräche. Das Land ■■■■ hat sich am Beschwerdeverfahren nicht aktiv beteiligt.

Die Entscheidung über den Streitwert des Beschwerdeverfahrens bleibt einem gesonderten Beschluss nach Anhörung der Verfahrensbeteiligten vorbehalten.

Dr. Maimann

Dr. Anger

Dr. Scholz

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]