


Gericht:	OLG Düsseldorf Vergabesenat
Entscheidungsdatum:	22.06.2022
Rechtskraft:	ja
Aktenzeichen:	VII-Verg 36/21, Verg 36/21
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2022:0622.VERG36.21.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Normen:	§ 124 Abs 1 Nr 3 GWB, § 124 Abs 1 Nr 4 GWB, § 125 GWB, § 126 GWB, EURL 24/2014 ... mehr
Zitiervorschlag:	OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. Juni 2022 - VII-Verg 36/21 -, juris

Fundstellen

NZBau 2022, 678-687 (red. Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend BKartA Bonn 1. Vergabekammer des Bundes, 10. Juni 2021, VK 1 - 34/21, Beschluss

Diese Entscheidung wird zitiert

Kommentare

Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht

● Summa, 6. Auflage 2022, § 124 GWB

Praxisreporte

Irene Lausen, jurisPR-VergR 11/2022 Anm. 2 (Anmerkung)

Literaturnachweise

Irene Lausen, jurisPR-VergR 11/2022 Anm. 2 (Anmerkung)

Tenor

1. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der 1. Vergabekammer des Bundes vom 10. Juni 2021 (VK 1 - 34/21) wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen trägt die Antragstellerin.
3. Der Wert für das Beschwerdeverfahren wird auf ... Euro festgesetzt.

Gründe

I.

- 1 Die Antragsgegnerin schrieb mit Bekanntmachung vom 21. April 2017 ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb betreffend einen Rahmenvertrag über die Lieferung von Sturmgewehren nebst Zubehör EU-weit aus (Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union, Bekanntmachungsnummer 2017/S 078-151422). Der Zuschlag sollte auf das wirtschaftlichste Angebot erfolgen, wobei sich die Antragsgegnerin die Festlegung weiterer Kriterien vorbehielt (Ziffer IV.2.1. der Bekanntmachung).

- 2 Nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs gaben die Antragstellerin und die Beigeladene indikative Angebote ab und stellten jeweils Exemplare der angebotenen Waffen zum Zwecke der Erprobung durch die Antragsgegnerin zur Verfügung. Die Vergleichserprobung diente der Kontrolle der Einhaltung der Mindestanforderungen und der Verifikation der technischen Angaben der Bieter. Bieter, deren technische Angaben nicht zu verifizieren waren, hatten die Möglichkeit zur Anpassung des Angebots durch Übernahme der Ergebnisse der Vergleichserprobung. Für den Fall, dass von dieser Möglichkeit kein Gebrauch gemacht wird, kündigte die Antragsgegnerin den Ausschluss vom Verfahren an. Die Antragstellerin beteiligte sich mit dem zu ihrem Sortiment gehörenden **X.1**. Die Beigeladene gab zwei Angebote ab, sie beteiligte sich mit ihren Sturmgewehren **X.2** und **X.3**.
- 3 Mit Schreiben vom 14. Mai 2020 forderte die Antragsgegnerin die Antragstellerin und die Beigeladene jeweils zur Abgabe finaler Angebote auf, wobei sie sich die Nachforderung fehlender Unterlagen nach § 22 Abs. 6 VSVgV vorbehielt (Ziffer 5.) und die Zuschlagskriterien dahingehend konkretisierte, dass der Preis und die in einer Anlage näher konkretisierte Qualität jeweils mit 50 Prozent gewichtet würden (Ziffer 7).
- 4 Nach Eingang des finalen Angebots der Antragstellerin betreffend das **X.1** und der beiden finalen Angebote der Beigeladenen betreffend die **X.2** und **X.3** klärte die Antragsgegnerin deren Inhalt jeweils mit mehreren Schreiben auf.
- 5 So sollte das geforderte Sturmgewehr mit mehreren, sogenannten STANAG-Schienen versehen sein, die eine positionsflexible Anbringung von Zubehör erlauben. Die Antragstellerin hatte die STANAG-Schienen und deren Abdeckungen jeweils als 3er-Set angeboten. Mit Schreiben vom 29. Juli 2020 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass im Zuge der Auswertung der Angebote eine mögliche Missverständlichkeit der Vorgabe der Menge der zu liefernden STANAG-Schienen gezeigt habe, es handle sich um einzelne Schienen. Zugleich forderte sie die Antragstellerin auf, ihr Angebot bis zum 2. August 2020 entsprechend anzupassen und zu erklären, ob sie weiterhin zu dem in ihrem Angebot vom 16. Juni 2020 genannten Gesamtpreis anbiete. Dem kam die Antragstellerin nach, wobei sie die Einzelschienen und Abdeckungen zu einem gegenüber dem 3er-Set reduzierten Preis anbot. Zudem beseitigte sie Widersprüche zwischen den angegebenen genauen Messwerten und der Spalte "Wertung - Drop Down" im Rahmen ihres technischen Angebots.
- 6 Die Beigeladene hatte in ihrem technischen Angebot betreffend das **X.2** keine genauen Werte, sondern nur die wertungsrelevanten Spannen angegeben; die Spalte "genaue Wertung" der Anlage 2 zum technischen Angebot hatte sie nicht ausgefüllt. Auch hatte sie die alte Vorlage aus der Phase der indikativen Angebote verwandt, die zwei weitere Kriterien enthielt. Diese hat die Beigeladene verneint, was zu einer niedrigeren Bewertung führte, da das alte Formular für die volle Punktzahl die Erfüllung von sieben Kriterien forderte. Auf Nachforderung lieferte die Beigeladene die genauen Messwerte nach und übertrug die Daten in das aktuelle Formular, das zur Erlangung der vollen Punktzahl nur noch die Erfüllung von fünf Kriterien verlangte. Zudem hatte die Beigeladene ein nach ihren Angaben nach einer bestimmten Schusszahl auszutauschendes Element dieses **X.** nicht in die Ersatzteilübersicht aufgenommen, auch gab es Divergenzen zwischen den angegebenen Ersatzteilkosten über die Lebensdauer der Waffe und der Auflistung aller Ersatzteile der Waffe. Die Beigeladene erläuterte die Nichtauflistung mit einer

zu niedrig angegeben Schusszahl und erklärte hinsichtlich der Divergenz die Ersatzteilkosten über die Lebensdauer der Waffe für die maßgeblichen.

- 7 Mit Schreiben vom 15. September 2020 teilte die Antragsgegnerin der Beigeladenen mit, dass beabsichtigt sei, der Antragstellerin den Zuschlag zu erteilen. Hiergegen wandte sich die Beigeladene nach erfolgloser Rüge mit Nachprüfungsantrag vom 29. September 2020, den sie unter anderem auf eine behauptete Verletzung ihres Europäischen Patents EP 2 018 508 B 1 stützte. Für sie sei ein Verschlussmechanismus mit einer Fluid-Durchtrittsöffnung geschützt, durch die der zurücklaufende Verschlussträger eingedringenes Wasser aus der Waffe verdränge. Damit bedürfe es nicht mehr zu dessen Entfernung deren Zerlegung; die Funktionalität sei auch nach einem Eintauchen der Waffe in Wasser gewährleistet (sogenannte Over-the-beach-Fähigkeit). Diese Ausgestaltung sei bei der von der Antragstellerin angebotenen Waffe übernommen worden. Das Nachprüfungsverfahren wurde für erledigt erklärt, nachdem sich die Antragsgegnerin zu seiner Neubewertung bereit erklärt hatte.
- 8 Die Antragsgegnerin prüfte zunächst intern, ob der Verschlussmechanismus der von der Antragstellerin angebotenen **X.1** das Europäischen Patents EP 2 018 508 B 1 der Beigeladenen verletzt. Ihr namentlich nicht benannter fachkundiger Mitarbeiter prüfte die Tauglichkeit der zentralen Bohrung in der hinteren Stirnseite des Schließfedergehäuses des **X.1** zum Wasserauslass und bejaht eine Verletzung des Hauptanspruchs (Anspruch 1) und der auf diesen bezogenen Unteransprüche 2 bis 10, 12 bis 14, 16, 17, 19 und 21 bis 23 (internes Gutachten Patentverletzung, Vergabeakte Bd. 27, Bl. 1 ff). Zugleich erstellte er ein Gutachten zur Rechtsbeständigkeit des Patents, in dem er zu dem Ergebnis einer neuheitsschädlichen Vorwegnahme beziehungsweise fehlenden erfinderischen Tätigkeit bezüglich aller verletzten Ansprüche aufgrund von Veröffentlichungen zum US-amerikanischen **X.4** gelangte. So seien der Hauptanspruch 1 und die Ansprüche 2 bis 4, 6 bis 8, 10, 12 bis 14, 16, 17 und 21 neuheitsschädlich vorweggenommen, wie aus den ihm vorliegenden Lichtbildern eines am Prioritätstages in Benutzung befindlichen **X.4** ersichtlich sei. Die Ansprüche 22 und 23 seien nicht erfinderisch. Sie stellten bloß nebeneinandergestellte Merkmale eines indirekten Gasdruckladers dar. Ob der Verdrängungseffekt aber für einen direkten Gasdrucklader wie dem **X.4** oder für einen indirekten vorgesehen sei, sei für den Fachmann unerheblich (internes Gutachten Rechtsbestand, Vergabeakte Bd. 27, Bl. 269 ff).
- 9 Die Antragsgegnerin nahm das interne Gutachten zum Anlass, die Patentanwaltskanzlei **RX2**, Patentanwälte **R4** und **R5**, mit der patentrechtlichen Prüfung zu beauftragen. Diese kamen in ihrem Gutachten vom 16. Dezember 2020 zu dem Ergebnis, dass das **X.1** der Antragstellerin die Patentansprüche 1 bis 17, 19 und 21 bis 23 verletze (Gutachten **RX2** Patentverletzung, Vergabeakte Bd. 28, Bl. 454 ff). Auch sie prüften den Rechtsbestand des Patents. Sie bejahten eine neuheitsschädliche Vorwegnahme der Ansprüche 1 bis 17 und 19 bis 21, wobei sie sich neben dem Department of Army Pamphlet (DA-PAM) 750-30 zum M 16 vom 1. Juli 1969 sowie einer Veröffentlichung zum **X.4** in der Ausgabe 37/2005 der Fachzeitschrift Visier Spezial maßgeblich auf die bereits 1933 erteilte US-Patentschrift 1,895,719 A und die lediglich im Rahmen der Neuheitsprüfung zu berücksichtigende WO2007/114801A2 stützten. In Bezug auf die Unteransprüche 22 und 23 waren sie allerdings der Auffassung, dass die für eine Schutzfähigkeit erforderliche erfinderische Tätigkeit zu bejahen sei. Die Übertragung der vom direkten Gasdrucklader bekannten Technik auf einen mit Short-Stroke-System sei nicht naheliegend, da ein direkter Gasdrucklader in erheblichem Umfang umkonstruiert werden müsse, weshalb

der Fachmann nicht von diesem, sondern von vorbekannten Gasdruckladern mit Short-Stroke-System ausgehen werde. Eine Kombination der Ansprüche 1, 2, 21, 22 und 23 werde sich daher ihrer Auffassung nach als rechtsbeständig erweisen (Gutachten **RX2** Rechtsbestand, Vergabeakte Bd. 28, Bl. 478 ff).

- 10 Die Antragsgegnerin hörte die Antragstellerin zur Frage eines Ausschlusses nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB wegen schwerer beruflicher Verfehlung in Gestalt einer Patentverletzung unter Übersendung des vorgenannten Gutachtens der Patentanwälte **RX2** an. Die Antragstellerin trat dem Vorwurf der Patentverletzung mit Anwaltsschreiben vom 18. Januar 2021 unter Verweis auf ein von ihr eingeholtes Privatgutachten der Rechtsanwaltskanzlei **RX1, R6**, entgegen, der aufgrund vorbekannten Stands der Technik in Gestalt der US-Patentschrift 6,848,351 B1 und von Zeichnungen zum Colt Karabiner M 4 zu einem anderen Verständnis des für das Patent zentralen Begriffs Fluid-Durchtrittsöffnung gelangte. In den Augen des Fachmanns müsse die Fluid-Durchtrittsöffnung so ausgestaltet sein, dass Wasser schnell abfließen und der Rest durch den mit hoher Geschwindigkeit zurücklaufenden Schließfederkolben leergeräumt werden könne. Das setze eine hinreichend große Öffnung an der Unterseite voraus. Die kleine zentrale Bohrung in der Seelenachse des Schließfederkolbens, die dem Gasaustritt diene, sei daher keine Fluid-Durchtrittsöffnung im Sinne der Patentschrift. Eine solche, nach höchstrichterlicher Rechtsprechung gebotene Auslegung fehle im Gutachten **RX2**, weshalb dieses keine taugliche Grundlage für eine Ausschlussentscheidung sein könne. Jedenfalls aber fehle es an der für eine schwere berufliche Verfehlung erforderlichen erhöhten Fahrlässigkeit. Ihr Gewehr **X.5**, wegen dem die Beigeladene sie am 6. Februar 2018 abgemahnt habe, sei hinsichtlich der für die Patentverletzung relevanten Teile anders konstruiert als das **X.1**. Den Vorwurf, dessen zentrale Gasaustrittsöffnung sei eine Fluid-Durchtrittsöffnung im Sinne des Patents, habe selbst die Beigeladene zuvor nicht erhoben. Zudem sei das Patent offensichtlich nichtig und werde auf ihre Nichtigkeitsklage rückwirkend vernichtet werden, was bei einer Ausschlussentscheidung ebenfalls zu berücksichtigen sei. Die Verletzung eines offensichtlich nichtigen Patents könne keine schwere berufliche Verfehlung sein. Der Anspruch 1 sei bereits wegen unzulässiger Erweiterung gegenüber der Ursprungsanmeldung zu widerrufen. Zudem seien Schließfedergehäuse mit Fluid-Durchtrittsöffnungen nicht neu, derartiges sei im Prioritätszeitpunkt bereits aus den US-Patentschriften 6,848,351 B1, 6,779,269 B2 und 6,901,691 B1 sowie der US-Patentanmeldung 2006/0254414 A1 vorbekannt gewesen.
- 11 Die Antragsgegnerin leitete diese Stellungnahme den von ihr beauftragten Patentanwälten zu, die mit Gutachten vom 1. Februar 2021 - hierauf wird im vollem Umfang Bezug genommen - weisungsgemäß allein zur Frage der Patentverletzung Stellung nahmen. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung dürfe ein Patentanspruch nicht unter seinem Wortlaut ausgelegt werden. Zudem stehe die Fluid-Durchtrittsöffnung im Oberbegriff des Patentanspruchs und gehöre damit ohnehin zum Stand der Technik. Die Abgrenzung vom Stand der Technik erfolge durch die Verdrängung der Flüssigkeit aus der Fluid-Durchtrittsöffnung bei zurücklaufendem Verschlussträger. Vor dem Hintergrund der im Patent vorgenommenen Abgrenzung zum Stand der Technik sei es nicht möglich, in den Begriff Fluid-Durchtrittsöffnung Merkmalsaspekte hineinzulesen, die diese vom Stand der Technik unterscheidbar mache. Die US-Patentschrift 6,848,351 B1 und die Zeichnungen zum Colt Karabiner M4 würden im Patent nicht genannt und könnten daher für Auslegung nicht herangezogen werden.

- 12 Mit Schreiben vom 2. März 2021 schloss die Antragsgegnerin die Antragstellerin wegen der von ihr angenommenen Schutzrechtsverletzungen - neben einer Verletzung des Europäischen Patents EP 2 018 508 B 1 der Beigeladenen wurde auch eine Verletzung des Europäischen Patents EP 2 208 957 B 1 der US-amerikanischen Firma **P.** durch das Magazin der Waffe bejaht - nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB und wegen der vor diesem Hintergrund unrichtigen Erklärung über die Berührung von Schutzrechten Dritter auch nach § 124 Abs. 1 Nr. 8 und Nr. 9 lit. c GWB aus. Für den Nachweis der Patentverletzung genüge eine unter Zuhilfenahme patentrechtlicher Sachkunde vorgenommene Beurteilung, die vertretbar sei. Die Nichtigkeitsfrage sei irrelevant, sie könne bis zu deren Klärung durch die nationalen Fachgerichte aller Bündnispartner Schadensersatzansprüchen ausgesetzt sein. Zugleich informierte sie die Antragstellerin, dass ein Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen beabsichtigt sei.
- 13 Nach Zurückweisung ihrer Rüge vom 5. März 2021 mit Schreiben vom 10. März 2021 beantragte die Antragstellerin am 11. März 2021 die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens. Sie trug vor, eine schwere berufliche Verfehlung i.S.d. § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB sei nicht gegeben. Abgesehen davon, dass patentrechtliche Fragen ohnehin nicht Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens seien, fehle es schon am Nachweis der Patentverletzung. Das Gutachten der Antragsgegnerin könne die erforderliche Gewissheit nicht vermitteln. Zudem sei das Patent offenkundig nichtig. Auch erfordere § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB eine schwere Verfehlung, leichte Fahrlässigkeit genüge hierfür nicht. Hinsichtlich der Patentverletzung durch das Magazin bestehe zwischen der Patentinhaberin und ihrer Vorlieferantin eine Vereinbarung, die ihr die Lieferung gestatte. Tatsächlich sei nicht sie, sondern die Beigeladene nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB auszuschließen. Diese habe mit ungenehmigten Exporten von Kriegswaffen nach Mexiko gegen das Außenwirtschaftsgesetz verstoßen, wie aufgrund der vom Bundesgerichtshof bestätigten strafrechtlichen Verurteilung ihres Prokuristen rechtskräftig feststehe. Im Übrigen verletze das Magazin der Beigeladenen ein Patent der US-amerikanischen Firma **P.** Auch stelle sich die bewusst späte, den Schaden maximierende Geltendmachung ihres Patents als schwere berufliche Verfehlung dar. Jedenfalls aber sei das Angebot der Beigeladenen wegen Änderung der Vergabeunterlagen nach § 31 Abs. 2 Nr. 4 VSVgV auszuschließen, da sie zahlreichen Angaben nachgeliefert habe.
- 14 Mit Schriftsatz vom 26. April 2021 hat die Antragsgegnerin zusätzlich das Angebot der Antragstellerin wegen fehlender Preisangaben nach § 31 Abs. 2 Nr. 8 VSVgV ausgeschlossen. Im Preisblatt sei mit einer Ausnahme keine einzige Position der "Sonstigen Leistungen" bepreist. Zudem hat sie eine Neubewertung der Wirtschaftlichkeit der Angebote vorgenommen, nach der nunmehr das Angebot für das **X.2** der Beigeladenen knapp vor dem **X.1** der Antragstellerin das wirtschaftlichere war; das Angebot für das **X.3** der Beigeladenen rangiert hingegen unverändert auf dem dritten Rang. Die Nachreichung zum technischen Angebot habe sich nicht auf die Aufklärung des Widerspruchs zwischen dem angegebenen genauen Gewicht der Waffe und dem Drop-Down-Tabellenwert beschränkt, sondern die Antragstellerin habe zahlreiche Werte in wertungsrelevanter Weise abgeändert, weshalb die Nachreichung insgesamt habe unberücksichtigt bleiben müssen und allein das ursprüngliche Angebot zu bewerten sei. Gleiches gelte für die Konkretisierung der Preisblätter in Bezug auf die Gesamtpreisangabe für die STANAG-Schienen und Abdeckungen, eine Konkretisierung der Vergabeunterlagen im Hinblick auf Forderung von Einzelschienen sei nicht veranlasst gewesen; auch hier müsse sich die

Antragstellerin folglich an dem in ihrem ursprünglichen Angebot genannten Gesamtpreis messen lassen.

- 15 Hierzu hat die Antragstellerin vorgetragen, soweit die Antragsgegnerin im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens ihren Ausschluss auch auf die Unzulässigkeit der Nachforderungen stütze, greife dies nicht durch. Für den objektiven Empfänger sei klar, dass die mit "-EUR" angebotenen sonstigen Leistungen unentgeltlich erbracht würden. Die Antragsgegnerin habe diese Angabe auch über zwei Jahre hinweg im Sinne von "0,00 EUR" verstanden. Die Widersprüche zwischen den angegebenen genauen Messwerten und der Spalte "Wertung - Drop Down" habe sie im Rahmen der Aufklärung zulässig beseitigt. Auch die Konkretisierung ihres Angebots in Bezug auf die STANAG-Schienen sei zulässig gewesen, nachdem die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren insoweit unter Konkretisierung der Vergabeunterlagen rückversetzt habe.
- 16 Die Antragstellerin hat beantragt,
- 17 1. gegen die Antragsgegnerin das Nachprüfungsverfahren gemäß §§ 160 ff GWB einzuleiten;
- 18 2. der Antragsgegnerin zu untersagen, ihr Angebot auszuschließen;
- 19 3. die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Angebot der Beigeladenen auszuschließen;
- 20 4. die Antragsgegnerin zu verpflichten, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht ein Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer durchzuführen;
- 21 5. ihr Akteneinsicht zu gewähren;
- 22 6. der Antragsgegnerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich ihrer zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen aufzuerlegen;
- 23 7. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin für notwendig zu erklären.
- 24 Die Antragsgegnerin und die mit Beschluss vom 15. März 2021 hinzugezogene Beigeladene haben beantragt,
- 25 1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
- 26 2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich ihrer zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen aufzuerlegen;
- 27 3. die Hinzuziehung anwaltlicher Verfahrensbevollmächtigter durch sie für notwendig zu erklären.
- 28 Die Antragsgegnerin hat vorgetragen, Patentverletzungen stellen berufliche Verfehlungen i.S.d. § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB dar, da sie Einfluss auf die berufliche Glaubwürdigkeit hätten. Schwer seien sie, wenn sie schuldhaft begangen worden seien und erhebliche Auswirkungen hätten. Eines Vollbeweises bedürfe es insoweit nicht, da andernfalls die Ausschlussstatbestände des § 124 Abs. 1 GWB ihre Wirksamkeit verlören oder das Verga-

beverfahren gegebenenfalls über Jahre verzögerten. Bei dem Beweismaß sei daher die Interessengefährdung auf Auftraggeberseite zu berücksichtigen. Dem Risiko einer Nutzungsuntersagung im In- und Ausland und Schadensersatzforderungen dürfe sie nicht ausgesetzt werden. Von daher sei auch keine Nichtigkeit des Patents zu prüfen. Nichtigkeitsklagen im Ausland habe die Antragstellerin gar nicht eingereicht. Die Erklärung, Schutzrechte Dritter seien berührt, sei schon deswegen falsch gewesen, weil die Antragstellerin die Information über die Inanspruchnahme durch die Beigeladene zurückgehalten habe. Es sei aber noch ein weiterer Ausschlussgrund gegeben. So habe die Antragstellerin an verschiedenen Stellen des Preisblatts einen Strich eingetragen, der anders als etwa eingefügte 0 Euro keine Preisangabe sei. Auch habe sie nachträglich nicht nur den Widerspruch im technischen Angebot zwischen den genauen Werten und den Drop-Down-Punkten aufgeklärt, sondern zugleich Änderungen an den genauen Werten vorgenommen. Die Preisreduktion bezüglich der STANAG-Schienen im Rahmen der Aufklärungsmaßnahme sei ebenfalls unzulässig gewesen. Lasse man die damit einhergehenden Punktzahlverbesserungen außer Betracht, sei das Angebot der Beigeladenen das wirtschaftlichste. Die Beigeladene sei nicht auszuschließen. Die fehlenden Angaben im technischen Angebot zur genauen Wertung seien zulässig nachgefordert worden, gleiches gelte für die Eintragung in der aktuellen Version. Den Widerspruch zwischen den Ersatzteilpreisen und der Lebensdauer der Waffe habe die Beigeladene aufklären dürfen. Soweit die Beigeladene sich einer schweren beruflichen Verfehlung durch die Waffenlieferungen nach Mexiko schuldig gemacht habe, habe sie sich durch ihre umfassende Zusammenarbeit mit der Staatsanwaltschaft und die umfangreiche eigene Untersuchung selbst gereinigt.

- 29 Die Beigeladene hat vorgetragen, die Erklärung, die Gegenstände des Angebots berührten keine Schutzrechte Dritter, sei schon deswegen unrichtig gewesen, weil schon bei widersprüchlichen Beurteilungen der patentrechtlichen Lage das Patent jedenfalls berührt sei. Allerdings verletze die Waffe auch ihr Patent.
- 30 Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag als unbegründet zurückgewiesen. Die Antragsgegnerin beabsichtige zu Recht, der Beigeladenen den Zuschlag zu erteilen, weil ihr Angebot das wirtschaftlichste und auch nicht auszuschließen sei. Die Aufforderung zur Anpassung des Angebots der STANAG-Schienen sei unzulässig gewesen, die Änderung des Angebotspreises durch die Antragstellerin dürfe daher nicht berücksichtigt werden. Im Preisblatt seien konkrete Mengenangaben enthalten gewesen, für die eindeutig ein Stückpreis einzutragen gewesen sei. Die Antragsgegnerin hätte daher nur aufklären können, ob der angebotene Preis jeweils für eine Schiene oder für ein Set gelten solle. Der von der Antragstellerin auf Nachfrage mitgeteilte Preis sei aber weder der ursprüngliche noch ein Drittel des ursprünglichen Preises. Selbst wenn man zugunsten der Antragstellerin annehme, der Preis der einzelnen Schiene habe gefehlt und hätte daher nachgefordert werden können, seien nachgereichte Preisangaben, die die Wertungsreihenfolge änderten, nach § 31 Abs. 2 Nr. 8 VSVgV unzulässig. Die Aufklärung des Angebots der Beigeladenen sei hingegen zulässig gewesen. So hätten die fehlenden Angaben in Gestalt der genauen Werte im technischen Angebot nachgefordert werden können, denn die Antragsgegnerin habe sich die Nachforderung nach § 22 Abs. 6 VSVgV ausdrücklich vorbehalten. Aufgrund der Eintragungen in der Spalte "Wertung - Drop Down" sei hiermit keine Änderung der Wertungsreihenfolge verbunden gewesen. Es sei auch unschädlich gewesen, dass die Beigeladene zunächst die alte Version für ihr Angebot verwandt habe, da sie auf die beiden entfallenen Positionen nicht geboten habe. Die angebotenen Positionen seien auch im alten Preisblatt eindeutig erkennbar gewesen. Rein

formale Fehler könnten nicht zum Ausschluss führen. Auch die Aufklärung der vermeintlichen Unstimmigkeit zwischen der Zahl der benötigten Ersatzteile und der Lebensdauer der Waffe sei vergaberechtskonform. Die geänderten Wartungsbedingungen seien der Antragsgegnerin bereits bei Abgabe der Waffen zur Vergleichserprobung mitgeteilt worden. Die widersprüchlichen Preisangaben der Ersatzteilliste einerseits und der Lebensdauerkosten der Waffe andererseits sei durch die Erklärung, dass die in der Berechnung des Lebenszeitpreises angegebenen Ersatzteilkosten verbindlich seien aufgelöst worden. Zudem dürften Preisangaben zu unwesentlichen Einzelpositionen nachgefordert werden, da das Angebot der Beigeladenen unabhängig davon das wirtschaftlichste sei. Die Beigeladene sei auch nicht nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB auszuschließen. Die Antragsgegnerin habe eine Selbstreinigung der Beigeladenen zu Recht bejaht. So habe diese einen Chief Compliance Officer bestellt, die unternehmensinternen Verhaltensrichtlinien verschärft und Mitarbeiter geschult. Zudem habe sie ihre Vertriebsstrategie neu ausgerichtet. Auch habe sie mit den Ermittlungsbehörden zusammengearbeitet und ein von ihr erstelltes Gutachten der Staatsanwaltschaft übergeben. Ein auszugleichender Schaden sei nicht ersichtlich.

- 31 Gegen diese Entscheidung hat die Antragstellerin fristgerecht sofortige Beschwerde eingelegt. Ihr Angebot sei das wirtschaftlichste, weil die von ihr auf Anforderung mitgeteilten Preise für einzelne STANAG-Schienen zu berücksichtigen seien. Da teilweise mehrere STANAG-Schienen in verschiedenen Längen an einer Waffe angebracht würden, habe sie sowohl beim Erst- als auch beim finalen Angebot 3er-Sets angeboten. Erst mit Schreiben vom 29. Juli 2020 habe die Antragsgegnerin dann klargestellt, dass einzelne Schienen anzubieten seien und sie zur Anpassung aufgefordert. Sie habe bei der Anpassung ihres Angebots auch nicht ihre Preise reduziert. Eine einzelne STANAG-Schiene sei natürlich billiger als ein komplettes 3er-Set, das sie zuvor angeboten habe, aber teurer als ein Drittel des Setpreises. Ihr Ausschluss wegen Patentverletzung, mit dem sich die Vergabekammer nicht befasst habe, sei nicht gerechtfertigt. Dabei könne dahinstehen, ob die Durchtrittsöffnungen bei ihrem **X.5** als Fluid-Durchtrittsöffnungen im Sinne des Patents zu qualifizieren seien - gegen ihre diesbezügliche erstinstanzliche Verurteilung habe sie Berufung eingelegt -, da das vorliegend streitgegenständliche **X.1** über diese nicht verfüge; es weise nur eine zentrale Gasaustrittsöffnung auf, in der der Fachmann aufgrund des ihm bekannten Stands der Technik keine patentgemäße Fluid-Durchtrittsöffnung sehe. Wollte man in der zentralen Gasaustrittsöffnung eine Fluid-Durchtrittsöffnung sehen, wäre das Patent im Übrigen wegen fehlender Neuheit nichtig. Die Vorstellung, die Antragsgegnerin müsse wegen der Geltung des Europäischen Patents in anderen europäischen Staaten mit einer Beschlagnahme rechnen, sei vor dem Hintergrund der Staatenimmunität abwegig. Jedenfalls fehle es in Bezug auf eine Patentverletzung an dem für eine schwere Verfehlung erforderlichen Verschulden. Wegen ihres **X.1** sei sie bis heute von der Beigeladenen nicht wegen Patentverletzung in Anspruch genommen worden. Das Magazins beziehe sie von einem Zulieferer, der dieses seit Jahren mit Zustimmung der Patentinhaberin **P.** vertreibe.
- 32 Hingegen sei das Angebot der Beigeladenen wegen formaler Mängel auszuschließen. So habe es die Beigeladene versäumt, die exakten technischen Werte ihres **X.2** in ihrem finalen Angebot anzugeben. Eine Nachforderung fehlender Angaben sei von § 22 Abs. 6 Satz 1 VSVgV nicht gedeckt und folglich ausgeschlossen, das Angebot daher nach § 31 Abs. 2 Nr. 4 VSVgV auszuschließen. Ein weiterer Ausschlussgrund liege in der Verwendung eines veralteten Formblatts. Gemäß Punkt 1.2 der Aufforderung zur finalen Angebotsabgabe vom 14. Mai 2020 führe die Nichtverwendung der beigelegten Formulare

zum Angebotsausschluss. Die vom Auftraggeber festgelegten Kriterien müssten strikt eingehalten werden. Weitere Ausschlussgründe begründeten die Widersprüche in Bezug auf die Anzahl der Ersatzteile und die Ersatzteilpreisangaben; gerade letztere seien wegen der damit einhergehenden Manipulationsgefahr nicht aufklärungsfähig gewesen. Auf § 22 Abs. 6 VSVgV könne nicht zurückgegriffen werden. Die Beigeladene sei überdies als Unternehmen nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB von der Teilnahme auszuschließen. Der illegale Export von Kriegswaffen nach Mexiko in den Jahren 2006 bis 2009 stelle eine schwere Verfehlung da, eine Selbstreinigung sei nicht dargetan. So sei die behauptete Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden und die organisatorischen sowie personellen Selbstreinigungsmaßnahmen ungeprüft geblieben. Auch fehle jede Auseinandersetzung mit dem Schaden; mit den illegal exportierten Kriegswaffen seien den Opfern der Menschenrechtsverletzungen erhebliche Schäden an Leib und Leben zugefügt worden. Im Übrigen verletze das Magazin der Beigeladenen ein Patent der US-amerikanischen Firma **P.** Auch stelle sich die bewusst späte, den Schaden maximierende Geltendmachung ihres Patents als schwere berufliche Verfehlung dar.

33 Die Antragstellerin beantragt,

34 1. den Beschluss der 1. Vergabekammer des Bundes vom 10. Juni 2021, Aktenzeichen VK 1 - 34/21, aufzuheben;

35 2. die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Beigeladene vom Vergabeverfahren auszuschließen und bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Angebot der Antragstellerin unter Beachtung der Rechtsauffassung des OLG Düsseldorf zu werten;

36 3. die Heranziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin für notwendig zu erklären.

37 4. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen;

38 Die Antragsgegnerin und die Beigeladene beantragen,

39 die sofortige Beschwerde zurückzuweisen;

40 Die Antragsgegnerin beantragt zudem,

41 der Antragstellerin die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich derjenigen über die Anordnung der Fortdauer der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde sowie die außergerichtlichen Kosten der Antragsgegnerin aufzuerlegen.

42 Die Antragsgegnerin und die Beigeladene verteidigen die Entscheidung der Vergabekammer. Die Antragsgegnerin trägt vor, die Antragstellerin sei wegen Patentverletzung nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB auszuschließen. Patentverletzungen seien nicht nur eine vergaberechtlich nicht zu berücksichtigende Frage der rechtlichen Leistungsfähigkeit der Bieter, sondern stellten eine berücksichtigungsfähige schwere berufliche Verfehlung dar. Das **X.1** weise eine Fluid-Durchtrittsöffnung im Sinne des Streitpatents auf. Es genüge, dass die Öffnung an der Stirnseite hinreichend groß dimensioniert sei, um Flüssigkeit aus dem Hohlraum der Waffe abzuführen. Die vom Privatgutachter der Antragstellerin zur Auslegung der Patentschrift herangezogenen Zeichnungen zum Colt Karabiner M 4 und die US-Patentschrift 6,848,351 B 1 zum **X.4** könnten nicht herangezogen werden, da sie nicht Gegenstand der Beschreibung des Streitpatents seien. Darüber hinaus berufe sie

sich zur Feststellung der Patentverletzung auf Erkenntnisse aus dem von der Beigeladenen gegenüber der Antragstellerin vor dem Landgericht Düsseldorf betriebenen Besichtigungsverfahren 4a O 85/20. In diesem habe das Landgericht zwei Gutachten betreffend das **X.1** eingeholt. Der Sachverständige **V.** aus dem Referat 65, Forschung und Erprobung, des Bundespolizeipräsidiums und der Sachverständige Patentanwalt **R7** hätten das **X.1** bei der Antragstellerin untersucht und im Rahmen ihrer gutachterlichen Feststellungen beide eine Verwirklichung der Mehrzahl der Patentansprüche bejaht, unter anderem der Ansprüche 1, 2, 21 und 23. Die Verletzung des Patents der Firma **P.** durch das angebotene Magazin sei sogar unstrittig. Eine Prüfung der Nichtigkeit der Patentschrift obliege ihr nicht. Dessen ungeachtet spreche für den Rechtsbestand des Patents das Urteil der 4a. Patentstreitkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 16. November 2021, das in dem das **X.5** betreffende Patentverletzungsverfahren 4a O 68/20 ergangen ist. In diesem Urteil habe das Landgericht im Rahmen der Prüfung einer Aussetzung des Verfahrens die hierfür erforderliche überwiegende Wahrscheinlichkeit einer Vernichtung des Patents verneint.

- 43 Im Übrigen habe die Vergabekammer die nachträgliche Abwertung des Angebots der Antragstellerin zu Recht für zulässig erachtet. Für eine Teilrückversetzung habe kein Anlass bestanden. Unabhängig davon, dass sich bei einem nach § 124 GWB ausgeschlossenen Unternehmen die Frage einer zweiten Chance gar nicht stelle, sei ein Ausschluss des Angebots der Beigeladenen aber auch nicht veranlasst gewesen. Leistungsbezogene Angaben könnten nachgefordert werden, § 31 Abs. 2 Nr. 1 VSVgV könne eine Einschränkung auf bloße Eignungsnachweise nicht entnommen werden. Die Verwendung des veralteten Formblatts sei ein bloßer formaler Fehler gewesen. Die Angaben zur Anzahl der Ersatzteile sei nicht widersprüchlich gewesen. Die Ersatzteilpreisangaben hätten im Grunde auch durch Auslegung des Angebots ermittelt werden können. Soweit die Antragstellerin einen Ausschluss der Beigeladenen nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB wegen der illegalen Waffentransporte nach Mexiko begehre, habe diese sich nach dem Ergebnis der aus ihrer Sicht gebotenen Aufklärungsmaßnahmen insoweit selbst gereinigt und dies durch Eigenklärungen nachgewiesen.
- 44 Die Beigeladene trägt ergänzend vor, die sofortige Beschwerde sei bereits unzulässig, die Antragstellerin begründe nicht, weshalb sie meine, ihren Angebotspreis für die STANAG-Schienen nachträglich auf weniger als ein Drittel habe reduzieren dürfen. Dies habe sie im Übrigen schon mangels Kenntnis des Aufklärungsschreibens nicht rügen können. Zumindest aber sei die Beschwerde unbegründet. Die Antragstellerin habe über das angebotene Magazin getäuscht. Auch habe sie ihr - der Beigeladenen - Schutzrecht vorsätzlich verschwiegen. Berührt sei ein Schutzrecht schon, wenn man über seine Verletzung diskutieren könne, was vor dem Hintergrund der vom Landgericht festgestellten Verletzung ihres Patents durch das **X.5** nicht fraglich sein könne, da es sich bei diesem um die zivile Variante des vorliegend angebotenen **X.1** handle. Ohne die patentgemäßen Fluid-Durchtrittsöffnungen hätte es gar nicht die geforderte "Over-the-beach-Fähigkeit" erfüllen können. Ihr eigenes Angebot sei hingegen zu Recht nicht ausgeschlossen worden. Die ursprünglich fehlende Angabe der exakten technischen Werte des **X.2** rechtfertige einen Ausschluss des Angebots nicht. § 31 Abs. 2 Nr. 4 VSVgV betreffe nur Änderungen an den Vergabeunterlagen und sei folglich nicht einschlägig; § 31 Abs. 2 Nr. 1 VSVgV rechtfertige einen Ausschluss nur, wenn die Angaben trotz Nachforderung fehlten. Vorliegend seien die exakten Werte neben den Spannen aus der Drop-down-Tabelle nicht einmal wertungsrelevant. Einen Ausschlussgrund "Nichtverwendung eines Formblatts" gebe es nicht. Der ihr zur Last gelegte Verstoß gegen das Außenwirtschafts-

gesetz in den Jahren 2006 bis 2009 sei auf widerrechtliche Eigenmächtigkeiten einzelner Mitarbeiter zurückzuführen gewesen. Diese habe sie zum Anlass umfangreicher Selbstreinigungsmassnahmen genommen. Ohnehin sei inzwischen aber auch der gemäß § 126 GWB zulässige Zeitraum für einen Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB abgelaufen, da das betreffende Ereignis 13 Jahre zurück liege. Selbst wenn man in Anwendung der Entscheidung "Vossloh Laeis" des Europäischen Gerichtshofs als maßgeblichen Zeitpunkt auf die Anklageerhebung im Jahr 2015 abstelle, seien weit mehr als drei Jahre vergangen.

- 45 Nach Schluss der ersten mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 2. März 2022 ist bekannt geworden, dass die Beigeladene in dem anhängigen Nichtigkeitsverfahren mit dem Aktenzeichen 7 NI 29/20 (EP) vor dem Bundespatentgericht mit Schriftsatz ebenfalls vom 2. März 2022 ihre vollumfängliche Verteidigung des Patents aufgegeben hat. Sie hat ihre Rechtsverteidigung nunmehr auf einen unter Einbeziehung der Unteransprüche 2, 21 und 23 in den Hauptanspruch 1 gebildeten neuen Hauptanspruch 1, auf den weitere Unteransprüche rückbezogen sind, beschränkt, wobei sie hilfsweise eine Aufrechterhaltung mit eingeschobenen "ventilfrei" vor "Fluid-Durchtrittsöffnung" beantragt.
- 46 Der Senat hat daraufhin mit Beschluss vom 4. April 2022 die mündliche Verhandlung wiedereröffnet, da dieser Kombinationsanspruch nicht Gegenstand der Prüfung der Antragsgegnerin und Erörterung war und sich auch die Frage der Bestandsprognose neu stellte.
- 47 Die Antragsgegnerin hat die Wiedereröffnung zum Anlass genommen, ein weiteres Gutachten der Patentanwälte **RX2** zur Verletzung des neu formulierten Patentanspruchs einzuholen. Die Patentanwälte haben in ihrem Gutachten vom 11. April 2022, auf das im vollem Umfang Bezug genommen wird, eine Verletzung des nur noch eingeschränkt verteidigten Patents bejaht. Verschlussträger und Schließfederkolben wirkten beim **X.1** derart zusammen, dass in das Schließfedergehäuse eingedrungene Flüssigkeit durch die zentrale stirnseitige Öffnung nach außen gedrückt werde, die aufgrund ihres lichten Durchmessers auch zur (passiven) Ableitung von Flüssigkeit geeignet sei. Ob es noch andere Wege für eine Flüssigkeitsabfuhr gebe, sei unerheblich.
- 48 Dem ist die hierzu angehörte Antragstellerin unter Bezugnahme auf eine Begutachtung durch **R6** vom 25. April 2022 entgegengetreten. Das Patent sehe die zentrale, in der Seelenachse liegende Gasaustrittsöffnung in der hinteren Stirnseite des Schließfedergehäuses des **X.1** nicht als Fluid-Durchtrittsöffnung an. Die Auslegung der Patentanwälte **RX2** berücksichtige den Stand der Technik nicht. Eine derartige zentrale Bohrung sei bereits vor der Patentanmeldung Stand der Technik gewesen, etwa der 2005 veröffentlichten US-Patentschrift 6,848,351 B1. Sie taugte auch nicht zur einfachen und schnellen Ableitung der Flüssigkeit nach außen, was nunmehr auch Gegenstand des neu formulierten Hauptanspruchs sei. Bei horizontaler Haltung der Waffe, etwa beim Schulteranschlag, könne das Wasser nur bis zur Hälfte ablaufen. Zumindest aber sei das Patent nach Prüfung ihres Patentanwalts **R8** vom 25. April 2022 nicht rechtsbeständig. Das Patent sei durch die US-Patentschriften 6,848,351 B1, 6,779,289 B2 und 6,901,691 B1 neuheitsschädlich vorweggenommen. Ob es sich um einen Gasdrucklader oder um einen Rückstoßlader handele, spiele für die Frage der Verdrängung des Wassers aus dem Schließfedergehäuse keine Rolle, wie die Patentschrift selbst in Abschnitt 0017 ausführe. Von daher seien die auf einen Gasdrucklader bezogenen Merkmale für die technische Lehre irrelevant. Es müsse sich eine über die bloße Addition hinausgehende Wirkung einstellen. Im Übrigen liege in der Kombination der Ansprüche 1 und 2 auch eine unzulässi-

ge Erweiterung, da anstelle der in Unteranspruch 2 vorgesehenen weiteren Fluid-Durchtrittsöffnung nunmehr eine genüge.

- 49 Die Antragsgegnerin hat diese Stellungnahme den von ihr beauftragten Patentanwälten zugeleitet, die unter dem 2. Mai 2022 ihr Gutachten zur Rechtsverletzung ergänzt haben. Das Patentmerkmal der einfachen und schnellen Ableitung von Flüssigkeit sei erfüllt. Gemäß Abschnitt 0045 der Patentbeschreibung erlaubten auch die in Figur 5 gezeigten, oberhalb der Seelenachse liegenden Fluid-Durchtrittsöffnungen 56 und 60 ein passives Abfließen von Flüssigkeit, weshalb für die auf der Seelenachse angeordnete Bohrung des **X.1** nichts anderes gelte. Aus dem Vergleich der Abschnitte 0019 und 0045 ergebe sich zudem, dass es sich bei den in den ursprünglichen Ansprüchen 1 und 2 genannten Fluid-Durchtrittsöffnungen auch um dieselbe handeln könne, die sowohl zum Verdrängen als auch zum passiven Ableiten der Flüssigkeit diene. Mit weiterem Gutachten vom 2. Mai 2022 haben sie sich mit dem Rechtsbestand des Patents befasst, wobei sie zu dem Ergebnis gekommen sind, dass das Patent in seiner noch verteidigten Fassung sich voraussichtlich als rechtsbeständig erweisen werde. Eine zur Nichtigkeit führende unzulässige Erweiterung gegenüber der ursprünglich eingereichten WO 2007/131781A1 sei nicht gegeben, vor allem nicht, nachdem nunmehr die Fluid-Durchtrittsöffnung sowohl der Verdrängung als auch der (passiven) Ableitung von Flüssigkeit diene. Der neue Hauptanspruch, der - nach Einbeziehung des ursprünglichen Unteranspruchs 23 - einen Gasdruckklader im Short-Stroke-System beschreibe, sei schutzfähig, er stelle keine bloße Merkmalsaggregation ohne synergistischen Effekt dar. Die 2005 veröffentlichte US-Patentschrift 6,848,351 B1 beschreibe demgegenüber einen Gasdruckklader im Long-Stroke-System. Eine Veränderung der dort beschriebenen aufwendigen technischen Modifikation des **X.4** in Richtung auf einen Gasdruckklader im Short-Stroke-System habe für den Fachmann nicht nahegelegen.
- 50 Wie mit anwaltlichem Schriftsatz vom 4. Mai 2022 mitgeteilt, hat die Antragsgegnerin eine Verletzung des noch verteidigten Kombinationsanspruchs sowie dessen Rechtsbestand unter Verweis auf die Feststellungen ihrer Gutachter bejaht und ihre Ausschlussentscheidung nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB nach erneuter Ermessensausübung bestätigt.
- 51 Dem ist die Antragstellerin unter Verweis auf die Ausführungen ihrer Privatgutachter entgegengetreten. Auch aus Sicht der Gutachter der Antragsgegnerin sei der Anspruch 1 mangels Neuheit von Anfang an nichtig, eine Vermutung für den Bestand des Patents bestehe nicht mehr. Die Prüfung, ob der noch verteidigte Kombinationsanspruch neu und erfinderisch sei, obliege dem Bundespatentgericht. Es handle sich bei der nunmehr verteidigten Fassung faktisch um ein ungeprüftes Schutzrecht, bei dem Zweifel an der Schutzfähigkeit zu Lasten des Schutzrechtsinhabers gingen. Jedenfalls eine solche positive Bestandsprognose sei vorliegend nicht gegeben, Darlegungen zur Erfindungshöhe fehlten in Gutachten der Antragsgegnerin völlig. Auch müsse nachgewiesen werden, dass das noch verteidigte Patent so in der ursprünglichen Anmeldung offenbart worden sei.
- 52 Hierzu hat die Antragsgegnerin unter Bezugnahme auf ergänzende Ausführungen ihrer Patentanwälte **RX2** vom 19. Mai 2022 Stellung genommen. Es bleibe Sache der Antragstellerin zu begründen, dass ihre Nichtigkeitsklage Erfolg haben werden. Die beschränkte Verteidigung durch die Beigeladene ändere an der Beweislastverteilung nichts, nach der nicht die Schutzfähigkeit, sondern deren Fehlen dargetan werden müsse. Im Übrigen

hätten ihre Gutachter dargelegt, weshalb die noch verteidigte Kombination nicht nahelegen habe und dass die ursprüngliche Offenbarung diese decke.

- 53 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Akten des Vergabeverfahrens sowie des Verfahrens vor der Vergabekammer, wegen des Vorbringens der Beteiligten im Übrigen wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

- 54 Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig, in der Sache hat sie jedoch keinen Erfolg. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zu Recht zurückgewiesen.
- 55 1. Die Beschwerde ist zulässig. Sie ist form- und fristgerecht eingereicht. Die erforderliche Beschwer der Antragstellerin ist nach § 171 Abs. 1 Satz 2 GWB gegeben, weil sie am Verfahren vor der Vergabekammer beteiligt war und die Vergabekammer ihren Nachprüfungsantrag zurückgewiesen hat.
- 56 Auch dem Begründungserfordernis gemäß § 172 Abs. 2 GWB ist genügt, ohne dass es insoweit einer Auseinandersetzung mit dem Einwand der Beigeladenen, es fehle an einer hinreichenden Auseinandersetzung mit der Begründung der Vergabekammer zur Zulässigkeit der wirtschaftlichen Neubewertung des Angebots der Antragstellerin, bedarf. Die Antragstellerin wendet sich mit ihrer sofortigen Beschwerde auch gegen die Zurückweisung ihres Begehrens auf Ausschluss der Beigeladenen vom Vergabeverfahren und Ausschluss des nunmehr erstplatzierten Angebots der Beigeladenen betreffend das **X.2**. Würde die Antragstellerin damit durchdringen, stellte sich die Frage, ob ihr Angebot oder das vorgenannte der Beigeladenen das wirtschaftlichere ist, nicht.
- 57 2. In der Sache hat die sofortige Beschwerde der Antragstellerin keinen Erfolg, denn ihr Nachprüfungsantrag ist - soweit zulässig - unbegründet. Die Entscheidung der Antragsgegnerin, die Antragstellerin nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB von der Teilnahme an dem Vergabeverfahren auszuschließen, ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden (siehe unter a). Ein Ausschluss der Beigeladenen nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB war hingegen nicht veranlasst (siehe unter b). Soweit die Antragstellerin den unterbliebenen Ausschluss des Angebots der Beigeladenen betreffend das **X.2** als vergaberechtsfehlerhaft beanstandet, ist ihr Nachprüfungsantrag unzulässig, da die Antragsbefugnis entfallen ist (siehe unter c).
- 58 a) Die Entscheidung der Antragsgegnerin, die Antragstellerin wegen einer nachweislich begangenen schweren beruflichen Verfehlung von dem Vergabeverfahren auszuschließen, hält einer vergaberechtlichen Nachprüfung stand. Die tatbestandlichen Voraussetzungen des in § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB normierten Ausschlussgrundes lagen im Zeitpunkt der hier zur Überprüfung stehenden und nach Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung im Mai 2022 (erneut) getroffenen Entscheidung der Antragsgegnerin in Gestalt einer Verletzung des Europäischen Patents EP 2 018 508 B 1 der Beigeladenen vor. Auch die Ermessensausübung ist nicht zu beanstanden.
- 59 aa) Nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB können öffentliche Auftraggeber unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen, wenn

das Unternehmen im Rahmen der beruflichen Tätigkeit nachweislich eine schwere Verfehlung begangen hat, durch die die Integrität des Unternehmens infrage gestellt wird.

- 60 Der Begriff "Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit" umfasst jedes fehlerhafte Verhalten, das Einfluss auf die berufliche Glaubwürdigkeit des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers hat (EuGH, Urteil vom 13. Dezember 2012, C-465/11, NZBau 2013, 116 Rn. 27 - Forposta). Es handelt sich bei § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB um einen Auffangtatbestand, der etwa dann in Betracht kommt, wenn hinsichtlich einer nach § 123 GWB zu einem zwingenden Ausschluss führenden Straftat noch keine rechtskräftige Verurteilung vorliegt (BT-Drs. 18/6281 S. 105). Eine Form beruflichen Fehlverhaltens stellt dabei ausweislich Erwägungsgrund 101 zur Vergaberichtlinie 2014/24/EU die Verletzung von Wettbewerbsregeln oder Rechten des geistigen Eigentums dar, weshalb die Verletzung eines fremden gewerblichen Schutzrechts wie eines Patentrechts eine schwere berufliche Verfehlung darstellen kann. Der Umstand, dass vor dem Hintergrund der mit der Vergaberechtsreform erfolgten abschließenden Normierung der Ausschlussstatbestände der §§ 123, 124 GWB für einen Ausschluss aufgrund ungeschriebener Eignungskriterien wie einer "rechtlichen Leistungsfähigkeit" kein Raum mehr ist (Senatsbeschluss vom 14. Oktober 2020, VII-Verg 36/19 Rn. 45), schließt eine Qualifizierung als schwere berufliche Verfehlung i.S. des § 124 Nr. 3 GWB nicht aus.
- 61 Schwer ist die Verfehlung, wenn dem Wirtschaftsteilnehmers Vorsatz oder Fahrlässigkeit von gewisser Schwere anzulasten ist (EuGH, Urteil vom 13. Dezember 2012, C-465/11, NZBau 2013, 116 Rn. 30 - Forposta). Die Feststellung einer "schweren Verfehlung" erfordert darüber hinaus grundsätzlich eine konkrete und auf den Einzelfall bezogene Beurteilung der Verhaltensweise des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers (EuGH, a. a. O. Rn. 31). Die berufliche Verfehlung bedarf folglich eines nicht unerheblichen Gewichts. Nach der Gesetzesbegründung muss die Verletzung eine solche Intensität und Schwere aufweisen, dass der öffentliche Auftraggeber berechtigterweise an der Integrität des Unternehmens zweifeln darf (BT-Drs. 18/6281 S. 105).
- 62 Das Unternehmen muss die schwere berufliche Verfehlung nachweislich begangen haben. Dabei soll es dem öffentlichen Auftraggeber überlassen bleiben, festzustellen, dass ein schwerwiegendes berufliches Fehlverhalten vorliegt, wenn er vor einer endgültigen und verbindlichen Entscheidung über das Vorliegen zwingender Ausschlussgründe in geeigneter Form nachweisen kann, dass der Wirtschaftsteilnehmer gegen seine Verpflichtungen verstoßen hat (Erwägungsgrund 101 zur Vergaberichtlinie 2014/24/EU). Nicht zu fordern für den Nachweis ist danach eine rechtskräftige Feststellung der Pflichtverletzung oder Verurteilung. Der Nachweis kann auch durch schriftlich fixierte Zeugenaussagen, sonstige Aufzeichnungen, Belege, Schriftstücke oder andere objektivierte Anhaltspunkte für die in Rede stehenden Verfehlungen geführt werden (Senatsbeschluss vom 14. November 2018, VII-Verg 31/18, NZBau 2019, 393 Rn. 67). Erforderlich ist in jedem Fall aber ein Vollbeweis im Sinne von § 286 ZPO (Senatsbeschluss vom 17. Januar 2018, VII-Verg 39/17, BeckRS 2018, 680 Rn. 38), wonach im Grundsatz die volle Überzeugung im Sinne persönlicher Gewissheit von einem bestimmten Sachverhalt als wahr gilt, die an sich mögliche Zweifel überwindet.
- 63 Soweit vor der Normierung des Ausschlussstatbestands teilweise geringere Anforderungen verlangt worden sind, ist hierfür kein Raum mehr. Im Übrigen ist ohnehin nicht erkennbar, dass der Bundesgerichtshof mit seiner Entscheidung vom 26. Oktober 1999 die Anforderungen mit den dort geforderten gesicherten Erkenntnissen herabsetzen wollte (BGH, Urteil vom 26. Oktober 1999, X ZR 30/98, NJW 200, 661, 662). Erkenntnis-

se sind nur dann sicher, wenn sie zweifelsfrei feststehen. Entscheidend ist jedoch allein der Wortlaut der neugeschaffenen Norm. Das Wort nachweislich kommt von Nachweis, hat die Bedeutung von durch Nachweis bestätigt und ist synonym mit erwiesenermaßen (Duden online). Die vom Kammergericht für § 16 Abs. 1 Nr. 2 c VOB/A vertretene Differenzierung zwischen nachweislich und nachgewiesen (Urteil vom 17. Januar 2011, 2 U 4/06, NZBau 2012, 56, 62) ist sprachlich nicht zu begründen. Für ein vom natürlichen Wortsinn losgelöstes Verständnis des Gesetzgebers ist jedenfalls bei § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB nichts ersichtlich.

- 64 Ob im Zeitpunkt des Ausschlusses nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB nachweislich eine schwere berufliche Verfehlung vorlag, ist durch die Nachprüfungsinstanzen voll überprüfbar. Alle zu diesem Zeitpunkt vorliegenden objektiven Anhaltspunkte müssen zu der Überzeugung führen, dass eine schwere berufliche Verfehlung begangen worden ist. Anders als bei der auf der schweren beruflichen Verfehlung aufbauenden Ausschlussentscheidung, kommt dem öffentlichen Auftraggeber im Hinblick auf die Feststellung der schweren beruflichen Verfehlung weder ein Beurteilungsspielraum noch ein Entscheidungsermessen zu.
- 65 bb) Die Antragstellerin hat nachweislich eine berufliche Verfehlung begangen, denn das Waffenverschlussystem des von ihr angebotenen **X.1** verletzt das Europäische Patent EP 2 018 508 B 1 der Beigeladenen. Zwar verteidigt die Beigeladene in dem beim BPatG anhängigen Patentnichtigkeitsverfahren ihr Patent nur noch eingeschränkt in der Fassung eines durch Kombination der ursprünglichen Ansprüche 1, 2, 21 und 23 gebildeten neuen jetzt maßgeblichen Hauptanspruchs 1. Die Antragsgegnerin hat jedoch den Nachweis einer Verletzung dieses Kombinationsanspruchs durch das **X.1** erbracht.
- 66 Für den Nachweis standen ihr zwar keine gerichtlichen Entscheidungen zur Verfügung. Das Urteil der Patentstreitkammer 4a. beim Landgericht Düsseldorf (Az. 4a O 68/20) betrifft das Gewehr **X.5** und nicht das hier angebotene **X.1**. Allerdings hat sich die Antragsgegnerin des patentrechtlichen Sachverständigen Dritter bedient, indem sie eine Patentanwaltskanzlei mit der gutachterlichen Prüfung einer etwaigen Patentverletzung beauftragt hat.
- 67 Die schlüssigen und überzeugenden Ausführungen der von der Antragsgegnerin als Sachkundige hinzugezogenen Patentanwälte **R4** und **R5** von der Patentanwaltskanzlei **RX2** in ihrem Gutachten vom 11. April 2022 tragen die Feststellung einer Verletzung des neu formulierten Kombinationsanspruchs des Patents der Beigeladenen durch das **X.1** der Antragstellerin. Die hiergegen vorgebrachten Einwände der Antragstellerin greifen nicht durch.
- 68 Die Patentanwälte **R4** und **R5** führen zur Begründung ihrer Auffassung wie folgt aus: Das **X.1** verwirkliche alle Merkmale des Kombinationsanspruch wortsinngemäß. Dem Patent liege die technische Aufgabe zugrunde, ein Waffenverschlussystem beziehungsweise eine damit ausgestattete Waffe gegen Funktionsstörungen insbesondere aufgrund eines etwaigen Aufenthalts im Wasser robuster zu machen; der Lösung dieser Aufgabe diene der Patentanspruch. Das **X.1** sei eine Gasdrucklader in Short-Stroke-Bauweise wie sie in den, den ursprünglichen Unteransprüchen 21 und 23 entstammenden Merkmalen beschrieben werde. Es verfüge über ein Waffenverschlussystem mit einem Verschluss-träger und einem Schließfederkolben mit Schließfeder in einem Schließfedergehäuse. Dieses Schließfedergehäuse weise an seiner hinteren Stirnseite eine zentrale Durchgangsbohrung auf, die aufgrund ihres lichten Durchmessers zum Ableiten von Flüssig-

keit aus dem Schließfedergehäuse geeignet sei. Sie ermögliche daher einen Flüssigkeitsaustritt, wenn die Flüssigkeit vom zurücklaufenden Schließfederkolben beim Nachladen oder nach einer Schussabgabe verdrängt werde. Es handele sich folglich bei der zentralen Bohrung um eine Fluid-Durchtrittsöffnung im Sinne des Patents, von daher seien auch alle dem ursprünglichen Anspruch 1 entstammenden Merkmale verwirklicht. Ob es noch andere Strömungswege für die Flüssigkeit gebe, etwa am Schließfederkolben vorbei, sei unerheblich. Diese Fluid-Durchtrittsöffnung verbinde zugleich den Funktionshohlraum Schließfedergehäuse mit der Umgebung. Sie gestatte auch ein passives Abfließen von Flüssigkeit. Gemäß Abschnitt 0045 und der dort in Bezug genommenen Figur 5 des Patents gestatteten auch die oberhalb der Seelenachse angeordneten Fluid-Durchtrittsöffnungen 56 und 60 ein passives Abfließen von Flüssigkeit, für die in der Seelenachse angeordnete Bohrung beim **X.1** könne daher nichts anders gelten. Für die vom Patentanspruch geforderte einfache und schnelle Ableitung nach außen genüge es, wenn innerhalb weniger Sekunden eine nicht vernachlässigbare Menge der eingedrungenen Flüssigkeit durch die Fluid-Durchtrittsöffnung gelangen könne. Von daher seien auch ursprünglichen Anspruch 2 entstammenden Merkmale verwirklicht.

- 69 Diese Erkenntnisse decken sich mit denen des internen Gutachters der Antragsgegnerin sowie der im Besichtigungsverfahren 4a O 85/20 bestellten Sachverständigen **V.** und **R7**, die ebenfalls unter anderem eine wortsinngemäße Verwirklichung der ursprünglichen Ansprüche 1, 2, 21 und 23 bejaht haben. Auch weist das Gutachten vom 11. April 2022 keine Abweichungen gegenüber der vorangegangenen fachlichen Beurteilungen der Patentanwälte **R4** und **R5** vom 16. Dezember 2020 und vom 1. Februar 2021 auf.
- 70 Das von der Antragstellerin vorgelegte Privatgutachten von **R6** von der Rechtsanwaltskanzlei **RX1** vom 25. April 2022 ist nicht geeignet, diese Erkenntnisse in Zweifel zu ziehen. Dieser vertritt die Auffassung, die Auslegung beachte nicht, dass es ausweislich des Urteils des Landgerichts Düsseldorf in dem das **X.5** betreffenden Verfahren 4a O 68/20 von der aus der Entgegenhaltung US 6,848,351 bekannten Gasaustrittsöffnung in der Seelenachse gerade zweifelhaft sei, ob es sich um eine Fluid-Durchtrittsöffnung handle. Zumindest aber sei die Vorbekanntheit einer solchen Öffnung bei der Patentauslegung zu berücksichtigen. Desweiteren hätte berücksichtigt werden müssen, dass die Figur 5 der Patentschrift die zentrale Bohrung in der Seelenachse gerade nicht als Fluid-Durchtrittsöffnung bezeichne. Auch müsse es sich bei der Fluid-Durchtrittsöffnung, durch die der zurücklaufende Verschlusskörper Flüssigkeit verdränge, und der Fluid-Durchtrittsöffnung, durch die Flüssigkeit einfach und schnell nach außen ableitbar sei, um zwei verschiedene handeln. Zudem könne eine Öffnung in der Seelenachse eine einfache und schnelle Ableitung nach außen gar nicht gewährleisten. Bei horizontaler Haltung der Waffe, etwa beim Schulteranschlag, könne das Wasser schon aufgrund ihrer Lage kaum abfließen, zudem werde die Öffnung durch die Schulter des Schützen verdeckt.
- 71 Hierzu haben die Patentanwälte **R4** und **R5** unter dem 2. Mai 2022 nochmals ergänzend Stellung genommen. Bei der im Urteil des Landgerichts erörterten US-Patentschrift 6,848,351 B1 bleibe, wie das Landgericht feststelle, unklar, ob sich die besagte Öffnung zum Flüssigkeitsaustritt eigne, da weder ihre Größe noch ihre Gestaltung zum Innenraum beschrieben werde. Die Bohrung in der hinteren Stirnseite des Schließfedergehäuses des **X.1** sei hingegen aufgrund ihres lichten Durchmessers zur Ableitung von Flüssigkeit geeignet.
- 72 Diese Einschätzung deckt sich im Übrigen mit den Erkenntnissen des internen Gutachters der Antragsgegnerin. Dieser hat die Eignung der Bohrung in der hinteren Stirnseite

des Schließfedergehäuses des **X.1** experimentell überprüft, indem er das senkrecht stehende Schließfedergehäuse mit Wasser gefüllt hat. Ausweislich der Lichtbilddokumentation läuft das Wasser bereits allein aufgrund der Schwerkraft mit sauber abgegrenztem und ununterbrochenen Strahl flüssig ab. An der Eignung zur Verdrängung von Wasser durch den zurücklaufenden Schließfederkolben kann daher erst recht kein Zweifel bestehen.

- 73 Auch aus Figur 5 der Patentschrift, so die Patentanwälte **R4** und **R5** weiter, könne nicht abgeleitet werden, dass eine zentrale Bohrung in der Seelenachse des Schließfederkolbens keine Fluid-Durchtrittsöffnung im Sinne des Patents sei. Die dort erkennbare zentrale Bohrung werde nicht erläutert. Sie besitze auch einen kleineren Durchmesser als radial von der Seelenachse beanstandeten Fluid-Durchtrittsöffnungen. Das nur von der Seelenachse beanstandete Bohrungen als anspruchsgemäße Fluid-Durchtrittsöffnungen in Betracht kämen, sei aus technischer Sicht und vor dem Hintergrund des Abschnitts 0045 abwegig, zumal das Patent keinerlei Hinweis in diese Richtung gebe. Die in Figur 5 gezeigte zentrale Bohrung sei wohl schlicht zu klein für einen nennenswerten Flüssigkeitsaustritt. Bei den Fluid-Durchtrittsöffnungen gemäß den ursprünglichen Ansprüchen 1 und 2 könne es sich um dieselbe handeln, wie sich aus den Abschnitten 0019 und 0045 der Beschreibung ergebe.
- 74 Diese Schlussfolgerung trägt. Nach Abschnitt 0019 erlaubt die Verwendung von wenigstens einer Fluid-Durchtrittsöffnung eine gezielte Wasserführung dergestalt, dass in die Waffe eingedrungene Flüssigkeit rasch ablaufen und etwaige Flüssigkeitsreste bei einer Schussabgabe aus dem Inneren des Verschlusssystems verdrängt werden. Ein und dieselbe Fluid-Durchtrittsöffnung kann folglich sowohl der Ableitung der Flüssigkeit im Sinne des ursprünglichen Anspruchs 2 als auch ihrer Verdrängung im Sinne des ursprünglichen Anspruchs 1 dienen. Zudem haben die Patentanwälte **R4** und **R5** bereits in ihrer Stellungnahme vom 1. Februar 2021 zu Recht darauf hingewiesen, dass eine Auslegung nur vor dem Hintergrund der im Patent vorgenommenen Abgrenzung zum Stand der Technik zulässig sei. Zur Ermittlung der Bedeutung der im Patentanspruch gebrauchten Begriffe darf der Stand der Technik nur insoweit herangezogen werden, als er in der Patentschrift mitgeteilt ist (BGH, Urteil vom 29. Juli 2014, X ZR 5/13, BeckRS 2014, 17436 Rn. 21).
- 75 Zur Verwirklichung der Merkmalskomponente des schnellen und einfachen Ableitens aus dem ursprünglichen Unteranspruch 2 verweisen die Patentanwälte **R4** und **R5** auf ihre Ausführungen zu den oberhalb der Seelenachse angeordneten Fluid-Durchtrittsöffnungen gemäß Abschnitt 0045 der Beschreibung, die wiederum auf Figur 5 Bezug nimmt. Die Anforderung, dass das Abfließen der Flüssigkeit auch bei horizontal gehaltener Waffe oder gar bei Schulteranschlag möglich sein müsse, finde sich im Patent gerade nicht. Sie stehe auch im offenen Widerspruch zu der Bezeichnung der oberhalb der Seelenachse angeordneten Öffnungen als Fluid-Durchtrittsöffnungen.
- 76 Auch dies überzeugt, wobei ergänzend noch die Ausführungen des internen Gutachters zur Haltung der Waffe beim Over-the-Beach-Test herangezogen werden können, der den Einsatzbedingungen nachempfunden ist und die Vorstellungen des Fachmanns zur Situation der Ableitung von Flüssigkeit aus dem Inneren der Waffe nach außen prägen dürften. Nach diesem, auch im Gutachten **V.** im Verfahren 4a O 85/20 auf Seite 29 beschrieben Test, ist die Waffe bei dem Auftauchen aus dem Wasser in einem 45 Grad Winkel aufgerichtet, mit der Mündung nach oben und der hinteren Stirnwand des Schließfedergehäuses nach unten (Abbildung auf Seite 37 des Internen Gutachtens, Vergabeakte Bd. 27, Bl. 22). Bei einer solchen Neigung läuft das Wasser auch durch eine zentrale Boh-

rung in der hinteren Stirnwand des Schließfedergehäuses mit Ausnahme einer geringen Restmenge im unteren hinteren Bereich allein durch die Schwerkraft ab. Lediglich diese Restmenge muss dann der bei einer Betätigung der Waffe durch den zurücklaufendem Verschlussträger und dem von diesem zurückgeschobenen Schließfederkolben durch die Öffnung aus dem Hohlraum des Schließfedergehäuses verdrängt werden.

- 77 cc) Die Verletzung des Patents der Beigeladenen stellt auch eine schwere berufliche Verfehlung dar, weil der Antragstellerin Fahrlässigkeit von gewisser Schwere anzulasten ist. Die Antragstellerin hat ein **X.** angeboten, welches ohne weiteres erkennbar Patentrechte Dritter verletzt. Besonderer Darlegungen hierzu bedurfte es vor dem Hintergrund der klaren wortsinngemäßen Patentverletzung nicht.
- 78 Wer sich als Fachunternehmen mit der Herstellung eines Erzeugnisses befasst, das fremde Schutzrechte verletzen kann, ist verpflichtet, die Schutzrechtslage zu überprüfen und sich auf geeignete Weise zu vergewissern, dass das eigene Erzeugnis nicht mit Rechten Dritter kollidiert (BGH, Urteil vom 14. Januar 1958, I ZR 171/56, GRUR 1958, 288, 290 - Dia-Rähmchen I; BGH, Urteil vom 27. Februar 1963, Ib ZR 131/61, GRUR 1963, 640, 642 - Plastikkorb; BGH, Urteil vom 14. Februar 2006, X ZR 93/04, GRUR 2006, 575 Rn. 28 - Melanie).
- 79 Diesen Anforderungen ist die Antragstellerin in gesteigertem Maße nicht gerecht geworden. Der Markt für militärische **X.** wird von einem überschaubaren Herstellerkreis bedient, zudem war der Antragstellerin das Europäische Patent EP 2 018 508 B 1 der Beigeladenen aufgrund von deren Abmahnung ihres **X.5** jedenfalls bereits seit 2018 bekannt. Dass die Gestaltung ihres Waffenverschlussystems unter den weitgefassten Patentanspruch fällt, war ohne weiteres erkennbar. Nicht umsonst sind nicht nur die von der Antragsgegnerin beauftragten Gutachter, sondern auch die Sachverständigen im Besichtigungsverfahren 4a O 85/20 umstandslos zu einer wortsinngemäßen Verwirklichung der den Kombinationsanspruch bildenden ursprünglichen Ansprüche 1, 2, 21 und 23 gelangt.
- 80 Die demgegenüber von der Antragstellerin angeführte einschränkende Auslegung des Begriffs Fluid-Durchtrittsöffnung vor dem Hintergrund des Stands der Technik war schon deswegen verfehlt, weil zur Ermittlung der Bedeutung der im Patentanspruch gebrauchten Begriffe der Stand der Technik nur insoweit herangezogen werden darf, als er in der Patentschrift mitgeteilt ist (BGH, Urteil vom 29. Juli 2014, X ZR 5/13, BeckRS 2014, 17436 Rn. 21). Dies hat ein im sicherheitsrelevanten und dementsprechend besondere Sorgfalt erfordernden Bereich tätiges mittelständisches Unternehmen wie die Antragstellerin zu wissen. Gleiches gilt für die ein einfaches und schnelles Ableiten von Flüssigkeit auch durch eine zentraler Bohrung ermöglichende Haltung eines **X.** beim Auftauchen aus dem Wasser, wie sie im Rahmen des ihr als Fachunternehmen vertrauten Over-the-Beach-Tests simuliert wird.
- 81 Durch die folglich mit erheblicher Fahrlässigkeit in Kauf genommene Patentverletzung hat die Antragstellerin die Antragsgegnerin ihrerseits der Gefahr einer Inanspruchnahme auf Unterlassung oder Schadensersatz durch die Beigeladene ausgesetzt, was der berufliche Verfehlung zusätzliches Gewicht verleiht und die Antragsgegnerin berechtigterweise an ihrer Integrität zweifeln lässt.
- 82 dd) Der Annahme einer schweren beruflichen Verfehlung steht nicht entgegen, dass die Antragstellerin Nichtigkeitsklage beim Bundespatentgericht erhoben hat und die Beige-

ladene ihr Patent dort nur eingeschränkt verteidigt. Es kann nicht festgestellt werden, dass das Patent der Beigeladenen auf die Nichtigkeitsklage der Antragstellerin hin mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vernichtet werden wird. Dies geht zu Lasten der Antragstellerin, da sie nach allgemeinen Grundsätzen für die überwiegende Vernichtungswahrscheinlichkeit als einen für sie vorteilhaften Umstand die Feststellungslast trifft.

- 83 (1) Besteht die Verfehlung in der Verletzung eines fremden Patents, das bisher - so wie hier - nicht für nichtig erklärt worden ist, dann ist die Annahme einer schweren beruflichen Verfehlung gleichwohl dann nicht gerechtfertigt, wenn die Nichtigkeit des Patents geltend gemacht wird und mit der (rückwirkenden) Vernichtung des Schutzrechts zu rechnen ist.
- 84 Die Verletzung eines formal noch bestehenden Schutzrechts, mit dessen rückwirkender Vernichtung zu rechnen ist, ist eher formaler Natur. Eine Verpflichtung zur Unterlassung der Nutzung patentgemäßer Erzeugnisse ist nicht zu rechtfertigen, wenn mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten steht, dass dieser Verurteilung durch die Nichtigerklärung des Klagepatents die Grundlage entzogen werden wird (BGH, Beschluss vom 16. September 2014, X ZR 61/13, GRUR 2014, 1237 Rn. 4 - Kurznachrichten). In Patentverletzungsverfahren verurteilt das Verletzungsgericht daher, auch wenn es eine Verletzung des in Kraft stehenden Patents bejaht, grundsätzlich nur dann, wenn es eine Nichtigerklärung auf die anhängige Patentnichtigkeitsklage nicht für überwiegend wahrscheinlich hält; andernfalls hat es die Verhandlung des Rechtsstreits nach § 148 ZPO auszusetzen (OLG Düsseldorf, Urteil vom 30. September 2021, 2 U 15/20, GRUR-RS 2021, 30324 Rn. 90), weil es der aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) in Verbindung mit den Grundrechten folgende und damit verfassungsrechtlich verbürgte Justizgewährungsanspruch (BVerfG, Beschluss vom 2. März 1993, 1 BvR 249/92, NJW 1993, 1635) gebietet, dem Verletzungsbeklagten wirkungsvollen Rechtsschutz zur Verfügung zu stellen, wenn er sich gegen den Angriff aus dem Klagepatent mit einem Gegenangriff gegen den Rechtsbestand dieses Patents zur Wehr setzen will, wenn mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass es der erhobenen Nichtigkeitsklage nicht standhalten wird (BGH, Beschluss vom 16. September 2014, X ZR 61/13, GRUR 2014, 1237 Rn. 4 - Kurznachrichten).
- 85 Mit Rücksicht auf diese patentrechtlichen Grundsätze ist demzufolge eine Patentverletzung im Rahmen des § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB dann keine nachweislich begangene schwere berufliche Verfehlung, wenn für die Vernichtung des Patents eine überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht. Dabei ist es - anders als die Antragstellerin meint - nicht Sache des öffentlichen Auftraggebers den Rechtsbestand des Patents nachzuweisen. Solange das Patent durch das Bundespatentgericht nicht für nichtig erklärt worden ist, hat es Bestand und ist zu beachten. Jeder Verstoß gegen das Patent stellt eine Patentverletzung dar. Bei der anzustellenden Prognose, ob das Patent mit überwiegender Wahrscheinlichkeit für nichtig erklärt werden wird, handelt es sich daher um einen Umstand, der für den Patentverletzer vorteilhaft ist. Ihn trifft daher das Risiko, ob die Vernichtungswahrscheinlichkeit festgestellt werden kann. Auch im Rahmen der Nichtigkeitsklage obliegt es dem Nichtigkeitskläger, der sich ja gerade auf die Nichtigkeit des Patents beruft, das Fehlen von Neuheit oder Erfindungshöhe darzutun. Der öffentliche Auftraggeber, der selbst nicht am Nichtigkeitsverfahren beteiligt ist, hat bezüglich des Verfahrensstandes demgegenüber nur eingeschränkte Erkenntnismöglichkeiten, da der Akteninhalt des Patentnichtigkeitsverfahrens nicht öffentlich ist. Von daher reicht es auch nicht aus, dass

die mit der Patenterteilung einhergehende Bestandsvermutung erschüttert ist, vielmehr trifft den Patentverletzer vorliegend die volle Darlegungs- und Feststellungslast.

- 86 (2) Zu Lasten der Antragstellerin kann nicht festgestellt werden, dass das Patent der Beigeladenen in der Fassung des noch verteidigten Kombinationsanspruchs mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vernichtet werden wird.
- 87 Die zum Rechtsbestand des Patents vorliegenden Gutachten und Stellungnahmen der Antragsgegnerin und der Antragstellerin ergeben kein einheitliches Bild und können die Annahme einer überwiegenden Vernichtungswahrscheinlichkeit nicht begründen.
- 88 Die Antragstellerin hat sich insoweit im Rahmen ihrer Stellungnahme vom 26. April 2022 auf die Erwiderung ihres Patentanwalts **R8** vom 25. Juni 2022 gegenüber der auf den Kombinationsanspruch beschränkten Rechtsverteidigung der Beigeladenen im Nichtigkeitsverfahren gestützt. Danach soll das Patent durch die US-Patentschriften 6,848,351 B1, 6,779,289 B2 und 6,901,691 B1 neuheitsschädlich vorweggenommen sein. Ob es sich um einen Gasdrucklader oder um einen Rückstoßlader handele, spiele für die Frage der Verdrängung des Wassers aus dem Schließfedergehäuse keine Rolle, wie die Patentschrift selbst in Abschnitt 0017 ausführe. Von daher seien die auf einen Gasdrucklader bezogenen Merkmale für die technische Lehre irrelevant. Dies gelte insbesondere für die aus dem ursprünglichen Anspruch 23 entnommenen Merkmale. Die Frage, ob es sich um einen kurzen Gaskolben, einen kurzen Gaszylinder sowie um eine Gasabnahmestange handele, besitze keinen technischen Zusammenhang zu Aufgabe und Lösung der vermeintlichen Erfindung, bei der durch einen zurücklaufenden Schließfederkolben Wasser aus dem Funktionsholraum durch eine Fluid-Durchtrittsöffnung verdrängt werden solle. Es müsse sich eine über die bloße Addition hinausgehende Wirkung einstellen. Im Übrigen liege in der Kombination der Ansprüche 1 und 2 auch eine unzulässige Erweiterung, da anstelle der in Unteranspruch 2 vorgesehenen weiteren Fluid-Durchtrittsöffnung nunmehr eine genüge. Dass es sich um zwei verschiedene Fluid-Durchtrittsöffnungen handele, folge aus dem Formulierungsunterschieden in den ursprünglichen Ansprüchen sowie aus den Abschnitten 0024 und 0025 der Beschreibung, wonach es sich zum einem um eine vordere Fluid-Durchtrittsöffnung zum schnellen Abfließen der Flüssigkeit und zum anderen um eine hintere Fluid-Durchtrittsöffnung handele.
- 89 Hierzu haben sich die von der Antragsgegnerin beauftragten Patentanwälte **R4** und **R5** aus der Patentanwaltskanzlei **RX2** mit Gutachten vom 2. Mai 2022 geäußert. Eine unzulässige Erweiterung sei nicht gegeben. Dass die Fluid-Durchtrittsöffnungen alle sowohl der Verdrängung als auch dem passiven Abfließen von Flüssigkeit dienten, werde in der Offenlegungsschrift explizit zugelassen. So werde in den ursprünglich eingereichten Anmeldungsunterlagen WO 2007/131781A1 auf Seite 14 ab Zeile 16 der Offenlegungsschrift ausgeführt, im Schließfeder-Funktionsraum befindliche Flüssigkeit werde durch den nach hinten laufenden Schließfederkolben durch die drei axialen Fluid-Durchtrittsöffnungen nach außen verdrängt oder laufe dort passiv ab. In der Formulierung des Kombinationsanspruchs liege auch keine Schutzbereichserweiterung. Die ursprünglichen Ansprüchen 1 und 2 hätten gerade nicht ausgeschlossen, dass es sich um dieselbe Fluid-Durchtrittsöffnung handele, wie sich aus den Abschnitten 0019 und 0045 der Beschreibung ergebe.
- 90 Dass diese Schlussfolgerung trägt, wurde bereits im Rahmen der Verletzungsprüfung festgestellt, da nach Abschnitt 0019 die Verwendung von wenigstens einer Fluid-Durchtrittsöffnung eine gezielte Wasserführung dergestalt erlaubt, dass in die Waffe einge-

drungene Flüssigkeit rasch abläuft und etwaige Flüssigkeitsreste bei einer Schussabgabe aus dem Inneren des Verschlusssystems verdrängt werden. Ein und dieselbe Fluid-Durchtrittsöffnung kann folglich sowohl der Ableitung der Flüssigkeit im Sinne des ursprünglichen Anspruchs 2 als auch ihrer Verdrängung im Sinne des ursprünglichen Anspruchs 1 dienen. Soweit der für Antragstellerin tätige Patentanwalt **R8** demgegenüber auf die Abschnitte 0024 und 0025 der Patentbeschreibung verweist, verkennt er, dass es sich insoweit ausweislich Abschnitt 0023 lediglich um bevorzugte Ausführungsformen handelt, die Gegenstand der Ansprüche 10 und 11 beziehungsweise 5 und 15 bis 17 sind, die nicht Eingang in den neu formulierten Kombinationsanspruch gefunden haben.

- 91 Die Patentanwälte **R4** und **R5** sehen von daher auch keine Bedenken im Hinblick auf Ausführbarkeit, Klarheit und Inanspruchnahme der Priorität der Ursprungsanmeldung. Auch eine Schutzfähigkeit erachten sie für gegeben, der noch verteidigte Anspruch sei neu und erfinderisch. Die US-Patentschrift 6,848,351 B1 beschreibe einen Gasdruckklader im Long-Stroke-System und offenbare daher die Merkmale Gasdruckklader mit einem kurzen Gaskolben und einem kurzen Gaszylinder sowie einer bis zum Verschlusssträger reichenden Gasabnahmestange aus dem ursprünglichen Anspruch 23 nicht. Für den Fachmann habe auch kein Anlass bestanden, die in der Patentschrift beschriebene aufwendige technische Modifikation des **X.4** zu verändern, um einen Gasdruckklader im Short-Stroke-System zu erhalten; es sei auch nicht ersichtlich, wie eine solche durchgeführt werden könne. Von daher habe eine entsprechende Anpassung nicht nahegelegen. Auch die US 1,895,719 betreffe einen direkten Gasdruckklader, wobei hier der ursprüngliche Anspruch 23 insgesamt nicht verwirklicht sei. Gleiches gelte für die US 2,951,424. Die US Patentanmeldung 2006/0254414 A1 sei erst nach dem Prioritätstag veröffentlicht. Die nach Art. 54 Abs. 3 EPÜ lediglich im Rahmen der Neuheitsprüfung zu berücksichtigende Patentanmeldung WO 2007/114801 A2 nehme zwar die Merkmale der ursprünglichen Ansprüche 1, 2 und 21 neuheitsschädlich vorweg, auch könne der Fachmann aufgrund des Verweises auf den indirekten Gasantrieb einen Gaskolben, einen Gaszylinder und eine Gasabnahmestange als insoweit übliche Bauteile entnehmen. Eine unmittelbare und eindeutige Offenbarung eines kurzen Gaskolbens und eines kurzen Gaszylinders sowie einer bis zum Verschlusssträger reichenden Gasabnahmestange finde sich jedoch nicht. Die US 3,675,534 A schütze wiederum einen Gasdruckklader im Long-Stroke-System, zudem weise das **X.** keinen Schließfederkolben auf. Die US 6,779,289 schütze eine Schulterstütze für einen direkten Gasdruckklader und offenbare daher die Merkmale des ursprünglichen 23 nicht. Die US 6,901,691 B1 betreffe eine Ertüchtigung bekannter Waffen und kein Waffenverschlusssystem.
- 92 Die Antragstellerin ist dem mit Schriftsatz vom 16. Mai 2022 entgegengetreten. Vor dem Hintergrund der neuheitsschädlichen Vorwegnahme aller Merkmale aus den ursprünglichen Ansprüchen 1, 2 und 21 müsse das Gutachten, um die erforderliche Erfindungshöhe zu bejahen, darlegen, dass über eine bloße Merkmalsaggregation hinaus ein synergetischer Effekt erzielt werde. Auch müsse nachgewiesen werden, dass das noch verteidigte Patent in der ursprünglichen Anmeldung offenbart gewesen sei. Hierfür reiche der Verweis auf Seite 14, Zeile 16 ff der Offenlegungsschrift nicht, da das dort verwandte "oder" als Alternative interpretiert werden könne.
- 93 Im Rahmen ihrer ergänzenden Stellungnahme vom 19. Mai 2022 haben die Patentanwälte **R4** und **R5** nochmals klargestellt, dass sie die aus den ursprünglichen Ansprüchen 1, 2 und 21 stammenden Merkmale allesamt als durch die Patentanmeldung WO

2007/114801 A2 neuheitsschädlich vorweggenommen erachten. Die Patentanmeldung WO 2007/114801 A2 ist jedoch nach Art. 54 Abs. 3 EPÜ lediglich im Rahmen der Neuheitsprüfung zu berücksichtigen, so dass sich die Frage, ob die dort nicht offenbarten Merkmale aus dem ursprünglichen Anspruch 23 in Gestalt eines kurzen Gaskolbens und eines kurzen Gaszylinders sowie einer bis zum Verschlussträger reichenden Gasabnahmestange die notwendige Erfindungshöhe begründen, nicht stellt.

- 94 Allerdings haben die Patentanwälte **R4** und **R5** bereits in ihrem ersten Gutachten zur Rechtsbeständigkeit vom 16. Dezember 2020 eine neuheitsschädliche Vorwegnahme der Ansprüche 1, 2 und 21 auch aufgrund älterer Veröffentlichungen zum M 16 wie dem Department of Army Pamphlet (DA-PAM) 750-30 vom 1. Juli 1969, der Ausgabe 37/2005 der Fachzeitschrift Visier Spezial und der bereits 1933 erteilten US-Patentschrift 1,895,719 A angenommen. Eine Auffassung, die im Übrigen auch der interne Gutachter der Antragsgegnerin in seinem Gutachten vom 15. Oktober 2020 unter Berücksichtigung von ihm vorliegenden Lichtbildern eines am Prioritätstag bereits benutzten **X.4** vertreten hat.
- 95 Neu ist folglich auch nach Auffassung der Gutachter der Antragsgegnerin allein die Übertragung der in den ursprünglichen Ansprüchen 1 und 2 beschriebene Ableitung und Verdrängung von in den Schließfedergehäuse-Funktionsraum eingedrungener Flüssigkeit wie etwa Wasser durch eine Fluid-Durchtrittsöffnung auf den im ursprünglichen Anspruch 23 beschriebenen Gasdrucklader in Short-Stroke-Bauweise. Insoweit besteht im Übrigen auch kein Dissens zu dem für die Antragstellerin im Nichtigkeitsverfahren tätigen Patentanwalt **R8**; auch dieser behauptet eine neuheitsschädliche Vorwegnahme der Merkmale aus dem ursprünglichen Anspruch 23 nicht. Er vertritt lediglich - ebenso wie der interne Gutachter der Antragsgegnerin - die Auffassung, dies sei nicht erfinderisch. Ob es sich um einen Gasdrucklader oder um einen Rückstoßlader handle, spiele für die Frage der Verdrängung des Wassers aus dem Schließfedergehäuse keine Rolle.
- 96 Die Patentanwälte **R4** und **R5** sind hingegen seit ihrem Gutachten vom 16. Dezember 2020 durchgehend der Auffassung, die Übertragung der vom direkten Gasdrucklader **X.4** bekannten Technik auf einen mit Short-Stroke-System sei nicht naheliegend, da ein direkter Gasdrucklader in erheblichem Umfang umkonstruiert werden müsse, weshalb der Fachmann nicht von diesem, sondern von vorbekannten Gasdruckladern mit Short-Stroke-System ausgehen werde. Sie haben dies in ihrer Ergänzung vom 19. Mai 2022 in Entgegnung auf den Vorhalt der Antragstellerin, es handle sich um eine bloße nicht schutzfähige Merkmalsaggregation, dahingehend weiter erläutert, dass der Umstand, dass einzelne Merkmale für sich genommen bekannt seien, noch nicht die Schlussfolgerung rechtfertige, ihre Kombination habe für den Fachmann nahegelegen. Dies setze vielmehr nach höchstrichterlicher Rechtsprechung zwingend voraus, dass die verschiedenen Unterscheidungsmerkmale ausgehend vom nächstkommenden Stand der Technik je für sich nahegelegen hätten (BGH, Urteil vom 11. Oktober 2011, X ZR 107/07, BeckRS 2012, 2224 Rn. 60). Vorliegend wirkten die einzelnen Merkmale so zusammen, dass ein Gesamterfolg erzielt werde. Es werde nicht aufgezeigt, wie der Fachmann ausgehend vom bekannten Stand der Technik in naheliegender Weise zum Gegenstand der nunmehr beanspruchten Erfindung gelangen könne. Nachweisspflichtig sei die Antragstellerin. Das "oder" auf Seite 14, Zeile 16 ff, der Offenlegungsschrift könne technisch sinnvoll nur als einschließendes "oder" verstanden werden, offensichtlich ermöglichten die gezeigten Fluid-Durchtrittsöffnungen beide Varianten der Flüssigkeitsableitung.

- 97 Letzteres ist sofort einsichtig. Es ist auch richtig, dass es grundsätzlich Sache der Antragstellerin ist, aufzuzeigen, dass die Übertragung der vom **X.4** bekannten Ableitung und Verdrängung von Flüssigkeit durch eine Fluid-Durchtrittsöffnung auf einen Gasdrucklader in Short-Stroke-Bauweise für den Fachmann nahelag, da sie - wie Eingangs ausgeführt - nachzuweisen hat, dass das Patent vernichtet werden wird. Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, weshalb der Auffassung der Antragstellerin und ihrer Gutachter Vorrang vor der der Patentanwälte **R4** und **R5** gegeben werden sollte, die im Übrigen auch das Landgericht Düsseldorf in seinem Urteil vom 16. November 2021, 4a O 68/20, vertreten hat. Auch die Verneinung der erforderlichen Erfindungshöhe durch den internen Gutachter ist nicht geeignet, die schlüssige und nachvollziehbare Darlegung der Patentanwälte **R4** und **R5** zu widerlegen und eine zumindest überwiegende Wahrscheinlichkeit für eine Vernichtung des Patents zu begründen. Die insoweit verbleibenden Zweifel gehen zu Lasten der Antragstellerin.
- 98 ee) Durch die schwere berufliche Verfehlung wird die Integrität der Antragstellerin in Frage gestellt. Es müssen nachvollziehbare sachliche Gründe dafür vorliegen, dass aufgrund der nachweislichen Pflichtverletzung in der Vergangenheit auch für den zu vergebenden Auftrag schwere Zweifel an der Integrität des Bewerbers bestehen. Angesichts des Verhaltens des Unternehmens darf dem öffentlichen Auftraggeber nicht zugemutet werden können, mit diesem in vertragliche Beziehungen zu treten (OLG München, Beschluss vom 21. April 2017, Verg 2/17, BeckRS 2017, 107792 Rn. 128).
- 99 Diese Voraussetzung ist erfüllt. Wer in gesteigertem Maße fahrlässig mit Schutzrechten Dritter umgeht, lässt an seiner Rechts- und Vertragstreue zweifeln. Dies zumal die Verletzung fremder Schutzrechte auch Risiken für Vertragspartner als Empfänger der Leistung begründet. Vorliegend betrifft die die schwere berufliche Verfehlung begründende Patentverletzung sogar das angebotene Erzeugnis. Bei einem Vertragsschluss mit ihr droht der Antragsgegnerin ein rechtliches Vorgehen der Beigeladenen jedenfalls im Inland.
- 100 ff) Die zum Ausschluss der Antragstellerin führende Entscheidung der Antragsgegnerin leidet an keinem Ermessenfehler. Auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist gewahrt. Vor dem Hintergrund der Schwere der Verfehlung und dem hohen Risiko einer eigenen Inanspruchnahme der Antragsgegnerin bei einem Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin, erscheint ihr Ausschluss nachgerade geboten, diesbezügliche Abwägungs- und/oder Ermessensfehler sind nicht ersichtlich.
- 101 b) Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin war die Antragsgegnerin nicht verpflichtet, die Beigeladene ebenfalls wegen einer nachweislich begangenen schweren beruflichen Verfehlung nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB auszuschließen.
- 102 aa) Die Antragstellerin ist gemäß § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt, obwohl sie selbst - wie oben ausgeführt - zu Recht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden ist. Durch den ihrer Meinung nach vergaberechtsfehlerhaft unterbliebenen Ausschluss der Beigeladenen droht ihr ein Schaden durch Beeinträchtigung ihrer Zuschlagschancen, weil die Beigeladene die einzige noch verbliebene Bieterin ist.
- 103 Ein Schaden droht, wenn der Antragsteller im Fall eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens bessere Chancen auf den Zuschlag haben könnte (BGH, Beschluss vom 10. November 2009, X ZB 8/09, NZBau 2010, 124 Rn. 32), wenn also die Aussichten die-

ses Bieters auf die Erteilung des Auftrags zumindest verschlechtert worden sein können (BVerfG, Beschluss vom 29. Juli 2004, 2 BvR 2248/03, NZBau 2004, 564, 565; Senatsbeschluss vom 10. Februar 2021, Verg 23/20, BeckRS 2021, 21311 Rn. 26). Ist das Angebot des Antragstellers auszuschließen, so kann der Fortgang des Vergabeverfahrens grundsätzlich weder dessen Interessen berühren, noch kann der Antragsteller durch eine etwaige Nichtbeachtung vergaberechtlicher Bestimmungen in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt sein (Senatsbeschluss vom 27. April 2005, VII-Verg 23/05, BeckRS 2005, 5608). Da das Nachprüfungsverfahren kein abstraktes Instrument zur Fehlerkontrolle ist, sondern dem Individualrechtsschutz dient, kann ein Nachprüfungsantrag eines am Auftrag interessierten Marktteilnehmers nur dann erfolgreich sein, wenn Vergabefehler eine Beeinträchtigung seiner Bieterrechte nach sich ziehen (OLG Thüringen, Beschluss vom 12. April 2012, 2 Verg 2/12, Rn. 116; OLG München, Beschluss vom 11. April 2013, Verg 3/13, BeckRS 2013, 7174). Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist allerdings dann veranlasst, wenn der öffentliche Auftraggeber nicht nur das Angebot der Antragstellerin, sondern gleichermaßen auch das allein in der Wertung verbliebene Angebot der Beigeladenen oder sämtliche tatsächlich in die Wertung gelangten Angebote hätte ausschließen müssen (Senatsbeschluss vom 27. April 2005, VII-Verg 23/05, BeckRS 2005, 5608), weil das eingeleitete Vergabeverfahren in diesem Fall nicht ohne Weiteres durch Zuschlag beendet werden darf und zur Bedarfsdeckung eine Neuausschreibung in Betracht kommt (BGH, Beschluss vom 10. November 2009, X ZB 8/09, NZBau 2010, 124 Rn. 32). So fehlt einem Antragsteller bei Vorliegen eines zwingenden Ausschlussgrundes gleichwohl die Antragsbefugnis dann nicht, wenn zur Beseitigung der aus seiner Sicht vergaberechtswidrigen Vorgehensweise als Maßnahme die Aufhebung der Ausschreibung in Betracht kommt und er so die Chance hätte, sich an der erneuten Ausschreibung im Rahmen eines vergaberechtsgemäßen Verfahrens mit einem dieser Ausschreibung entsprechenden konkurrenzfähigen Angebot zu beteiligen (BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06, NZBau 2006, 800 Rn. 30; OLG Frankfurt, Beschluss vom 7. August 2007, 11 Verg 3/07, BeckRS 2008, 13765; Senatsbeschluss vom 27. April 2005, VII-Verg 23/05, BeckRS 2005, 5608).

- 104 Eine solche Konstellation ist auch vorliegend gegeben, soweit ein Ausschluss der Beigeladenen als der einzigen im Vergabeverfahren verbliebenen Mitbieterin in Rede steht. Zwar steht ein Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB - anders als der Ausschluss eines Angebots etwa wegen formaler Mängel - grundsätzlich auch einer erfolgreichen Beteiligung an einer erneuten Ausschreibung entgegen, weshalb selbst eine Neuausschreibung für den ausgeschlossenen Bieter keine zweite Chance eröffnet. Vorliegend besteht jedoch die Besonderheit, dass die schwere berufliche Verfehlung der Antragstellerin in der Gestalt der Verletzung des Patents der Beigeladenen unter der Bedingung von dessen Rechtsbestand steht. Der Ausgang der anhängigen Nichtigkeitsklage 7 NI 29/20 (EP) ist offen. Sollte im Zeitpunkt einer Neuausschreibung das Patent der Beigeladenen rückwirkend vernichtet sein oder sich zumindest die Zweifel an seinem Bestand soweit verdichtet haben, dass mit seiner Vernichtung zu rechnen ist, wäre für einen Ausschluss der Antragstellerin in diesem Vergabeverfahren kein Raum mehr. In einem solchen Fall könnte sich die Antragstellerin an der Neuausschreibung erneut und mit Aussicht auf Erfolg mit ihrem **X.1** beteiligen.
- 105 bb) Die Antragsgegnerin war nicht verpflichtet, die Beigeladenen nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB wegen Verstoßes gegen das Außenwirtschaftsgesetz in Gestalt von Waffenlieferun-

gen nach Mexiko in Jahren 2006 bis 2009 aufgrund einer erschlichenen Genehmigung auszuschließen. Dem steht jedenfalls § 126 Nr. 2 GWB entgegen.

- 106 (1) Nicht gefolgt werden kann der Antragsgegnerin darin, dass der Beigeladenen eine Selbstreinigung nach § 125 Abs. 1 GWB gelungen ist.
- 107 Nach § 125 Abs. 1 GWB schließen öffentliche Auftraggeber ein Unternehmen, bei dem ein Ausschlussgrund nach § 123 oder § 124 GWB vorliegt, nicht von der Teilnahme an dem Vergabeverfahren aus, wenn das Unternehmen dem öffentlichen Auftraggeber oder nach § 8 des Wettbewerbsregistergesetzes dem Bundeskartellamt nachgewiesen hat, dass es für jeden durch eine Straftat oder ein Fehlverhalten verursachten Schaden einen Ausgleich gezahlt oder sich zur Zahlung eines Ausgleichs verpflichtet hat, die Tatsachen und Umstände, die mit der Straftat oder dem Fehlverhalten und dem dadurch verursachten Schaden in Zusammenhang stehen, durch eine aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden und dem öffentlichen Auftraggeber umfassend geklärt hat und konkrete technische, organisatorische und personelle Maßnahmen ergriffen hat, die geeignet sind, weitere Straftaten oder weiteres Fehlverhalten zu vermeiden. Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt.
- 108 Eine Selbstreinigung der Beigeladenen nach § 125 GWB scheidet allerdings nicht bereits daran, dass sie keinen Ausgleich für entstandenen Schaden geleistet hat. Es bedurfte vorliegend keines Schadensausgleichs, da nach dem eindeutigen Wortlaut der Norm nur der durch die Straftat verursachte Schaden auszugleichen ist. Die Voraussetzung eines Schadensausgleichs greift folglich nur, wenn der betroffene Ausschlussgrund einen ausgleichsfähigen materiellen Schaden verursacht hat (Stolz in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 125 Rn. 5). Ist das nicht der Fall, fällt § 125 Abs. 1 Nr. 1 GWB als Maßnahme der Selbstreinigung aus (Opitz in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, § 125 Rn. 17). Die Frage, welcher Schaden durch die Straftat verursacht worden ist, ist vor dem Hintergrund der durch die Strafnorm geschützten Rechtsgüter zu beantworten. Nur soweit der Straftatbestand zumindest auch vor diesem Schaden schützen soll, ist der Schaden durch die Straftat verursacht. Der Straftatbestand des § 18 Abs. 2 Nr. 1 des Außenwirtschaftsgesetzes dient der Strafbewehrung vorsätzlicher Verstöße gegen nationale Genehmigungserfordernisse (BT-Drs. 17/11127 S. 27). Er verbietet die Ausfuhr bestimmter Güter, darunter die von der Beigeladenen gelieferten Sturmgewehre, ohne Genehmigung wegen der Eignung, die äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland, das friedliche Zusammenleben der Völker oder die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland erheblich zu gefährden, auch wenn es eines Nachweises einer konkreten Gefährdung nicht mehr bedarf (Wagner in MüKo zum StGB, 3. Aufl. 2019, AWG § 18 Rn. 50). Insoweit ist ein materieller Schaden aber nicht ersichtlich. Die von der Antragstellerin in den Raum gestellten Schäden, die Privatpersonen durch die von der Beigeladenen an die mexikanischen Sicherheitsbehörden veräußerten **X** erlitten haben sollen, werden demgegenüber von der Strafnorm nicht erfasst; dementsprechend ist ihr Ausgleich auch nicht Voraussetzung für eine Selbstreinigung.
- 109 Problematisch ist allerdings, dass die Antragsgegnerin allein die Eigenerklärung der Beigeladenen für den Nachweis der Voraussetzungen des § 125 GWB für ausreichend erachtet hat.
- 110 Den Nachweis einer erfolgreichen Selbstreinigung hat nach dem Wortlaut des § 125 Abs. 1 GWB das betroffene Unternehmen zu führen (BT-Drs. 18/6281 S. 108). Dabei hat

der öffentliche Auftraggeber die durchgeführten Maßnahmen der Selbstreinigung in gleicher Weise zu prüfen, wie den Ausschluss selbst (BT-Drs. 18/6281 S. 110). Bloße Erklärungen des betroffenen Unternehmens, die Voraussetzungen für eine Selbstreinigung erfüllt zu haben, dürften hierfür nicht ausreichend sein, weil ihre Richtigkeit ohne weitere Nachweise nicht überprüft werden kann.

- 111 (2) Ein Ausschluss der Beigeladenen scheitert allerdings am Fristenregime des § 126 GWB. Nach § 126 Nr. 2 GWB kann ein Unternehmen bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes nach § 124 GWB höchstens drei Jahre ab dem betreffenden Ereignis ausgeschlossen werden.
- 112 Mit dem Ereignis ist das in den jeweiligen Ausschlussgründen umschriebene "Fehlverhalten" gemeint (Stolz in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 126 Rn. 9). Es hängt vom jeweiligen Ausschlussgrund ab, auf welches "betreffende Ereignis" abzustellen ist (BT-Drs. 18/6281 S. 111). So ist beim Ausschlussgrund der Zahlungsunfähigkeit nach dem eindeutigen Wortlaut des § 124 Abs. 1 Nr. 2 GWB auf Beantragung oder Eröffnung des Insolvenzverfahrens abzustellen. Beim Ausschlussgrund des Verstoßes gegen Wettbewerbsrecht nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB kann das betreffende Ereignis die Entscheidung der zuständigen Kartellbehörde sein (BT-Drs. 18/6281 S. 111). Bei Vorliegen einer schweren Verfehlung nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB beginnt die Ausschlussfrist folglich mit Begehung der Tat, aber nicht vor ihrer Beendigung (Kling in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Auflage 2021, § 126 Rn. 19). Ausgehend vom Ende des Tatzeitraums im Jahr 2009 ist die Frist für einen Ausschluss nach § 124 Abs. 3 GWB demnach bereits 2012 abgelaufen.
- 113 Soweit der Europäische Gerichtshof für den in § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB geregelten Ausschlussgrund wettbewerbsbeschränkender Abreden aus Gründen der Kohärenz mit den Berechnungsmodalitäten für die Frist bei zwingenden Ausschlussgründen, aber auch aus Gründen der Vorhersehbarkeit und der Rechtssicherheit davon ausgeht, dass die in Art. 57 Abs. 7 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU vorgesehene Dauer von drei Jahren ab dem Datum der Entscheidung des Kartellamts berechnet wird (Urteil vom 24. Oktober 2018, C-124/17, NZBau 2018, 768 Rn. 38 - Vossloh Laeis), kann dahinstehen, ob dieser Ansatz, der im Wortlaut der Norm keine Grundlage findet, auf andere Ausschlussgründe übertragbar ist (Stolz in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 126 Rn. 9). Da es bei den fakultativen Ausschlussgründen vom jeweils vorliegenden Ausschlussgrund abhängt, auf welches "betreffende Ereignis" abzustellen ist, steht die die vorgenannte Entscheidung einem Abstellen auf die letzte Tathandlung in § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB jedenfalls nicht entgegen. Für eine Übertragung der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zum Beginn der Ausschlussfrist im Falle eines Kartellverstoßes auf den Beginn der Ausschlussfrist anderer fakultativer Ausschlussgründe lassen sich allenfalls Praktikabilitätsabwägungen anführen. So erscheint es Opitz aus Gründen der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit sachgerecht, für den Beginn der Frist des § 126 Nr. 2 GWB auf den Zeitpunkt abzustellen, ab dem der Nachweis des Ausschlussgrunds geführt werden kann (Opitz in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, § 126 Rn. 16).
- 114 Es kann vorliegend dahinstehen, ob diese Praktikabilitätsabwägungen es rechtfertigen, auch beim Ausschlussgrund der schweren beruflichen Verfehlung auf deren Nachweisbarkeit abzustellen, weil auch gerechnet vom Zeitpunkt der Anklageerhebung im Jahre

2015, mit der die Staatsanwaltschaft eine Nachweisbarkeit bejaht hat, die Frist bereits 2018 abgelaufen wäre.

- 115 Auf eine rechtskräftige Verurteilung kann jedenfalls es nicht ankommen, weil für einen Ausschluss aufgrund einer schweren Verfehlung in Gestalt einer Straftat anerkanntermaßen keine rechtskräftige Verurteilung nötig ist und eine Anknüpfung an diese zu einer erheblichen Verlängerung der Ausschlussfrist führen würde (Stein in Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, *GWB-Vergaberecht*, 5. Aufl., § 126 Rn. 18). Durch eine Anknüpfung an die rechtskräftige Verurteilung würde das Stufenverhältnis zwischen § 123 und § 124 *GWB* entgegen der Stafflung der Ausschlussfristen in § 126 Nr. 1 und Nr. 2 *GWB* in der Praxis in sein Gegenteil verkehrt. Während ein nach § 123 *GWB* zwingend auszuschließendes Unternehmen nur für einen Zeitraum von fünf Jahren ausgeschlossen werden dürfte, könnte ein nach § 124 *GWB* fakultativ auszuschließendes Unternehmen von dem Zeitpunkt der ersten Nachweisbarkeit bis drei Jahre nach Rechtskraft der Verurteilung ausgeschlossen werden, was in Anbetracht der üblichen Dauer von Strafverfahren in der Summe weit mehr als fünf Jahre wären. So sind etwa vorliegend allein zwischen Anklageerhebung und Rechtskraft sechs Jahre vergangen.
- 116 cc) Für eine Verpflichtung die Antragsgegnerin zum Ausschluss der Beigeladenen nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 *GWB* wegen einer nachweislich schweren beruflichen Verfehlung in Gestalt einer Verletzung eines ein Magazin betreffenden Patents der US-amerikanischen Firma **P.** ist nichts ersichtlich. Die Antragsgegnerin hat die Patentanwaltskanzlei **RX2** mit einer Prüfung einer möglichen Patentverletzung seitens der Beigeladenen beauftragt, die eine solche in ihrem Gutachten vom 12. April 2021 verneint haben. Zudem hat sie die Beigeladene zur Äußerung aufgefordert, die erklärt hat, nach Zurückweisung des Verletzungsvorwurfs habe sich die Patentinhaberin nicht mehr gemeldet. Dass gleichwohl eine nachweisliche Patentverletzung gegeben wäre, zeigt auch die Antragstellerin nicht auf.
- 117 dd) Auch für eine Verpflichtung die Antragsgegnerin zum Ausschluss der Beigeladenen nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 *GWB* wegen einer nachweislich schweren beruflichen Verfehlung, weil sie die Patentverletzungsvorwürfe gegenüber der Antragstellerin erst im Rahmen des ersten Nachprüfungsverfahrens erhoben hat, ist nichts ersichtlich. Es existiert schon keine dahingehende berufliche Verpflichtung, eigene Ansprüche möglichst umgehend geltend zu machen. Selbst die missbräuchlich späte Geltendmachung eigener Rechte ist nicht einmal geeignet, auch nur eine Verwirkung künftiger Unterlassungsansprüche zu begründen (BGH, Urteil vom 18. Januar 2012, I ZR 17/11, GRUR 2012, 928 Rn. 23 - Honda-Grauiimport).
- 118 c) Soweit die Antragstellerin einen Ausschluss des für den Zuschlag vorgesehenen Angebots der Beigeladenen bezüglich des **X.2** nach § 31 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 4 *VSVgV* begehrt, fehlt ihr, da sie zu Recht von dem Vergabeverfahren ausgeschlossen worden ist und das zweite Angebot der Beigeladenen in jedem Fall in der Wertung verbleibt, die nach § 160 Abs. 2 *GWB* erforderliche Antragsbefugnis.
- 119 Wie vorstehend unter b.aa. ausgeführt, ist das Nachprüfungsverfahren kein abstraktes Instrument zur Fehlerkontrolle, sondern dient dem Individualrechtsschutz, weshalb ein Nachprüfungsantrag eines am Auftrag interessierten Marktteilnehmers nur dann erfolgreich sein kann, wenn Vergabefehler eine Beeinträchtigung seiner Bieterrechte nach sich ziehen. Ist das Angebot des Antragstellers auszuschließen, so kann der Fortgang des Vergabeverfahrens grundsätzlich dessen Interessen nur dann berühren, wenn der öffentliche Auftraggeber nicht nur das Angebot des Antragstellers, sondern gleichermaßen

ßen sämtliche tatsächlich in die Wertung gelangten Angebote hätte ausschließen müssen, weil er dann die Chance hätte, sich an der erneuten Ausschreibung im Rahmen eines vergaberechtsgemäßen Verfahrens mit einem dieser Ausschreibung entsprechenden konkurrenzfähigen Angebot zu beteiligen.

- 120 Ein Ausschluss des nach der Wertung der Antragsgegnerin erstplatzierten Angebots der Beigeladenen über das **X.2** hätte keine erneute Ausschreibung zur Folge, an der sich die Antragstellerin beteiligen könnte. Die Beigeladene hat zwei Angebote abgegeben, das eine über das **X.2** und das andere über das auf dem dritten Rang liegende **X.3**. Die Ausführungen der Antragstellerin zu dem ihrer Meinung nach vergaberechtsfehlerhaft unterbliebenen Angebotsausschluss betreffen jedoch ausdrücklich nur das Angebot über das **X.2** (siehe nur Beschwerdeschrift vom 24. Juni 2021, dort Seite 21). Auch ist in den weiteren Schriftsätzen immer nur von einem Angebot der Beigeladenen die Rede und nicht von mehreren. Gründe, dass und weshalb auch das Angebot der Beigeladenen betreffend das **X.3** auszuschließen sei, hat sie nicht vorgetragen. Der Ausschluss des Angebots der Beigeladenen betreffend das **X.2** hätte demnach zur Folge, dass noch das zweite Angebot der Beigeladenen in der Wertung verbleibt und bezuschlagt werden kann.

III.

- 121 Die Kostenentscheidung beruht auf § 175 Abs. 2 i.V.m. § 71 GWB. Demnach trägt die Antragstellerin die Kosten ihres unbegründeten Rechtsmittels, wobei es der Billigkeit entspricht, ihr auch die zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen Auslagen der Beigeladenen aufzuerlegen. Eines gesonderten Ausspruchs über die Kosten des Verfahrens nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB bedarf es nicht, diese sind Teil der Kosten des Beschwerdeverfahrens; über sie muss nur dann gesondert entschieden werden, wenn der Antrag nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB trotz Obsiegens in der Hauptsache erfolglos bleibt (Senatsbeschluss vom 1. August 2012, VII-Verg 15/12, BeckRS 2012, 18543).
- 122 Die Entscheidung über die Festsetzung des Werts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Demnach beträgt der Gegenstandswert fünf Prozent des Bruttoauftragswerts, wobei vorliegend von der Schätzung der Antragsgegnerin auf ... Euro auszugehen ist. Ein Abstellen auf den Bruttoauftragswerts des Angebots der Antragstellerin wäre hier verfehlt, da sich dieses nur auf die erste Liefertranche bezieht.