



OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN

Verg 12/07

VK Nordbayern 21.VK-3194-42/07

Verkündet am 19.12.2007

Die Urkundsbeamtin:

Steinbichler

Justizangestellte

Beschluss

Der Vergabesenat des Oberlandesgerichts München hat unter Mitwirkung der Vorsitzenden Richterin am Oberlandesgericht Vavra, des Richters am Oberlandesgericht Ramm und der Richterin am Oberlandesgericht Willner

in dem Nachprüfungsverfahren
betreffend Beschaffung von lernmittelfreien Schulbüchern

Beteiligte:

1. XXX

- Antragsteller und Beschwerdeführer -,

2. XXX

- Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin -,

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 22.11.2007

beschlossen:

I. Auf die sofortige Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss der Vergabekammer Nordbayern vom 4. 10. 2007 aufgehoben.

II. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Vergabesenats die Leistungsbeschreibung sowie das Angebotsblatt zu ändern und das Ausschreibungsverfahren entsprechend fortzusetzen.

III. Die Kosten des Verfahrens werden gegeneinander aufgehoben.

IV. Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 59.150, 00 € festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin schrieb europaweit im Offenen Verfahren einen Rahmenvertrag für die Lieferung von preisgebundenen und preisungebundenen lernmittelfreien Schulbüchern für Schulen in ihrem Stadtgebiet für das Jahr 2008 aus. Der Gesamtauftragswert ist mit ca. 1.183.000 € angegeben; ein Anspruch auf Abnahme von Schulbüchern in vollem Umfang besteht nicht. Der Zuschlag soll auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt werden; als Kriterien sind Rabatte für preisungebundene Bücher mit einer Gewichtung von 66,66% sowie Serviceleistungen mit einer Gewichtung von 33,33% genannt. Wenn mehrere gleich wirtschaftliche Angebote vorliegen, wird die Vergabeentscheidung im Losverfahren getroffen.

In der Leistungsbeschreibung ist aufgeführt, dass nur Bücher bestellt und geliefert werden, die für die Verwendung im Rahmen der Lernmittelfreiheit zugelassen worden sind durch das zuständige Staatsministerium. Weiter heißt es in der Leistungsbeschreibung:

„Ziffer 1.3. Stimmen Ergänzungslieferungen mit den in der Schule verwendeten Auflagen nicht überein, müssen Bücher zurückgenommen oder kostenlos umgetauscht werden.

Ziffer 2.8: „Der Bieter ist verpflichtet, sich neben seinem vertraglichen Angebot an die Bestimmungen des jeweils gültigen Buchpreisbindungsgesetzes zu halten...“-

In dem von den Bietern auszufüllenden Angebotsblatt sind u.a. folgende Fragen zu beantworten:

„3. Um eine rasche, reibungslose und zuverlässige Belieferung der Schulen während des ganzen Jahres zu gewährleisten, verpflichtet sich der Bieter, die Bücher

a) bei Sammelbestellungen innerhalb von ... Tagen

b) bei Nachbestellungen innerhalb von ... Stunden oder .. Tagen auszuliefern.

5. Bestellformulare werden gratis an die Schulen versandt ja nein

6. Es steht eine kostenlose „Hotline“ für Beratungen, Bestellungen bzw. Nachbestellung oder Reklamationen zur Verfügung ja nein

7. Es ist ein fester Ansprechpartner vorhanden ja nein

8. Es wird fachliche Beratung mit entsprechendem Anschauungsmaterial vor Ort angeboten ja nein

9. Ansichtslieferungen und „bibliographische Nachweise“ werden kostenlos zur Verfügung gestellt ja nein

10a. Im Schadensfall bzw. auf Wunsch werden bei einzelnen Nachbestellungen auch preisreduzierte Mängelexemplare, die verschmutzt oder beschädigt sind oder einen sonstigen Fehler aufweisen, die zu Unterrichtszwecken aber noch verwendbar sind, geliefert ja nein

10b Dabei wird ein Nachlass auf den gebundenen Ladenpreis für Letztabnehmer für mangelfreie Exemplare eingeräumt in Höhe von ... %

11a Auf Wunsch werden bei einzelnen Nachbestellungen auch Exemplare, die länger als 18 Monate aufgelegt sind, deren Preisbindung vom Verlag aufgehoben wurde und die zu Unterrichtszwecken noch verwendbar sind, geliefert ja nein

11b Dabei wird ein Nachlass auf den ehemals gebundenen Ladenpreis für Letztabnehmer eingeräumt in Höhe von ... %

12a Lehrerprüfstücke werden abgegeben ja nein

12b Dabei wird ein Nachlass auf den gebundenen Ladenpreis für Letztabnehmer eingeräumt in Höhe von ... %“

Der Antragsteller hat ein Angebot abgegeben, die Fragen 10 – 12 aber jeweils mit „nein“ beantwortet und keinen Nachlass angeboten. Bei Frage 9 hat er nur die kostenlose Lieferung von Ansichtsexemplaren abgelehnt. Eine abschließende Wertung der Angebote ist bisher ebenso wenig erfolgt wie die Vorabinformation der Bieter über den beabsichtigten Zuschlag.

Mit Schreiben vom 13.8.2007 rügte der Antragsteller, dass die in den Ausschreibungsunterlagen unter Ziffer 9 – 12b aufgeführten Kriterien gegen das Vergaberecht sowie gegen das Buchpreisbindungsgesetz verstießen und auch inhaltlich nicht als Unterscheidungskriterien zwischen verschiedenen Bietern geeignet seien.

Mit Schreiben vom 17.8.2007 wies die Antragsgegnerin die Rügen unter Hinweis darauf zurück, dass der Antragsteller im Vorjahr ein Angebot bei gleichen Ausschreibungsbedingungen habe abgeben können.

Die Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin beharrten mit Schreiben vom 27.8.2007 auf den vorgetragenen Rügen und rügten zusätzlich, dass die Angebotsunterlagen nicht erkennen ließen, auf welche Rabatte bzw. Serviceleistungen sich die Zuschlagskriterien bezögen. Zudem sei die Gewichtung der Kriterien willkürlich, weil die Rabatte für preisgebundene Schulbücher praktisch keine Rolle spielen würden; auch sei keine Gewichtung der Unterkriterien angegeben. Weiter sei unklar, wie die unter Ziffer 3 benannten

Fristen für Sammelbestellungen und Nachbestellungen bewertet würden; dies sei ein Verstoß gegen den Grundsatz der erschöpfenden und eindeutigen Leistungsbeschreibung nach § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A. Die Rücknahme oder der kostenlose Umtausch von Büchern nach Ziffer 1. 3 der Leistungsbeschreibung sei eine unzulässige Ausnahme von § 7 Abs. 4 Nr. 4 BuchPrG.

Die Antragsgegnerin erwiderte hierauf, die Lieferzeitverpflichtung gehe vom Abruf aus. Die Zurückweisung nicht passender Ergänzungslieferungen sei vertraglich korrekt, da der Bieter nach den Lieferbedingungen verpflichtet sei, den Auftraggeber davon zu unterrichten, wenn ein bestelltes Buch oder eine bestimmte Auflage nicht mehr lieferbar sei.

Daraufhin stellte der Antragsteller mit Schriftsatz vom 3.9.2007 Nachprüfungsantrag mit den Anträgen, gegen die Antragsgegnerin ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten, das Vergabeverfahren auf den Beginn der Angebotsphase zurückzusetzen und die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzusetzen. Die weiteren Rügen im Schriftsatz vom 27.8.2007 habe er erst nach Einschaltung seines Verfahrensbevollmächtigten erheben können. Die Gewichtung der Unterkriterien hätte die Antragsgegnerin den Bietern bekannt geben müssen. Zudem fehle es an einem Vergabevermerk; dieser müsse zeitnah erstellt werden.

Die Antragsgegnerin beantragte die Zurückweisung des Antrags und erwiderte, der Antragsteller habe bis auf die Positionen 10 – 12 alle Leistungen angeboten. Die Herausnahme der kritisierten Punkte aus dem Angebot würde dazu führen, dass alle vorgelegten Angebote wirtschaftlich gleich zu werten seien, da keine Positionen enthalten wären, die vom Buchpreisbindungsgesetz nicht erfasst wären. Sie meine demgegenüber, dass ein Zuschlag auf Wettbewerbsbasis zu erteilen sei und damit auch kleinste wirtschaftliche Vorteile zuschlagsrelevant seien. Das Losverfahren könne nur ultima ratio sein.

Die Vergabekammer hat nach mündlicher Verhandlung den Nachprüfungsantrag mit Beschluss vom 4.10.2007 zurückgewiesen.

Hiergegen wendet sich der Antragsteller mit seiner sofortigen Beschwerde, mit welcher er Rügen aus dem Nachprüfungsantrag weiterverfolgt. Den von ihm gleichzeitig gestellten Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung hat der Senat mit Beschluss vom 5.11.2007 wegen fehlender Eilbedürftigkeit zurückgewiesen. Der Antragsteller beantragt, den Beschluss der Vergabekammer aufzuheben und das Vergabeverfahren auf den Beginn der Angebotsphase zurückzusetzen und die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Vergabesenats fortzuführen.

Die Antragsgegnerin beantragt Zurückweisung der sofortigen Beschwerde.
Der Senat hat am 22.11.2007 mündlich verhandelt.

II.

Die sofortige Beschwerde ist zulässig und teilweise begründet. Die Abfrage nach der kostenlosen Ergänzungslieferung wie die Abfrage nach der Gewährung von Nachlässen auch für solche mangelbehafteten Stücke, die sich der Bieter erst beschaffen muss, sowie nach der Gewährung von Nachlässen für Schulbücher, bei denen die Preisbindung aufgehoben ist, ist vergaberechtlich bzw. preisbindungsrechtlich unzulässig ist. Im übrigen entsprechen die Vergabeunterlagen den durch das Vergaberecht gestellten Anforderungen.

1. Die sofortige Beschwerde ist zulässig.

a) Der Antragsteller ist nach § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Zwar hat die Antragsgegnerin die Wertung der Angebote noch nicht abschließend durchgeführt, doch hat sie im letzten Schriftsatz unmissverständlich mitgeteilt, dass nach vorläufiger Wertung der Antragsteller auf keinen Fall den Zuschlag erhalten könne.

Damit ist der für die Antragsbefugnis notwendige drohende Schaden nach § 107 Abs. 2 Satz 2 GWB ausreichend vorgetragen, da der Antragsteller bei Wertung nach den vorliegenden Vergabeunterlagen keine Aussicht auf den Zuschlag hat.

b) Der Antragsteller hat die von ihm geltend gemachten Vergabeverstöße fristgerecht gerügt. Bezüglich der erst mit Schriftsatz vom 27.8.2007 erhobenen Rügen hat der Antragsteller glaubhaft vorgetragen, dass er diese behaupteten Mängel erst nach Rücksprache mit seinem Verfahrensbevollmächtigten erkannt habe. Der Obliegenheit zur unverzüglichen Rüge ist der Antragsteller damit nachgekommen, weil die Frist zur unverzüglichen Rüge erst ab positiver Kenntnis des behaupteten Vergabeverstößes beginnt. Soweit die Rüge des fehlenden Vergabevermerks erst im Laufe des Nachprüfungsverfahrens erhoben worden ist, ist die Pflicht zur unverzüglichen Rüge ebenfalls nicht verletzt, weil dieser Verstoß erst nach erfolgter Akteneinsicht erkennbar war.

2. Die sofortige Beschwerde ist jedoch nur zum Teil begründet. Die Rügen bezüglich der kostenlosen Rücknahme von Ergänzungslieferungen, der Lieferungen von nicht bei den Bietern vorhandenen Mängel exemplaren sowie von Schulbüchern, bei denen die Preisbindung aufgehoben ist, greifen durch; die anderen nicht.

Sinn der Buchpreisbindung ist es, durch die Festsetzung verbindlicher Preise beim Verkauf an Letztabnehmer den Erhalt eines breiten Buchangebotes zu sichern und damit das Kulturgut Buch zu schützen. Durch das Buchpreisbindungsgesetz soll gleichzeitig gewährleistet werden, dass dieses Angebot für eine breite Öffentlichkeit zugänglich ist, indem es die Existenz einer großen Zahl von Verkaufsstellen fördert, § 1 BuchPrG. Mit diesem Gesetz ist das vorher bestehende System einer Sicherung des Buchpreises durch Abschluss vertikaler Verträge abgelöst worden. Sinn des europäischen Vergaberechts ist es, durch öffentliche Ausschreibung den Wettbewerb mit dem Ziel einer wirtschaftlich günstigen Beschaffung der Leistungen zu sichern und jedem Bieter unter gleichen Bedingungen den Zugang zum Markt der öffentlichen Aufträge zu ermöglichen, §

97 GWB. Wenn sich auch die Zielsetzungen der beiden Gesetze grundlegend unterscheiden, indem auf der einen Seite für gleich hohe Preise, auf der anderen Seite für möglichst günstige Preise gesorgt werden soll, bedeutet dies nicht, dass eine dieser Zielsetzungen die andere gänzlich ausschließt. Vielmehr stehen sich beide Gesetze gleichrangig gegenüber. Dies bedeutet, dass auch Aufträge bezüglich preisgebundener Schulbücher öffentlich auszuschreiben und entsprechend den Vorgaben des GWB und der VOL/A zu bewerten sind, dass aber auf der anderen Seite durch die Ausschreibung die Vorschriften des BuchPrG nicht verletzt werden dürfen. Diese Grundsätze sind bei der Beurteilung der einzelnen Rügen zu beachten.

3. zu den einzelnen Rügen:

a) Die kostenlose Bereitstellung von Ansichtsexemplaren verstößt nicht gegen § 3 BuchPrG i.V.m. § 7 Abs. 4 Nr. 4 BuchPrG und darf deshalb als Serviceleistung abgefragt werden.

aa) Ein Verstoß gegen eine klare und eindeutige Leistungsbeschreibung liegt nicht vor. Eine Leistungsbeschreibung ist als empfangsbedürftige Willenserklärung so auszulegen, wie sie der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste, also nach dem objektiven Empfängerhorizont, § 133 BGB (BayObLG vom 17.2.2005 – Verg 27/04; Palandt/Heinrichs BGB 67. Aufl. § 133 Rn. 9). Jeder verständige Buchhändler weiß, was unter Ansichtsexemplar zu verstehen ist. Unter Ansichtsexemplaren wird im allgemeinen Sprachgebrauch verstanden, dass ein Buch nur „zur Ansicht“ ohne feste Kaufabsicht bestellt wird. Sagt das Buch zu, wird es gekauft, sagt es nicht zu, wird es beim Buchhändler belassen. Unter Ansichtsexemplar ist deshalb im Schulbereich ein Schulbuch zu verstehen, welches von der Schule nicht erworben, sondern lediglich zur Ansicht bestellt wird, um zu überlegen, ob dieses Buch für den Unterricht und eine Bestellung geeignet ist, und bei negativer Beurteilung wieder an den Buchhändler zurückgegeben wird. Einen anderen Sprachgebrauch für den Schulbuchbereich gibt es nicht. Es mag sein, dass Ansichtsexemplare im Schulbuchbereich selten sind, dies heißt aber nicht, dass

im Schulbuchbereich eine andere Sprache gesprochen wird als im übrigen Buchhandelsbereich. Das Beiwort „kostenlos“ macht auch durchaus Sinn, da für die Beschaffung der Ansichtsexemplare Lieferkosten oä. anfallen können, die der Auftraggeber nicht zahlen will. Die Lieferung von Ansichtsexemplaren ist nicht mit dem Ankauf von Lehrerprüfstücken zu verwechseln, welcher in § 7 Abs. 1 Nr. 3 BuchPrG ausdrücklich als Ausnahme geregelt ist. Im Gegensatz zu der Lieferung von Ansichtsexemplaren werden Lehrerprüfstücke angekauft. Solche Lehrerprüfstücke dürfen nicht kostenlos abgegeben werden.

bb) Ein Verstoß gegen § 3 BuchPrG i.V.m. § 7 Abs. 4 Nr. 4 BuchPrG kann sich nur dadurch ergeben, dass anlässlich des Verkaufs von preisgebundenen Büchern derartige Nebenleistungen erbracht werden, dass mittelbar ein Preisnachlass und damit ein Verstoß gegen das Preisbindungsgesetz vorliegt. § 7 Abs. 4 Nr. 4 BuchPrG erlaubt deshalb handelsübliche Nebenleistungen; nicht handelsübliche Nebenleistungen stellen demgegenüber einen Verstoß gegen die Preisbindung dar. Die Gesetzesbegründung zählt als Verstöße beispielhaft die Gewährung von Barzahlungsnachlässen oder die Gewährung von indirekten Nachlässen, wie Naturalrabatte, Freixemplare oder Boni auf. Der Börsenverein des Deutschen Buchhandels listet in seinen Merkblättern zur Beschaffung von Schulbüchern, die an die Buchhändler bzw. die kommunalen Beschaffungsstellen gerichtet sind, eine Übersicht über handelsübliche und nicht handelsübliche Serviceleistungen auf, um eine Orientierung zu ermöglichen. Der Börsenverein kann durch die Ausarbeitung der Merkblätter allerdings nicht selbst eine Handelsüblichkeit festlegen.

In den Merkblättern Stand 2004 ist die Lieferung kostenloser Ansichtsexemplare noch als handelsübliche Serviceleistung aufgeführt, während die Merkblätter Stand Mai 2007 eine derartige Lieferung als nicht mehr handelsüblich ansehen. In der mündlichen Verhandlung wurde vom Antragsteller ausgeführt, dass es üblich sei, dass die Verlage kostenlose Exemplare den Schulen zur Verfügung stellen. Damit ist aber nicht ausgeschlossen, dass die Buchhändler die kostenlosen Exemplare über den Verlag an die Schulen schicken. Dann aber ist die kostenlose

Bereitstellung von Ansichtsexemplaren keineswegs unüblich. Es ist auch kein Grund ersichtlich, warum die Schulen in diesem Punkt schlechter gestellt werden sollen als Privatkunden bei Buchhandlungen, bei denen die Handelsüblichkeit kostenloser Ansichtsexemplare auch durch den Antragsteller und das Merkblatt des Börsenvereins bejaht worden ist. Warum die Gefahr einer Gewinnminimierung bei Buchhändlern bei der kostenlosen Lieferung von Schulbuchansichtsexemplaren anders liegen sollte als bei anderen Büchern, ist nicht verständlich, umso weniger, als die Buchhändler ja die Schulbücher über den Verlag anfordern können. Zudem ist der Antragsteller auch eine Erklärung dafür schuldig geblieben, welche Feststellungen die im Merkblatt behauptete Änderung der Handelsüblichkeit in den letzten drei Jahren tragen sollen.

Die Lieferung kostenloser Ansichtsexemplare ist bei den Schulen auch nicht dadurch ersetzt worden, dass Lehrerprüfstücke an Lehrer ohne Preisbindung verkauft werden dürfen, § 7 Abs. 1 Nr. 3 BuchPrG. Wie bereits ausgeführt, handelt es sich um unterschiedliche Geschäfte. Insofern vermengt das Merkblatt des Börsenvereins diese beiden Begriffe unter der Rubrik „Ansichtsexemplare“, indem die Schulen auf die Beschaffung von Lehrerprüfstücken verwiesen werden, die aber keinesfalls kostenlos erfolgen dürfen. Letztlich aber heißt es auch in dem Merkblatt des Deutschen Börsenvereins, dass „grundsätzlich“ keine Anfrage nach Ansichtsexemplaren erfolgen sollte. Auch dies spricht dafür, dass eine Handelsüblichkeit nicht generell verneint werden kann, sondern es eben doch Ausnahmen davon geben kann. Soweit sich das OLG Düsseldorf in seinem Beschluss vom 26.7.2005 – Verg 71/04 – mit der Unzulässigkeit kostenloser Lieferungen auseinandersetzt, betrifft diese Argumentation lediglich die Lieferung von Lehrerprüfstücken.

b) Die Wertung eines Nachlasses für preisreduzierte Mängel Exemplare verstößt gegen § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A, soweit sie nicht nur Mängel Exemplare betrifft, deren Mangel der Bieter selbst zu vertreten hat.

aa) Die Auslegung der abgefragten Leistung „im Schadensfall bzw. auf Wunsch werden bei einzelnen Nachbestellungen auch preisreduzierte Mängel Exemplare,

die verschmutzt oder beschädigt sind oder einen sonstigen Fehler aufweisen, die zu Unterrichtszwecken aber noch verwendbar sind, geliefert“ ergibt zunächst, dass lediglich Mängel Exemplare abgefragt sind. Nach der Gesetzesbegründung sind Mängel Exemplare beschädigte Bücher, die äußerlich erkennbare Schäden oder Fehler aufweisen. Entgegen dem Vorbringen der Antragsgegnerin ist nach dieser Klausel die Lieferung von Mängel Exemplaren aber nicht auf den Fall beschränkt, dass der Buchhändler selber bei der Lieferung der Bücher an die Schulen eine Beschädigung oder Verschmutzung der Bücher verursacht. Dagegen spricht schon die ausdrücklich aufgenommene Alternative „auf Wunsch“, die einen anderen Fall betreffen soll als die Variante „im Schadensfall“. Dagegen spricht weiter die Überlegung, dass durch den Buchhändler beschädigte Bücher von diesem aufgrund allgemeinen Schuldrechts durch einwandfreie ersetzt werden müssen. Wenn die Antragsgegnerin mit ihrer Anfrage für diesen Fall sich von vornherein mit einer Minderung zufrieden gibt, ist gegen eine solche Vereinbarung unter preisbindungsrechtlichen Gesichtspunkten nichts einzuwenden, weil der Buchhändler dann auf jeden Fall besser dasteht als bei einer kompletten Ersatzlieferung.

bb) Aber auch in der globalen Klausel, also wenn der Bieter sich dazu verpflichtet, Mängel Exemplare zu beschaffen, liegt bei der Einräumung eines bestimmten Nachlasses kein unmittelbarer Verstoß gegen das BuchPrG vor, weil Mängel Exemplare gem. § 7 Abs. 1 Nr. 4 BuchPrG von der Preisbindung befreit sind. Nach der Gesetzesbegründung ist es Verlagen und Buchverkäufern damit grundsätzlich freigestellt, welchen Endpreis sie bei Mängel Exemplaren verlangen. Vielmehr sagt die Ausnahme von der Preisbindung gerade, dass in diesem Bereich der Buchhändler seine Preisspanne kalkulieren darf ohne Aufsicht durch das Gesetz.

Es könnte aber ein Verstoß gegen die Buchpreisbindung dadurch vorliegen, dass der Bieter durch das Angebot eines hohen Nachlasses ein unzulässiges Koppelungsgeschäft eingeht. Ein unzulässiges Koppelungsgeschäft könnte dann vorliegen, wenn für die preisungebundenen Schulbücher ein Preis verlangt wird,

der unter dem Einstandspreis liegt, weil dann nach allgemeiner wirtschaftlicher Erfahrung der Verlust beim Verkauf dieser Bücher nur dadurch ausgeglichen werden kann, dass teilweise auf Gewinne aus dem Verkauf preisgebundener Bücher zurückgegriffen wird. Das soll nach der Entscheidung des BGH vom 21.11.1989 (KZR 17/88) im wirtschaftlichen Ergebnis darauf hinauslaufen, dass die preisgebundenen Bücher zu einem geringeren als dem gebundenen Preis angeboten und verkauft werden. Die Gefahr, dass bei einem hohen Rabatt der Buchhändler die Mängel Exemplare, die er sich erst beschaffen muss, unter seinem Einstandspreis abgeben muss, besteht durchaus. Doch kann dies letztlich dahinstehen.

cc) Denn jedenfalls liegt für den Bieter ein ungewöhnliches Wagnis nach § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A vor. Nach dieser Norm soll dem Auftragnehmer kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen er nicht im voraus schätzen kann. Zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe kann der Bieter nicht abschätzen, zu welchen Konditionen er sich die gewünschten Mängel Exemplare beschaffen kann. Die Gewährung eines Nachlasses geschieht deshalb ins Blaue hinein. Es besteht die Gefahr, dass er die Mängel Exemplare weit unter seinem Einstandspreis an die Antragsgegnerin liefern muss. Außerdem kann er nicht abschätzen, ob die gewünschten Mängel Exemplare auf dem Markt überhaupt erhältlich sind, und ob er sich bei Nichtlieferung Ansprüchen der Antragsgegnerin ausgesetzt sieht. Insofern bestehen hier gravierende Unterschiede zwischen dem Schulbuchmarkt und dem sonstigen Buchmarkt sowie dem allgemeinen Gebrauchsgütermarkt.

c) Die Abfrage nach einem Rabatt für Exemplare mit aufgehobener Preisbindung verstößt gleichfalls gegen § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A.

Es liegt zwar kein Verstoß gegen die Preisbindung vor, weil diese aufgehoben worden ist. Nach § 8 Abs. 1 BuchPrG sind Verleger und Importeure berechtigt,

durch Veröffentlichung in geeigneter Weise die Preisbindung für Buchausgaben aufzuheben, deren erstes Erscheinen länger als 18 Monate zurückliegt. Es ist wiederum fraglich, ob aufgrund der Entscheidung des BGH vom 21.11.1989 ein mittelbarer Verstoß in Betracht kommt. Mit der Aufhebung der Preisbindung unterliegt das Buch einem Marktpreis, der frei kalkulierbar ist. Wenn der Preis so knapp kalkuliert wird, dass ein Gewinn nur mit den Gewinnen aus dem Verkauf preisgebundener Bücher erwirtschaftet werden kann, stellt sich die Frage nach dem unzulässigen Koppelungsgeschäft. Doch auch hier kann dies dahinstehen. Denn jedenfalls liegt wieder ein ungewöhnliches Wagnis vor, weil der Bieter bei der Abgabe des Angebotes kaufmännisch nicht vernünftig kalkulieren kann, ob und zu welchen Konditionen er sich diese Art von Schulbüchern beschaffen kann.

d) Die Abfrage nach Lieferung und Rabatten für Lehrerprüfstücke ist zulässig.

aa) Nach § 7 Abs. 1 Nr. 3 BuchPrG gilt die Preisbindung nicht beim Verkauf von Büchern, die an Lehrer zum Zwecke der Prüfung einer Verwendung im Unterricht geliefert werden. Da es sich hier um einen Verkauf handelt, sind die Lehrerprüfstücke nicht mit den kostenlosen Ansichtsexemplaren gleichzusetzen. Wegen der Ausnahme von der Preisbindung sind die Buchhändler nach der Gesetzesbegründung in der Kalkulation ihrer Preise grundsätzlich frei.

bb) Auch hier stellt sich wieder die Frage, ob ein mittelbarer Verstoß gegen die Preisbindung dann vorliegen kann, wenn Lehrerprüfstücke unter dem Einstandspreis abgegeben werden. Im Unterschied zu den Mängelexemplaren und den Büchern, bei denen die Preisbindung aufgehoben worden ist, ist hier für den Bieter der Einstandspreis genau bekannt. Er kann daher kalkulieren, welchen Nachlass er einräumen will. Da die Lehrerprüfstücke auch nur Einzelstücke im Gegensatz zu den Bestellungen von Büchern, bei denen der Preis aufgehoben worden ist, darstellen und sogar die kostenlose Lieferung von Ansichtsexemplaren möglich ist, ist die Gefahr, dass wegen eines zu hohen Rabattes auf Lehrerprüfstücke die Bieter auf Gewinne aus dem Verkauf preisgebundener

Bücher zurückgreifen müssen, als minimal einzuschätzen. Ein unzulässiges Koppelungsgeschäft liegt damit faktisch nicht vor.

cc) Soweit der Antragsteller geltend macht, dass es in der Praxis üblich sei, dass nicht die Buchhändler, sondern die Verlage kostenlose Lehrerprüfstücke an die Schulen lieferten, ändert dies an der rechtlichen Beurteilung nichts. Zunächst ist festzuhalten, dass das Gesetz selbst die Lieferung von Lehrerprüfstücken durch die Buchhändler vorsieht. Eine dem Gesetz entsprechende Abfrage kann nicht rechtswidrig sein. Dementsprechend enthält das Merkblatt des Börsenvereins des deutschen Buchhandels Stand Mai 2007 auch lediglich die Empfehlung, Lehrerprüfstücke nicht abzufragen, geht also grundsätzlich von einer rechtmäßigen Abfrage aus. Da die Buchhändler, wie sich in der mündlichen Verhandlung herausgestellt hat, die Lehrerprüfstücke auch über den Verlag beziehen und an die Schulen weiterleiten können, macht eine Abfrage durch die Schulen bei den Buchhändlern durchaus Sinn. Außerdem ist der Unterschied zu den kostenlosen Ansichtsexemplaren zu bedenken. Das Lehrerprüfstück wird erworben, das Ansichtsexemplar nicht. Da der Buchpreis bekannt ist, liegt für den Bieter auch kein ungewöhnliches Wagnis bei der Einräumung eines Nachlasses vor (auch das OLG Düsseldorf – Beschluss vom 26.7.2005 – Verg 71/04 – hat eine Lieferung eines Lehrerprüfstückes zu einem ermäßigten Preis nicht als Verstoß gegen die Buchpreisbindung angesehen).

e) Der verlangte Umtausch von Ergänzungslieferungen, die nicht zu den in der Schule verwendeten Auflagen passen, verstößt gegen § 3 BuchPrG i.V.m. § 7 Abs. 4 Nr. 4 BuchPrG.

aa) Die Auslegung der Klausel „Stimmen Ergänzungslieferungen mit den in der Schule verwendeten Auflagen nicht überein, müssen Bücher zurückgenommen oder kostenlos umgetauscht werden“ ergibt, dass der Bieter generell verpflichtet ist, nicht passende Ergänzungslieferungen zurückzunehmen. Die Klausel wälzt das Risiko einer für die Schule nicht brauchbaren Lieferung auf den Bieter ab, ohne nach der Verursachung zu differenzieren. Die von der Antragsgegnerin vertretene

einengende Auslegung, dass dem Bieter nur die Plausibilitätskontrolle auferlegt werde, er also zu Rückfragen an die Schule verpflichtet sei, wenn Neuauflagen erschienen seien, kann angesichts des klaren und eindeutigen Wortlauts nicht überzeugen. Von Bestellung und Lieferschein ist in der Klausel ebenso wenig die Rede wie davon, wer die Verantwortung für die verfehlte Lieferung trägt.

bb) Die generelle Rücknahmepflicht ist keine handelsübliche Nebenleistung nach § 7 Abs. 4 Nr. 4 BuchPrG. Der Buchhändler trägt das Risiko der Rückgabe alleine, er kann die Bücher nicht an den Verlag zurückgeben, der ja ordnungsgemäß entsprechend der Bestellung des Buchhändlers geliefert hat. Wie bereits oben ausgeführt, verstoßen nicht handelsübliche Nebenleistungen gegen die Preisbindung. Damit sind sie auch vergaberechtlich unzulässig, weil der öffentliche Auftraggeber keine Leistungen ausschreiben darf, die gegen geltendes Recht verstoßen.

f) Die Abfrage der Lieferfristen ist nicht zu beanstanden.

aa) Die Auslegung der Klausel „verpflichtet sich der Bieter, die Bücher bei Sammelbestellungen innerhalb von ... Tagen ..., bei Nachbestellungen innerhalb von ... Stunden oder .. Tagen auszuliefern“, ergibt, dass die Frist erst ab Eingang der Bestellung zu laufen beginnt, weil der Bieter vor diesem Zeitpunkt keine Kenntnis von der bei ihm bestellten Lieferung hat und es grundsätzlich bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen wie einer Bestellung auf den Zugang beim Empfänger ankommt, § 130 BGB.

bb) Hierin liegt für den Bieter auch kein ungewöhnliches Wagnis, weil er seine Lieferfrist kennt und kalkulieren kann. Eine fristlose Kündigung des gesamten Vertrages, wie sie der Antragsteller anführt, ist zudem ausgeschlossen, wenn die Verantwortung für eine Überschreitung der Lieferfrist auf Seiten des Auftraggebers liegt. Außerdem steht einem Vertragspartner das Recht zur fristlosen Kündigung nur unter der Voraussetzung zu, dass die weitere vertragliche Abwicklung für ihn

unzumutbar geworden ist. Dies ist bei einer einmaligen oder nur geringfügigen Lieferfristüberschreitung grundsätzlich nicht der Fall.

g) Die Gewichtung der Zuschlagskriterien ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

Die Antragsgegnerin hat die Punkte Preisrabatte mit 66% und Serviceleistung mit 33% gewichtet. Zwar ergeben diese Zahlen nicht 100%, doch sind sie dahingehend auszulegen, dass sie im Verhältnis 2/3 zu 1/3 gewichtet werden sollen. Nach § 25a Nr. 1 Abs.1 Satz 1 VOL/A berücksichtigt der Auftraggeber bei der Entscheidung über den Zuschlag verschiedene durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigte Kriterien, wobei er die Kriterien nach Satz 2 zu gewichten hat. Sowohl bei der Aufstellung der Zuschlagskriterien wie auch bei der Festlegung der Gewichtung ist der Auftraggeber in seiner Entscheidung frei. Nicht der Bieter, sondern der öffentliche Auftraggeber legt fest, worauf es ihm ankommt, denn er vergibt den Auftrag und bestimmt seinen Umfang und seine Ausführung. Auch wenn die Ausschreibung öffentlicher Aufträge an Regeln gebunden ist, ändert dies nichts daran, dass es um den Abschluss eines zivilrechtlichen Vertrages geht. Wie bei jedem anderen zivilrechtlichen Vertrag auch, obliegt es der Dispositionsfreiheit des Auftraggebers zu bestimmen, worauf es ihm beim Vertragsschluss vor allem ankommt. Grenze sind lediglich willkürliche und damit vergabefremde Zwecke.

Diese Grenze ist nicht überschritten. Sowohl die Preisnachlässe als auch die Serviceleistungen hängen mit dem Auftragsgegenstand der Lieferung von Schulbüchern eng zusammen. Auch wenn die Preise wegen der Preisgebundenheit eine nicht so wesentliche Rolle wie in anderen Gebieten spielen, ist es dem Auftraggeber unbenommen, diese zur Differenzierung heranzuziehen.

Auch die Gewichtung ist nicht zu beanstanden. Wenn es der Antragsgegnerin mehr auf geringe Preiseinsparungen ankommt als auf Hotlines oder sonstige

Serviceleistungen, ist dies ihr Recht. Die Grenze einer nicht auftragsbezogenen Gewichtung ist nicht überschritten. Der Aufwand für die Serviceleistungen Nr. 4 – 8 ist keineswegs, wie der Antragsteller meint, sehr hoch. Die Anlieferung zum Bestimmungsort ist in anderen Branchen ebenso üblich wie die kostenlose telefonische Beratung und die Zurverfügungstellung eines festen Ansprechpartners. Auch die fachliche Beratung vor Ort einschließlich Anschauungsmaterials ist gängiger Service. Der Aufwand hierfür ist keineswegs höher als der Preisnachlass für die nicht preisgebundenen Schulbücher. Aber selbst wenn dies der Fall sein sollte, würde dies wegen der Dispositionsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers nicht von Bedeutung sein. Dies gilt auch für eine Wertung, welche die beanstandeten Klauseln bezüglich Lieferung von Mängel-exemplaren und von Schulbüchern, bei denen die Preisbindung aufgehoben ist, nicht umfasst. Insoweit hat die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich erklärt, dass sie auch nach Wegfall dieser Punkte eine Wertung nach der von ihr festgesetzten Gewichtung (Preis: 66%, Service: 33%) wünscht.

h) Die Gewichtung der Unterkriterien ist ordnungsgemäß.

Es ist umstritten, inwieweit Unterkriterien bereits bei Bekanntmachung oder Übersendung der Vergabeunterlagen den Bietern mitzuteilen sind. Grundsätzlich aber muss gewährleistet sein, dass sich der Bieter bei der Erstellung seines Angebots darauf einstellen kann, worauf es dem Auftraggeber ankommt. Denn nur dann kann er sein Angebot nach dem Vorstellungen des Auftraggebers ausrichten und ist eine Gleichbehandlung aller Bieter sowie die notwendige Transparenz des Vergabeverfahrens gewährleistet. Hier hat die Antragsgegnerin die Unterkriterien zu den Punkten Service und Preis in den Vergabeunterlagen mitgeteilt. Für die Bieter erkennbar, betrafen die Ziffern 3 bis 9 die Serviceleistungen und die Punkte 10a bis 12b den Preis. Nachdem die Antragsgegnerin keine besonderen Gewichtungen hinsichtlich dieser Unterpunkte in den Vergabeunterlagen mitgeteilt hat, konnten die Bieter ohne weiteres davon ausgehen, dass alle Unterkriterien gleich zu bewerten waren, also die Beantwortung aller Fragen gleich viel zählte

und die eingeräumten Rabatte bei jedem Punkt gleich stark gewichtet werden. Bei dieser Sachlage ergeben sich auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Antragsgegnerin die Gewichtung der Unterkriterien nicht vor Abgabe der Angebote vorgenommen hat; vielmehr lag der Fragenkatalog bereits vor. Aus den Unterlagen ist weiter nicht ersichtlich, dass nach Angebotsabgabe irgendwelche Überlegungen erfolgt sind, bestimmte Unterkriterien höher zu gewichten als andere.

i) Der fehlende Vergabevermerk hat nicht zu einer Rechtsverletzung des Antragstellers geführt.

Nach § 30 Nr. 1 VOL/A ist über die Vergabe ein Vermerk zu fertigen, der die einzelnen Stufen des Verfahrens, die Maßnahmen, die Feststellung sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen enthält. Die Dokumentation muss zeitnah erfolgen und laufend fortgeschrieben werden (OLG München vom 28.4.2006 – Verg 6/06), damit die Transparenz des Verfahrens gewährleistet ist. Doch kann der Bieter Rechte aus der fehlenden Dokumentation nur herleiten, wenn er dadurch in seinen Rechten verletzt worden ist. Dies ist nicht der Fall, weil sich die fehlende Dokumentation hier nicht zu Lasten des Antragstellers ausgewirkt hat.

4. Da die Abfrage nach der kostenlosen Ergänzungslieferung wie die Abfrage nach der Gewährung von Nachlässen auch für solche mangelbehafteten Stücke, die sich der Bieter erst beschaffen muss, sowie nach der Gewährung von Nachlässen für Schulbücher, bei denen die Preisbindung aufgehoben ist, vergaberechtlich bzw. preisbindungsrechtlich unzulässig ist, hat die Antragsgegnerin unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Vergabesenats die Leistungsbeschreibung und das Angebotsblatt neu zu erstellen. Eine Wertung der vorliegenden Angebote unter Streichung der vom Senat beanstandeten Punkte kommt nicht in Betracht, weil sich die Bieter auf die geänderte Situation bei Abgabe ihres Angebotes einstellen können müssen. Das verlangt das Transparenzgebot. Um die Gleichbehandlung der Bieter zu gewährleisten, sind die geänderten Unterlagen allen Bietern unter Setzung einer

Abgabefrist zu übersenden. Die Wertung kann dann anhand der von der Antragsgegnerin festgelegten Kriterien und Unterkriterien durchgeführt werden.

5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs.1 Satz 1 ZPO analog. Zwar hat der Antragsteller mit seinen Rügen teilweise Erfolg, doch sind die Wertungskriterien der Antragsgegnerin nicht zu beanstanden. Beide Verfahrensbeteiligte obsiegen bzw. unterliegen daher in etwa dem gleichen Verhältnis.

Die Streitwertfestsetzung für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Der Senat hat die von der Antragsgegnerin geschätzte Auftragssumme der Berechnung zugrunde gelegt, weil der Umfang der Lieferung zum jetzigen Zeitpunkt noch unklar ist und der Antragsteller keine Nachlässe angeboten hat. Es ergibt sich damit ein Streitwert von 5% von 1.183.000 €, das sind 59.150 €.

Vavra
Vorsitzende Richterin

Ramm
Richter
am Oberlandesgericht

Willner
Richterin

Leitsatz

VOL/A § 8 Nr. 1 Abs. 3, § 25a Nr. 1 Abs. 1 Satz 1, § 30 Nr. 1

BuchPrG § 1, § 3, § 7 Abs. 1 Nr. 3 und Nr.4, § 7 Abs. 4 Nr. 4

Zur Ausschreibung von preisgebundenen und preisungebundenen Schulbüchern.

OLG München, Vergabesenat

Beschluss vom 19.12.2007

Verg 12/07