

Leitsätze: Bei einem Koppelungsgeschäft zur Lieferung preisgebundener und nicht preisgebundener Schulbücher liegt nicht automatisch ein Verstoß gegen die Preisbindungsvorschriften des Buchhandels vor. Es bedarf der Prüfung im Einzelfall.

Hat die Vergabestelle eine Preisprüfung bei dem preisgünstigsten Bieter vornehmen lassen und ist festgestellt worden, dass es sich um einen Marktpreis handelt, bestand für die Vergabestelle kein Anlass, das Angebot des preisgünstigsten Bieters wegen § 25 Abs. 2 Nr. 3 VOL/A auszuschließen.

§ 25 Abs. 2 Nr. 3 VOL/A ist Bieter schützend.

---

## **1. Vergabekammer des Freistaates Sachsen beim Regierungspräsidium Leipzig**

1/SVK/35-01

### **Beschluss**

In dem Nachprüfungsverfahren

betreffend die Ausschreibung Lieferung von lermittelfreien Schulbüchern für das Schuljahr 2001/2002 für Gymnasien, Berufliche Schulzentren und Förderschulen in Trägerschaft des Landkreises Kamenz

#### **Verfahrensbeteiligte:**

1. ...  
vertreten durch den Geschäftsführer  
-Antragstellerin-
2. Landkreis ...  
...  
vertreten durch den Landrat  
-Auftraggeber-
3. ..., vertreten durch die Geschäftsführer  
- Beigeladene -

hat die 1. Vergabekammer des Freistaates Sachsen nach mündlicher Verhandlung am 28.05.01 durch den Vorsitzenden Regierungsoberrat Fett, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsoberrätin Kriegesmann sowie den ehrenamtlichen Beisitzer Herrn Gremmel beschlossen:

1. Der Antrag ist unbegründet. Die Antragstellerin ist in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB nicht verletzt.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens. Die Kosten werden auf 5.000,-- DM festgesetzt. Auslagen sind nicht angefallen.

## Gründe

### I.

Der Auftraggeber schrieb am 23.02.01 die Lieferung von lernmittelfreien Schulbüchern für das Schuljahr 2001/2002 für Gymnasien, Berufliche Schulzentren und Förderschulen in seiner Trägerschaft im Offenen Verfahren im Europäischen Amtsblatt und im sächsischen Ausschreibungsblatt aus. Der Auftrag war in zwei Lose aufgeteilt, zum Einen die nicht preisgebundenen, zum Anderen die preisgebundenen Schulbücher. Bezüglich dieser Losaufteilung war vermerkt: „Die Bewerber können für ein Los oder für beide Lose Angebote einreichen. Der Auftraggeber behält sich vor, die beiden Lose als Gesamtauftrag zu vergeben“. Elf Bewerber forderten die Vergabeunterlagen ab; von diesen gaben zehn ein Angebot ab, darunter auch die Antragstellerin und die Beigeladene. Die für die nicht preisgebundenen Bücher angebotenen Rabatte lagen zwischen 15 % und 24,50 % (dabei handelt es sich um die Antragstellerin). Die Beigeladene bot einen Rabatt von 22 % an. Sie sowie zwei andere Bieter hatten zudem für den Fall der gemeinsamen Vergabe beider Lose einen erhöhten Rabatt für die nicht preisgebundenen Bücher angeboten; hier lag die Beigeladene mit 25 % an der Spitze.

Aus den Verdingungsunterlagen lässt sich entnehmen, dass die Schätzung des Auftraggebers zum Leistungsumfang bei ca. 4XX.XXX,-- DM für beide Lose lag. Darüber hinaus waren als Kriterien zur Bewertung der Angebote festgelegt: Höhe des Preisnachlasses für preisgebundene Schulbücher, Höhe des Preisnachlasses für nicht preisgebundene Schulbücher, Anlieferung und Vertrieb der lernmittelfreien Schulbücher vor Ort, Lieferzeiten, Reaktionszeit, Nachbestellungen, eventuelle Nebenkosten, Rücknahme der Verpackung, Rücknahme bei eventuellen Fehl-/Überbestellungen und unter welchen Bedingungen, weitere Serviceangebote, eingeräumte Konditionen für Rechnungslegung, Vertrieb *nicht lernmittelfreier Schulbücher vor Ort*.“

Der Vergabevermerk zu Bewertung der Angebote belegt, dass die Angebote von 6 Bietern bereits vor der Angebotswertung gem. § 25 Nr. 1 VOL/A ausgeschlossen wurden. Weitere 4 Angebote wurden gem. § 25 Nr. 2 VOL/A wegen mangelnder Fachkunde, Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit ausgeschlossen. Die Angebotsendsummen stehen laut Vermerk in einem offenbaren Missverhältnis zur Leistung (§ 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A) oder sind zumindest so unangemessen hoch, dass eine Einbeziehung dieser Angebote nicht in Betracht kommt (aufgeführt ist eine Liste mit 7 anonymisierten Angeboten). Weitere 2 Angebote wurden gem. § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A wegen ungewöhnlich niedriger Preise ausgeschlossen. Nach dieser Prüfung kamen lediglich die Angebote der Antragstellerin und der Beigeladenen in die engere Wahl. Der Vergabevorschlag lautete: „Nach § 25 Nr. 3 VOL/A ist der Zuschlag auf das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Das wirtschaftlichste Angebot ist das Angebot der Nr. 1 der - Beigeladenen - . Es wird vorgeschlagen, auf dieses Angebot den Zuschlag zu erteilen.“ Als Gründe für diese Entscheidung waren aufgeführt: „höchste Rabattgewährung für nicht preisgebundene Schulbücher, laut Börsenverein soll eine Rabattgewährung für nicht preisgebundene Schulbücher 20 % nicht übersteigen; bei Verdacht auf unlauteren Wettbewerb kann mit einem Lieferboykott der Verlage zu rechnen sein. Buchprüfung wurde daher beim RP ... beantragt“.

Mit Schreiben vom 27.04.01 informierte der Auftraggeber die nicht berücksichtigten Bieter über die vorgesehene Zuschlagserteilung gem. § 13 VgV. Als Grund für die Nichtberücksichtigung war genannt: „Ihr Angebot zu Los 2 liegt unter dem Angebot der zu 1 benannten Firma“. Unter Ziffer 1 war die Beigeladene aufgeführt. Mit Fax vom 02.05.01 beantragte die Antragstellerin die Überprüfung der Vergabe. Zur Begründung führte sie aus, dass es nach Auskunft des Börsenvereins des deutschen Buchhandels bei einer Ausschreibung, bei der es

möglich sei, sowohl auf ein preisgebundenes als auch auf ein nicht preisgebundenes Los Angebote abzugeben, keine Rabattierungsdifferenz bei Gesamtvergabe beider Lose auf dem nicht preisgebundenen Sektor geben dürfe. Mit Fax vom 03.05.01 präziserte sie ihren Antrag und trug vor, sie habe den Sachverhalt vor Anrufung der Kammer telefonisch gerügt; durch die beabsichtigte Vorgehensweise des Auftraggeber drohe ihr ein Schaden. Zum Sachverhalt selbst führte sie aus, dass durch ein ausschließliches Bieterangebot auf den Gesamtauftrag ein Koppelungsgeschäft entstehe, da dieser Bieter kein Interesse an der Vergabe des nicht preisgebundenen Loses als Einzellos zeige und somit die zwangsläufigen Verluste durch die nicht preisgebundenen Bücher über den Gewinn der preisgebundenen Bücher ausgleichen müsse. Des Weiteren sei der Nachweis zu erbringen, dass die nicht preisgebundenen Bücher nicht unter den Beschaffungskosten angeboten würden. Sie verwies ferner auf die im Vergleich zu ihrem Firmensitz größere Entfernung der Beigeladenen zum Lieferort; dieser müssten somit höhere Nebenkosten entstehen, die diese auch in die Angebotssumme einkalkulieren müsse.

Der Auftraggeber nahm mit Schreiben vom 03.05.01 zum Nachprüfungsantrag der Antragstellerin Stellung. Die örtliche Nähe eines Bieters könne auf keinen Fall als vergaberelevant betrachtet werden, da die Berücksichtigung der Ortsnähe eines Bieters in einem europaweiten Verfahren nicht zulässig sei. Bezüglich des von der Beigeladenen gewährten Rabatts führt er aus, dass die Preisprüfung erweisen werde, ob es sich bei dem Angebot der Beigeladenen um ein wettbewerbskonformes handele.

Das Ergebnis der Preisprüfung ging am 10.05.01 bei der Vergabekammer ein. Das zuständige Regierungspräsidium ... kam zu dem Schluss, dass der ermittelte Selbstkostenpreis nicht als überhöht anzusehen sei. Der Preis sei preisrechtlich ein Marktpreis und somit zulässig.

Die Antragstellerin stellte das Ergebnis dieser Prüfung insoweit infrage, als dass die Beigeladene vom Börsenverein des deutschen Buchhandels wegen wettbewerbswidriger Rabattangebote abgemahnt worden war. Entsprechenden Schriftverkehr legte sie vor. Ausgehend von dem Urteil des BGH KZR-17/88 v. 21.11.89 (EWiR 1990, S. 377; WM IV 1990, 778-781; GRUR 1990, 387-389; WuW/E BGH 2615-2619; NJW 1990, 1993-1995; MDR 1990, 699-700) trug sie vor, dass es einen indirekten Verstoß gegen die Preisbindungsvorschriften darstelle, wenn bei einem Koppelungsgeschäft über preisgebundene und nicht preisgebundene Bücher Preise angeboten würde, die unter den Beschaffungskosten lägen. Dies sei hier der Fall, denn der von der Beigeladenen kalkulierte Rabatt sei nur zu dem Zweck angeboten worden, das - wesentlich lukrativere - Los mit den preisgebundenen Büchern zu erhalten. Über die aus diesem Geschäft erzielten Gewinne finanziere sie die unwirtschaftlichen Rabatte für die nicht preisgebundenen Bücher. Eine Rabattgewährung von 25 % könne in keinem Fall wirtschaftlich sein.

In der mündlichen Verhandlung legte die Beigeladene dar, wie sie ihre Gewinnspanne kalkuliere. Zuvor hatte die Antragstellerin den Verhandlungsraum verlassen. Die Beigeladene trug u.a. vor, dass das zitierte Urteil des BGH mittlerweile mehr als zehn Jahre alt sei und der Markt sich inzwischen weiter entwickelt habe. Ein Rabatt von 25 % sei derzeit durch zähe Verhandlungen mit den Verlagen durchaus erreichbar und marktgängig. Zum Beweis legte sie ein Absageschreiben aus einer anderen Ausschreibung vor, bei der ihr bei einem Rabatt von 24 % aus wirtschaftlichen Gründen der Zuschlag nicht erteilt worden war. Dies lege nahe, dass es (mindestens) ein Angebot mit höherem Rabatt gegeben habe. Die Preisprüfung habe 5 bis 6 Stunden gedauert, während derer zwei Mitarbeiter der Preisprüfungsstelle die gesamten Geschäftsunterlagen geprüft hätten. Der Auftraggeber wies darauf hin, dass er anlässlich des Antrags auf Preisprüfung darauf hingewiesen habe, dass es sich um einen Rabatt handele, der bei Vergabe beider Lose an die Beigeladene zum Tragen kommen solle.

In der mündlichen Verhandlung hatten die Parteien Gelegenheit, ihren Vortrag in sachlicher und rechtlicher Sicht zu vertiefen und zu ergänzen. Die Antragstellerin erschien zur mündlichen Verhandlung unter sachkundigem Beistand (§ 14 Abs. 4 VwVfG) der Geschäftsführerin des Verbandes der Verlage und Buchhandlungen e.V. in Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen. Auf die Niederschrift der mündlichen Verhandlung sowie die eingereichten Schriftsätze und die Vergabeakten wird Bezug genommen.

Die Antragstellerin hat beantragt,  
festzustellen, dass sie in ihren Rechten verletzt ist und die Vergabekammer die geeigneten Maßnahmen trifft, um die Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der Interessen zu verhindern.

Die Auftraggeberin hat beantragt,  
den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Die Beigeladene hat keinen Antrag gestellt.

## II.

1. Der Antrag ist zulässig.

- a) Die 1. Vergabekammer des Freistaates Sachsen ist gemäß § 2 der Verordnung der Sächsischen Staatsregierung über Einrichtung, Organisation und Besetzung der Vergabekammern des Freistaates Sachsen (SächsVgKVO) vom 23.03.1999 (SächsGVBl S. 214) für die Entscheidung über den Antrag zuständig, da es sich um einen öffentlichen Lieferauftrag im Sinne von § 99 Abs. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbestimmungen (GWB) handelt.
- b) Die geplante Gesamtauftragssumme überschreitet die EU-Schwellenwerte. Nach § 100 Abs. 1 GWB unterliegen nur diejenigen Aufträge der Nachprüfung durch die Vergabekammer, welche die Auftragswerte erreichen oder überschreiten. Die Auftragswerte sind in der Vergabeverordnung (VgV) vom 09.01.01 festgelegt. Die VgV ist auf Verfahren anwendbar, die nach dem 01.02.01 begonnen wurden; dies ist hier der Fall. Nach § 2 Abs. 1 VgV beträgt der Schwellenwert 200.000 Euro, was einem Betrag von ca. 391.000 DM entspricht. Der Gesamtauftragswert von ca. 4XX.XXX DM liegt daher über dem Schwellenwert.
- c) Der Auftraggeber unterliegt gem. § 98 Nr. 1 GWB als Gebietskörperschaft dem Vergaberechtsregime.
- d) Die Antragstellerin hat in ihren Schreiben vom 02.05. und 03.05.01 dargelegt, dass vor Anrufung der Kammer der von ihr als vergaberechtswidrig eingeschätzte Zustand beim Auftraggeber telefonisch gerügt wurde und dass ihr durch dieses Verhalten ein Schaden zu entstehen drohe. Als Teilnehmerin an der streitgegenständlichen Ausschreibung hat sie ein Nachprüfungsinteresse.

2. Der Antrag ist jedoch nicht begründet.

- a) Das Problem der Preisbildung für nicht preisgebundene Schulbücher stellt sich in erster Linie - so auch hier - bei den sog. Koppelungsgeschäften. Ein Koppelungsgeschäft liegt vor, wenn ein Gesamtauftrag sowohl preisgebunden als auch nicht preisgebundene Schulbücher umfasst. Der BGH hat in seinem Urteil vom 21.11.89 zu dem Problem der Preisbildung nicht preisgebundener Verlagserzeugnisse im Rahmen eines Koppelungsgeschäftes Stellung genommen. Sofern der Buchhändler am Sammelrevers (neu geregelt ab dem 01.06.2000) teilnimmt, wovon in der weit überwiegenden Zahl der Fälle auszugehen ist (so auch hier), hat er die unter A 1 Abs. 2 enthaltene Verpflichtung zu beachten, die Preisbin-

derung nicht zu verletzen. Eine entsprechende Verpflichtung hat die Beigeladene ihren Angebotsunterlagen beigelegt. Eine Verletzung der Preisbindung liegt vor, wenn auf die nicht preisgebundenen Bücher ein so hoher Preisnachlass geboten wird, dass ein Gewinn aus dem Gesamtgeschäft nur über die Gewinnspanne bei den preisgebundenen Schulbüchern, die nach Abzug der zulässigen Rabatte verbleibt, zu erzielen ist. Der BGH hat weiter ausgeführt, dass eine solche Verletzung vorliege, wenn „für die preisgebundenen Bücher ein Preis berechnet wird, der unter den Kosten liegt, zu denen der Händler sich diese Bücher beschafft hat.“

Für Koppelungsgeschäfte bedeutet dies, dass der dem Abnehmer nicht preisgebundener Bücher zu berechnende Preis nicht den Preis unterschreiten darf, zu dem der Buchhändler sich diese Bücher beschafft hat. Welche Kosten im Einzelnen zu den Beschaffungskosten zählen, hat der BGH offen gelassen. Allerdings ergibt sich aus seinem Urteil, dass die Kosten des Betriebes bei der Kalkulation mit einzubeziehen sind. Eine Preisgrenze für nicht preisgebundene Bücher, die die Buchhändler im Rahmen von Koppelungsgeschäften unter preisbindungsrechtlichen Gesichtspunkten einhalten müssen, besteht nicht.

Ob generell eine Verletzung der Preisbindung angenommen werden kann, wenn im Rahmen von Koppelungsgeschäften für nicht preisgebundene Bücher ein Nachlass von über 20 % eingeräumt wird, weil dann stets ein Gewinn aus dem Gesamtgeschäft nur über die Gewinnspanne bei den preisgebundenen Büchern zu erzielen sein soll, ist eine Frage des Einzelfalls (VUA Sachsen, 1/SVÜA/8-97 v. 08.12.97).

- b) Aus vergaberechtlicher Sicht liegt ein rechtswidriges Handeln des Auftraggebers nur dann vor, wenn es sich bei dem Angebot der Beigeladenen um eines mit unangemessen niedrigen Preisen handelt, das aus diesem Grund gem. § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A zwingend vom Wettbewerb auszuschließen gewesen wäre. Bei § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A handelt es sich wie bei § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A um eine Bieter schützende Vorschrift; eine fehlende Prüfung der Auskömmlichkeit des Angebots der Beigeladenen sowie die beabsichtigte Zuschlagserteilung auf dieses Angebot verstößt gegen § 97 Abs. 5 GWB. Zwar vertritt Ingenstau/Korbion in Rn. 62 zu § 25 zur gleich lautenden Vorschrift in der VOB/A, dass die Vorschrift in erster Linie dazu diene, spätere Schäden beim Auftraggeber zu vermeiden und keinesfalls den unauskömmlich bietenden Bieter schützen soll (so auch BGH, Urt. v. 04.10.1979, NJW 1980, S. 180). Der BGH führte hierzu aus, dass sich der Auftraggeber für den Fall einer Fehlkalkulation nicht auf § 242 BGB berufen könne. Die Vorschrift des § 25 Nr. 2 Abs. 2 VOB/A sei zum Schutz des Auftraggebers vorgesehen, er schütze nicht den Bieter „vor sich selbst“, d.h. vor eigenen Fehlern. Über die anderen Teilnehmer am Wettbewerb ist damit jedoch noch keine Aussage getroffen. Es ist jedoch davon auszugehen, dass ein unangemessen niedrig kalkuliertes Angebot wettbewerbswidrig ist und ausgeschlossen werden muss. Der Zuschlag auf ein unwirtschaftliches Angebot verstieße auch gegen § 97 Abs. 5 GWB. Daher muss es auch für die weiteren Teilnehmer die Möglichkeit geben, dies im Nachprüfungsverfahren zu beanstanden, insbesondere, wenn es sich um denjenigen Bieter handelt, der an zweiter Stelle liegt (VK Sachsen, Beschl. 1/SVK/69-00 v. 10.08.2000).

Dem Auftraggeber ist es in der Regel verwehrt, die Wirtschaftlichkeit eines Angebots objektiv festzustellen; anders als im Bereich der VOB/A gibt es bei der VOL/A keine Urkalkulation, die man zu Rate ziehen könnte. Der Auftraggeber hat daher bei der für die Beigeladene zuständigen Preisprüfungsstelle beim Regierungspräsidium ... eine Preisprüfung beantragt. Die Preisprüfungsstelle nimmt diese Prüfungen als hoheitliche Aufgabe wahr. Vorliegend hat die Preisprüfung des RP ... ergeben, dass es sich bei dem angebotenen Preis um einen Marktpreis handelt. An dieser Feststellung haben sich für die Kammer insbesondere angesichts des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung keine Zweifel ergeben. Wenn das Angebot der Beigeladenen aber wettbewerbsfähig ist, bestand

für den Auftraggeber auch im Lichte der zitierten Spruchpraxis des BGH kein Anlass, das Angebot gem. § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A von der Wertung auszuschließen. Ein vergabe-rechtlicher Verstoß liegt daher nicht vor.

- c) Unabhängig davon ist zur Vergabepaxis des Auftraggebers anzumerken, dass die Möglichkeit, ein Koppelungsgeschäft zu tätigen, nicht grundsätzlich das wirtschaftlich günstigste Handeln darstellt. Abgesehen davon, dass derartige Ausschreibungen von den Treuhändern der Preisbindung beargwöhnt und ggf. auch von Konkurrenten einem Nachprüfungsverfahren unterzogen werden könnten, ist als ein Ergebnis der mündlichen Verhandlung fest zu halten, dass bei isolierter Ausschreibung der nicht preisgebundenen Bücher möglicherweise höhere Rabatte anzubieten wären.

### III.

Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) gem. § 128 Abs. 3 GWB zu tragen, da sie mit ihrem Antrag keinen Erfolg hatte. Die Höhe der Gebühr bestimmt sich nach dem wirtschaftlichen und personellen Aufwand der Kammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes des Nachprüfungsverfahrens. Die wirtschaftliche Bedeutung ist mit einem Auftragsvolumen von ca. 4XX.XXX,-- DM so gelagert, dass die Mindestgebühr in Höhe von DM 5.000,-- angemessen erscheint.

Die Gebühren sind unter Verwendung des beigefügten Zahlungsformulars binnen zwei Wochen nach Zustellung dieser Entscheidung bei der Hauptkasse Sachsen, Außenstelle Chemnitz, unter Verwendung des Buchungskennzeichens ... auf das Konto-Nr. 34 13 01 137 bei der Sparkasse Dresden, BLZ 850 551 42 einzuzahlen.

### IV.

Gegen die Entscheidungen der 1. Vergabekammer des Freistaates Sachsen ist gem. § 116 Abs. 1 GWB die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt (§ 117 Abs. 1 GWB), schriftlich beim Beschwerdegericht einzulegen. Beschwerdegericht für die 1. Vergabekammer des Freistaates ist das Oberlandesgericht Dresden, Vergabesenat, Lothringer Straße 1, 01069 Dresden. Die Beschwerde muss zugleich mit ihrer Einlegung begründet werden (§ 117 Abs. 2 GWB). Die Beschwerdebegründung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Kammer angefochten wird und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,
2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts (§ 117 Abs. 3 GWB). Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten (§ 117 Abs. 4 GWB).

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist (§ 118 Abs. 1 GWB).