Börsenverein des Deutschen Buchhandels

Die Beschaffung von Schulbüchern unter Berücksichtigung der Buchpreisbindung – Merkblatt für kommunale Schulträger

Vorbemerkung:

Dieses Merkblatt wird jährlich aktualisiert. Die jüngste wichtige Änderung betrifft ein Urteil des Landgerichts Dresden zur Nachlassgewährung bei Arbeitsheften (s. S.3). Die Novellierungen des GWB und der VOL/A aus den Jahren 2009 und 2010 sind ebenso berücksichtigt wie die Erhöhung des Schwellenwertes zum 01.01.2014.

Inhaltsverzeichnis

A. Preisbindungsrecht 2
1. Das Buchpreisbindungsgesetz im Überblick 2
2. Der Wortlaut des Gesetzes 2
3. Voraussetzungen für die Einräumung von Schulbuchnachlässen 3
4. Staffelregelung und pauschale Nachlassregelung 4
5. Keine Preisgarantie 5
6. Serviceleistungen im Schulbuchgeschäft 6
7. Verbot von Zahlungszielen 9
8. Keine weiteren Vergünstigungen 9
9. Teilnahme an Verstößen gegen das BuchPrG 10

B. Öffentliche Ausschreibung von Schulbuchaufträgen 10
1. Wahl des richtigen Vergabeverfahrens 10
2. Geltung des Buchpreisbindungsgesetzes 11
3. Die Problematik der Angebotswertung 12
4. Aufteilung des Gesamtauftrages in Lose 13
5. Differenzierungspotential schaffen: Möglichkeiten und Grenzen 13
   a. Leistungsgegenstand 13
      aa. Der Preis 13
      bb. Sonstige preisähnliche Vergünstigungen 14
      cc. Sonstige wirtschaftliche Vergünstigungen 14
      dd. Form der Leistungsbeschreibung 15
      ee. Nebenangebote 15
      ff. Subunternehmer 16
   b. Eignungskriterien 16
   c. Bevorzugte Bieter 17

Rechtsabteilung, Braubachstr. 16, 60311 Frankfurt, Tel. 069 1306-314, E-Mail: rechtsabteilung@boev.de
© Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.

d. Zuschlagskriterien..... 17
e. Bekanntgabe eines geeigneten Auswahlverfahrens..... 18
f. Problem der „Mehrfachbewerbung": VK Baden-Württemberg vom 03.06.2004 18
g. Bekanntmachung..... 20

A. Preisbindungsrecht

1. Das Buchpreisbindungsgesetz im Überblick

Am 1. Oktober 2002 ist das Buchpreisbindungsgesetz (BuchPrG) in Kraft getreten und hat das bislang privatrechtlich organisierte Preisbindungssystem (»Sammelreverssystem«) abgelöst. Im Juli 2006 wurde das Gesetz erstmalig in einigen Punkten abgeändert.

Mit dem Buchpreisbindungsgesetz ist die Preisbindung für Bücher erstmals gesetzlich angeordnet. Die Gründe für diese Ausnahmeregelung sind *kulturpolitischer Art.* Der Gesetzgeber hat erkannt, dass feste Ladenpreise maßgeblich zum Erhalt einer intakten Buchhandelslandschaft beitragen und damit dem Leser zugute kommen.

Nach dem BuchPrG müssen alle Verlage für neu erscheinende Bücher verbindliche Ladenpreise festlegen. Dies gilt auch für Schulbücher einschließlich der Berufsschulliteratur. Das BuchPrG ordnet die Preisbindung für weitere *buchnahe Produkte* an. Dazu zählen u.a. Musiknoten und kartografische Produkte wie Atlanten, Wandkarten und Globen sowie CD-ROM, soweit sie, wie beispielsweise elektronische Lexika, überwiegend textorientiert sind.

Verlage dürfen die Preisbindung für einen Titel *aufheben*, allerdings darf dies frühestens *18 Monate nach Erscheinen des Buches* geschehen. Macht ein Verlag von dieser Möglichkeit Gebrauch, muss der Preis des betreffenden Titels in allen bibliografischen Nachweisen als unverbindlich gekennzeichnet werden. Die meisten Verlage, einschließlich der Schulbuchverlage, belassen ihre Bücher für einen weitaus längeren Zeitraum in der Preisbindung.

Jeder, der Bücher an Endabnehmer verkauft, muss die von den Verlagen festgesetzten Preise beachten. Diese Verpflichtung gilt ausnahmslos für *alle Letztverkäufer,* für den Schulbuch- und Lehrmittelhändler ebenso wie für den direkt liefernden Verlag sowie für Unternehmen, die Schulbücher nur im Nebengeschäft verkaufen. Die Preisbindung ist auch dann zu beachten, wenn Bücher über das Internet verkauft werden. Denn auf die Vertriebswege kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.

Unternehmen, die gegen das BuchPrG verstoßen, können auf *Unterlassung und Schadensersatz* in Anspruch genommen werden. Bei wiederholten Verstößen muss der Händler mit einer Liefersperre rechnen. Die meisten Buchhändler haben sich außerdem gegenüber den Verlagen zur Zahlung von *Konventionalstrafen* für den Fall von Preisbindungsverstößen verpflichtet. Nach dem BuchPrG können Unterlassungsansprüche durch betroffene Mitbewerber, aber auch durch Verbände wie den Börsenverein des Deutschen Buchhandels und durch den Preisbindungstreuhänder geltend gemacht werden.

2. Der Wortlaut des Gesetzes

Die für das Schulbuchgeschäft maßgebliche Vorschrift ist § 7 Abs. 3 BuchPrG. Sie hat folgenden Wortlaut:

> *(3) Bei Sammelbestellungen von Büchern für den Schulunterricht, die zu Eigentum der öffentlichen Hand, eines Beliehenen oder allgemein bildender Privatschulen, die den Status staatlicher Ersatzschulen besitzen, angeschafft werden, gewähren die Verkäufer folgende Nachlässe:*
>
> *1. bei einem Auftrag im Gesamtwert bis zu 25.000 Euro für Titel mit*
>
> *mehr als 10 Stück 8 Prozent Nachlass*
>
> *mehr als 25 Stück 10 Prozent Nachlass*

© Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.

mehr als 100 Stück 12 Prozent Nachlass

mehr als 500 Stück 13 Prozent Nachlass

2. bei einem Auftrag im Gesamtwert von mehr als

25.000 Euro 13 Prozent Nachlass

38.000 Euro 14 Prozent Nachlass

50.000 Euro 15 Prozent Nachlass

Soweit Schulbücher von den Schulen im Rahmen eigener Budgets angeschafft werden, ist stattdessen ein genereller Nachlass von 12 Prozent für alle Sammelbestellungen zu gewähren.

Den vollständigen Gesetzestext einschließlich Begründung und Gesetzesmaterialien finden Sie im Downloadbereich unserer Website www.boersenverein.de unter »Rechts- und Steuerfragen«, »Preisbindung«.

3. Voraussetzungen für die Einräumung von Schulbuchnachlässen

Zentrales Kriterium für die Nachlassgewährung ist die Anschaffung zu Eigentum der öffentlichen Hand bzw. allgemein bildender Privatschulen, die den Status staatlicher Ersatzschulen besitzen.

Eigentumserwerb

Schulbuchnachlässe sind nur dann einzuräumen, wenn die *öffentliche Hand* bzw. die *Privatschule* die Bücher kauft und *Eigentum* erwirbt. Umgekehrt dürfen keine Nachlässe gewährt werden, wenn die Bücher von den Schülern oder deren Eltern gekauft und erworben werden. Dies gilt z. B. für Arbeitshefte und sonstige Arbeitsmaterialien, die nur oder auch mit Mitteln der Eltern erworben werden. Daher unterfallen auch Sammelbestellungen von Schülern, Eltern oder Klassen, bei denen lediglich Einzelbestellungen aus organisatorischen Gründen zusammengefasst werden, nicht der Regelung des § 7 Abs. 3. Sie dürfen weder als »Schulbuchbestellung« deklariert noch in diese einbezogen werden. Denn ein Eigentumserwerb auf Seiten der Schule findet hier nicht statt. Bücher, die nur scheinbar bzw. kurzfristig von der Schule zu Eigentum erworben werden, aber sogleich gegen Bezahlung an Schüler bzw. deren Eltern weiterübertragen werden, dürfen ebenfalls nicht mit Nachlass geliefert werden, da hier keine „Anschaffung zu Eigentum" vorliegt. Eine solche setzt laut einem Urteil des Landgerichts Dresden (Urteil vom 2.10.2012 - Az.: 42 HK O 218/12 EV) voraus, dass das Eigentum von gewisser Dauer erworben werden muss. Solche Bücher dürfen zudem nicht in öffentliche Ausschreibungen aufgenommen werden, weil es sich insofern nicht um einen *öffentlichen* Auftrag handelt.

Auch für Arbeitshefte, die von den Schülern letztendlich verbraucht werden, gilt laut dem Urteil des Landgerichts Dresden (Urteil vom 2.10.2012 - Az.: 42 HK O 218/12 EV), dass der Schulbuchnachlass gewährt werden muss, wenn die Schule oder der Schulträger die Arbeitshefte zu Eigentum anschafft, d.h. nicht nur kurzfristig Eigentum erwirbt. Dies ist der Fall, wenn die Arbeitshefte ausschließlich mit Mitteln der öffentlichen Hand durch Schulen oder Schulträger erworben werden und sodann unentgeltlich bzw. im Rahmen der Lernmittelfreiheit an die Schüler weitergegeben werden. Laut dem Landgericht Dresden reicht es für die Annahme eines nicht nur kurzfristigen Eigentumserwerbs aus, dass sich die Schule bzw. der Schulträger die Rückgabe der Arbeitshefte zum Ende des Schuljahres vorbehält. Sofern die Kosten für die Arbeitshefte vollständig oder auch anteilig durch die Schüler bzw. Eltern getragen werden, findet – wenn überhaupt - nur ein Zwischenerwerb des Eigentums auf Seiten der öffentlichen Hand statt, so dass ein Nachlass nicht gewährt werden darf.

Der Eigentumserwerb seitens der öffentlichen Hand muss *unmittelbar* erfolgen. Das bedeutet, dass die Bücher dem jeweiligen Schulträger (bzw. der Schule) übereignet werden müssen. Ein Nachlass darf nicht gewährt werden, wenn ein Förderverein Schulbücher kauft, ihm die Bücher von der Buchhandlung übereignet werden und er sie anschließend der Schule schenkt. Denn in diesem Fall erfolgt rechtlich gesehen zunächst ein Eigentumserwerb auf Seiten des Fördervereins, so dass gerade keine »Anschaffung zu Eigentum der öffentlichen Hand« vorliegt.

© Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.

Dass die Schulbuchaufträge überwiegend aus *originären* öffentlichen Mitteln finanziert werden müssen, um nachlasspflichtig zu sein, ist seit der Gesetzesreform vom Juli 2006 nicht mehr erforderlich. Hintergrund für die Gesetzesänderung war die Abschaffung der Lernmittelfreiheit in verschiedenen Bundesländern.

Schulen

Schulen im Sinne von § 7 Abs. 3 sind alle allgemein bildenden Schulen und Berufsschulen. Auch allgemein bildende Privatschulen, die den Status staatlicher Ersatzschulen besitzen – hierunter fallen beispielsweise staatlich anerkannte Schulen in kirchlicher Trägerschaft – sind nachlassberechtigt. Da der Wortlaut nur »*Ersatz*schulen« umfasst, dürfen »*Ergänzungs*schulen« keine Nachlässe gewährt werden. Vom Wortlaut des Gesetzes (»staatliche Ersatzschulen«) sind sowohl staatlich genehmigte, als auch staatlich anerkannte Ersatzschulen erfasst. Schließlich ist zu beachten, dass nur Schulen, die *allgemein bildend* sind, nachlassberechtigt sind. Berufsbildungs- oder Fortbildungsanbietern in privater oder öffentlicher Trägerschaft dürfen daher keine Nachlässe gewährt werden.

Unter einem *Beliehenen* versteht man eine natürliche oder juristische Person des Privatrechts, die im eigenen Namen hoheitliche Aufgaben wahrnimmt. Zum jetzigen Zeitpunkt gibt es im Schulbuchgeschäft keinen Anwendungsbereich für diesen Teil der Norm.

Bücher für den Schulunterricht

Die Nachlassregelung nach § 7 Abs. 3 gilt nur für Bücher, die *unmittelbar im Schulunterricht Verwendung* finden sollen. Bücher, die für die Schüler- oder Lehrerbibliothek bestimmt sind, Lehrerkommentare und generell Exemplare, die zur Verwendung durch den Lehrkörper erworben werden, fallen nicht in den Anwendungsbereich von § 7 Abs. 3. Das gleiche gilt für Bücher für schulpraktische Seminare und schulpsychologische Beratungsstellen. Mit Büchern »für den Schulunterricht« sind nicht nur Schulbücher im engeren Sinn gemeint, sondern sämtliche Titel, die unmittelbar im Unterricht eingesetzt werden sollen. Das kann auch ein Roman sein, der im Deutschunterricht gelesen werden soll und zu dessen Lektüre sich Lehrer oder Klasse entschlossen haben. Die Bücher müssen auch nicht notwendigerweise in den jeweiligen Amtsblättern der Kultusministerien angeführt sein.

4. Staffelregelung und pauschale Nachlassregelung

In den meisten Bundesländern werden Schulbücher zentral oder überwiegend *zentral eingekauft*. In diesen Ländern greift zwingend die *Nachlassstaffel* nach § 7 Abs. 3 Satz 1. Danach bestimmt sich die Höhe des Nachlasses bei Aufträgen im Gesamtwert unter 25.000 Euro nach der Stückzahl. In diesem Fall muss die Bestellung jeweils mehrere, mindestens aber 11 Exemplare des gleichen Titels umfassen. Bei Auftragswerten über 25.000 Euro kommt es auf die Höhe des Gesamtauftrages an; der maximal zulässige Nachlass beträgt 15%.

Wenn Schulbuchaufträge im Rahmen eigener *Anschaffungsbudgets* der Schulen vergeben werden – die Möglichkeit dazu besteht derzeit in Bayern, Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen – tritt an die Stelle der Nachlassstaffel ein pauschaler Nachlass von 12% für *Sammelbestellungen*. Es müssen also auch hier mindestens 11 Exemplare eines Titels bestellt werden. In der Branchenpraxis wird die Regelung so verstanden, dass der Nachlass von 12% gewährt werden darf, wenn im Rahmen einer Sammelbestellung entweder mindestens 11 Exemplare eines Titels oder insgesamt mindestens 50 Exemplare bestellt werden.

Über ein *eigenes Budget* verfügt eine Schule dann, wenn ihr seitens der öffentlichen Hand finanzielle Mittel zur eigenwirtschaftlichen Beschaffung von Schulbüchern zur Verfügung gestellt werden. Die Schule muss mittels dieses Budgets ganzjährig sämtliche Schulbücher eigenständig bestellen. So reicht es nicht, wenn der Schulträger - kreisfreie Stadt, Landkreis oder Kommune (im Folgenden wird der Einfachheit halber nur von Kommunen gesprochen) - nach Abwicklung der Hauptauftrages noch vorhandene Mittel mit der Maßgabe an einzelne Schulen weiterleitet, davon im Bedarfsfall Schulbücher einzukaufen.

Innerhalb eines Bundeslandes können *beide Einkaufsmodelle* – zentrale Beschaffung durch den Schulträger und Kauf im Rahmen eigener Anschaffungsbudgets von Schulen – nebeneinander praktiziert werden. Nach einer Entscheidung

© Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.

des LG Kiel vom 25. Juli 2003 müssen Buchhandlungen in Schleswig-Holstein 12 Prozent Nachlass auf Sammelbestellungen einräumen, wenn die Schulen über ein echtes eigenes Budget verfügen und nicht an zentralen Schulbuchbestellungen teilnehmen, und zwar unabhängig davon, dass die Kommune für alle anderen Schulen die Schulbücher zentral beschafft. Die zitierte Gerichtsentscheidung eröffnet einzelnen Schulträgern die Möglichkeit, von dem Pool-Einkaufsmodell ihres Bundeslandes abzuweichen und die Schulbuchbeschaffung auf die einzelnen Schulen zu verlagern. In Sachsen wird der dezentralen Beschaffung durch die Schulleiter ausdrücklich der Vorrang eingeräumt. Eine solche Regelung ist zulässig, wenn eine sachliche Rechtfertigung vorliegt und die Maßnahme nicht auf die Unterschreitung vergaberechtlicher Schwellenwerte gerichtet ist.

Die Eigenbudgetierung der Schulen hat regelmäßig zwei Konsequenzen: Zum einen fällt die Kommune nicht mehr unter die Staffelregelung, der Nachlässe von bis 15 Prozent ermöglicht, sondern erhält gemäß § 7 Abs. 3 S. 2 BuchPrG einheitlich bei jeder Sammelbestellung einen generellen Nachlass von 12 Prozent. Zum anderen entfällt – weil von einer einzelnen Schule der Schwellenwert von derzeit 207.000 Euro kaum erreicht wird – die Pflicht zur europaweiten Ausschreibung der Schulbücher und damit zugleich der Aufwand, der mit derartigen Ausschreibungen verbunden ist. Der jeweilige Schulträger muss sich jedoch entscheiden, ob er die Schulbücher zentral beschaffen oder seine Schulen – so er dazu die rechtlichen Möglichkeiten hat – mit eigenen Budgets ausstatten möchte. Nicht möglich ist es, zum Anfang eines Schuljahres Schulbücher zentral zu beschaffen (um so in den Genuss der Nachlässe bis zu 15 Prozent zu kommen), und nach Ablauf der Vier- bzw. Sechs-Wochen-Frist in das Modell „Eigenbudgetierung" zu wechseln (um auf diese Weise bei Nachbestellungen 12 Prozent Nachlass zu erzielen).

Nachbestellungen als Teil der Sammelbestellung

Bei der zentralen Schulbuchbeschaffung können *Nachbestellungen* ausnahmsweise noch als zum Hauptauftrag gehörend angesehen werden, wenn sie innerhalb von vier Wochen nach Schuljahresbeginn erfolgen. Als Schuljahresbeginn gilt dabei der erste Schultag nach den Sommerferien, also nicht der im jeweiligen Bundesland kalendarisch festgesetzte Termin. Diese Ergänzungsbestellungen werden aufgrund des engen zeitlichen Zusammenhangs wirtschaftlich dem Hauptauftrag zugerechnet und wie dieser mit dem gleichen Nachlass ausgeführt. Wegen der besonderen Verhältnisse bei Berufsschulen (die endgültigen Klassenstärken stehen später fest als bei anderen Schulen) wird eine Frist von sechs Wochen als zulässig angesehen. Nach Ablauf dieser Fristen richtet sich die Höhe der zulässigen Nachlässe nach der Auftragsgröße der einzelnen Lieferung (Stückzahlstaffel in § 7 Abs. 3 S. 1, s. o.).

5. Keine Preisgarantie

Aufgrund des BuchPrG können Händler für Preisangaben in Ausschreibungsunterlagen usw. keine Preisgarantie übernehmen. Das BuchPrG verpflichtet die Verlage zur Festsetzung von Preisen und Händler zu deren Einhaltung. Maßgeblich ist der Zeitpunkt der Lieferung der Bücher durch den Händler an den jeweiligen Endabnehmer, d.h. der Händler muss dem jeweiligen Auftraggeber tagesaktuell den jeweiligen Ladenpreis berechnen.

Zur Berechnungsmethode:

Beispiel:

Auftrag < 25.000 €

Stückzahl: 15

Einzel-Ladenpreis: 16,95 €

Berechungsmöglichkeit 1:

16,95 Euro abzüglich 8 % Nachlass = 15,594 Euro ≈ (gerundet) 15,59

15,59 Euro x 15 (Anzahl Bücher) = **233,85 Euro**

© Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.

Berechnungsmöglichkeit 2:

16,95 Euro x 15 (Anzahl Bücher) = 254,25

254,25 Euro abzüglich 8 % Nachlass = **233,91 Euro**

Wie hier deutlich wird, kann der angegebene Gesamtpreis für einen bestimmten Auftrag minimal variieren, je nachdem, welche Berechnungsmethode angewandt wird. Daher könnten hier kleinste Abweichungen dazu führen, dass ein Buchhändler scheinbar günstiger anbietet als ein anderer.

Eine abschließende gerichtliche Klärung der Frage nach der richtigen Berechnungsmethode gibt es nicht. Die Rechtsabteilung des Börsenvereins ist aber der Ansicht, dass oben genannte Berechnungsmöglichkeit 2 die richtige Methode zur Ermittlung des Gesamtpreises darstellt. Diese Einschätzung beruht auf dem Wortlaut des einschlägigen § 7 Abs. 3 BuchPrG, der für die Höhe der Nachlässe auf den *Gesamtwert* des Auftrags abstellt. Unnötiges Runden, wie in Berechnungsmöglichkeit 1 dargestellt, führt zu Ungenauigkeiten und ist mit den Vorgaben des BuchPrG unvereinbar.

6. Serviceleistungen im Schulbuchgeschäft

Der Buchhändler darf im Zusammenhang mit der Lieferung preisgebundener Bücher nur solche Serviceleistungen ohne Aufpreis erbringen, die handelsüblich sind. Nicht handelsübliche Nebenleistungen dürfen nur gegen ein gesondertes Entgelt erbracht werden, andernfalls liegt ein Verstoß gegen das BuchPrG vor (§ 7 Abs. 4 Nr. 4).

Eine Übersicht über zurzeit handelsübliche bzw. nicht handelsübliche Serviceleistungen finden Sie im nachfolgenden Kasten:

Übersicht über handelsübliche und nicht handelsübliche Serviceangebote im Buchhandel

- Anlieferung frei Anlieferungsstelle / auf Abruf / nach Vereinbarung mit den Fachkräften/ in die Fachklassen:
  Es handelt sich um einen Service, der ohne Aufpreis erbracht werden darf.
- Ansichtslieferungen:
  Die im allgemeinen Buchhandel gängigen Ansichtsbestellungen von Büchern auf Kundenwunsch sind im Schulbuchgeschäft nicht üblich. Mitunter werden bei Schulbuchausschreibungen von Kommunen Ansichtslieferungen abgefragt. Dies weist auf eine Unkenntnis der Usancen im Schulbuchgeschäft hin und ist zu vermeiden. Denn an die Stelle von Ansichtslieferungen tritt beim Schulbuch die Beschaffung von sog. Lehrerprüfstücken. Lehrerprüfstücke sind nach der Legaldefinition in § 7 Abs. 1 Nr. 3 Bücher, die »an Lehrer zum Zwecke der Prüfung einer Verwendung im Unterricht« verkauft werden. Sie unterliegen nicht dem gebundenen Ladenpreis. Die Bemusterung mit Prüfstücken neuer Schulbücher erfolgt traditionell durch den Außendienst der Schulbuchverlage bzw. durch direkte Bestellung eines Lehrers beim Verlag. Buchhandlungen ist es preisbindungsrechtlich grundsätzlich nicht erlaubt, Lehrerprüfstücke abzugeben, weil sie nicht überprüfen können, ob ein Lehrer das fragliche Buch nicht schon vom Verlag zur Prüfung erhalten hat. Im Schulbuchgeschäft verstößt es deshalb gegen das Buchpreisbindungsgesetz, wenn Buchhandlungen die *kostenlose* Abgabe von Lehrerprüfstücken anbieten, da sie diese in aller Regel zu den gewöhnlichen Konditionen beim Verlag einkaufen müssen. Aber auch Prüfexemplare *zu ermäßigten Preisen* sollten von den Buchhändlern nicht abgefragt werden. Wegen der Belieferung durch die Verlage ist die Abgabe von Lehrerprüfexemplaren durch Buchhändler buchpreisbindungsrechtlich nicht als handelsüblich anzusehen.
- Sollte im Ausnahmefall die Abfrage von Lehrerprüfstücken gerechtfertigt sein, ist zu beachten, dass der Buchhandel diese nicht günstiger abgeben darf als er sie einkauft. Daher ist ein Nachlass, der den üblichen Händlerrabatt von 20% bis maximal 25% übersteigt, nicht zulässig. Dies bestätigt das Urteil des LG Wuppertal vom 17. November 2009 (Az.: 14 O 13/09), wo es u.a. heißt: „Wird ein größerer Rabatt gewährt, als die Handelsspanne beträgt, kann dieser Verlust nur durch die teilweise Verwendung der Gewinne aus dem Verkauf der preisgebundenen Bücher ausgeglichen werden, und das läuft im Ergebnis wirtschaftlich darauf hinaus, dass die preisgebundenen Bücher zu einem geringeren als dem gebundenen Preis angeboten und/oder verkauft werden. Auch

© Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.

eine solche indirekte Aushöhlung der Preisbindung nach § 3 Buchpreisbindungsgesetz ist unzulässig."
http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/LG_Wuppertal_17.11.09_Lehrerpruefstuecke.pdf

- »Bibliografische Nachweise«:
  Bibliografische Nachweise gehören zum üblichen Service und dürfen ohne Aufpreis erbracht werden. Maßgeblich sind die im Zeitpunkt der Lieferung geltenden Ladenpreise; etwaige Preisänderungen der Verlage müssen vom Buchhandel beachtet werden.
- Budgetüberwachung:
  Es handelt sich um eine originäre Aufgabe der Schule bzw. des Schulträgers, deren Übernahme durch den Buchhändler nicht handelsüblich ist.
- Entsorgung alter Schulbücher:
  Es handelt sich um eine Nebenleistung, die nicht handelsüblich ist und deshalb nur gegen Aufpreis erbracht werden darf.
- Entsorgung des Verpackungsmaterials der angelieferten Bücher:
  Es handelt sich um einen Service, der ohne Aufpreis erbracht werden darf.
- Etikettierung von Schulbüchern / Barcode-Service:
  Das kostenlose *Anbringen* von Inventarisierungsetiketten stellt keine handelsübliche Nebenleistung dar. Es handelt sich hierbei um eine ausschließlich in den Aufgabenbereich der Schule fallende Leistung, die bei Übertragung auf den Buchhändler als Dienstleistung zu vergüten ist. Die kostenlose *Abgabe* der Etiketten ist in Kombination mit der Gewährung des Schulbuchnachlasses ebenfalls unzulässig. Die Regelungen des § 7 Abs. 3 sind insofern abschließend (siehe auch unter 8.).
  Eine Untersuchung des Littera-Barcodesystems hat ergeben, dass für diesen Barcode-Service ein Preis von mindestens 6 cent pro Etikett als realistisch veranschlagt werden muss. Die Kosten für das Aufbringen der Etiketten allein konnten bei Einsatz einer ungelernten Lagerkraft auf mindestens 1,5 cent pro Etikett beziffert werden.
  Das Landgericht Münster hat in einer Entscheidung vom 09.05.2012) bestätigt, dass die Kosten für Barcode-Services in vollem Umfang von der ausschreibenden Stelle getragen werden müssen. Die Entscheidung finden Sie hier.
  http://www.boersenverein.de/sixcms/media.php/976/LG_Muenster_vom%2009.05.12_zu_Littera.pdf
- Fachliche Beratung mit entsprechendem Anschauungsmaterial vor Ort:
  Es handelt sich um eine übliche Serviceleistung, die ohne Aufpreis erbracht werden darf.
- »Folierung« von Schulbüchern:
  Es handelt sich um eine Nebenleistung, die nicht handelsüblich ist und deshalb nur gegen Aufpreis erbracht werden darf.
- Hotline:
  Die Einrichtung einer Hotline, z. B. für Einzelauskünfte, Nachbestellungen oder Reklamationen, gehört im weiteren Sinne zum buchhändlerischen Service und darf ohne Aufpreis angeboten werden. Dies gilt auch für kostenlose Hotlines (0800-Nummern).
- Inventarisierungsarbeiten:
  Die Übernahme von Inventarisierungsarbeiten, z. B. die Erstellung von Inventarlisten, Klassenlisten, Schülernachweisen oder Inventaretiketten, sind im Schulbuchgeschäft keine handelsüblichen Nebenleistungen. Inventarisierungsarbeiten dürfen deshalb nur gegen zusätzliche Vergütung verlangt und übernommen werden.
- Inzahlungnahme gebrauchter Schulbücher:
  Die Inzahlungnahme gebrauchter Bücher stellt keine handelsübliche Nebenleistung im Sinne von § 7 Abs. 4 Nr. 4 BuchPrG dar. Bei der Inzahlungnahme gebrauchter Schulbücher kommt es darauf an, ob diese zu einer Verletzung der Preisbindung führt. Die preisbindungsrechtliche Zulässigkeit einer solchen Verrechung setzt voraus, dass die in Zahlung genommenen Bücher nachweislich einen Wiederverkaufwert haben und der verrechnete Betrag dem Wiederverkaufswert entspricht. Dabei ist der handelsübliche Verkehrswert zugrunde zu legen. Dieser

© Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.

hängt auch von Alter und Zustand des einzelnen Buches ab. In jedem Fall unzulässig ist die Ankündigung einer pauschalen Vergütung ohne Rücksichtnahme auf den Erhaltungszustand bzw. tatsächlichen Wiederverkaufswert der Bücher.

- Lehrerprüfstücke:
  siehe oben unter »Ansichtslieferungen«
- »Lieferung frei Haus«:
  Es handelt sich um einen üblichen Service, der ohne Aufpreis erbracht werden darf.
- »Lieferung sortiert und verpackt nach Klassen in die einzelnen Schulen/Klassenräume«:
  Es handelt sich um einen üblichen Service, der ohne zusätzlichen Aufpreis erbracht werden darf.
- Literaturlisten, Zusammenstellung von:
  Es handelt sich um einen üblichen Service, der ohne Aufpreis erbracht werden darf.
- Mängelexemplare:
  Die Gewährung eines Nachlasses für preisreduzierte Mängelware ist dann nicht handelsüblich und unzulässig, wenn sie Mängelexemplare betrifft, deren Mangel der Bieter nicht selbst zu vertreten hat (OLG München, Beschl. v. 19.12.2007 – Verg 12/07). Die Buchhändler dürfen nicht veranlasst werden, sich preisreduzierte Mängelexemplare bei Verlagen oder anderen Stellen zu beschaffen und zu einem vertraglich von vornherein festgelegten Preisnachlass zu liefern.
- »Nachbestellungen werden innerhalb von x Tagen ausgeführt«:
  Es handelt sich um einen üblichen Service, der ohne Aufpreis erbracht werden darf.
- »Nachbestellungen werden über das Jahr hinweg durchgeführt«:
  Es handelt sich um einen üblichen Service, der ohne Aufpreis erbracht werden darf. Für Nachbestellungen innerhalb von 4 Wochen nach Schuljahresbeginn (bei Berufsschulen 6 Wochen) gelten die für den Hauptauftrag in Betracht kommenden Nachlässe. Danach richtet sich die Zulässigkeit der Nachlassgewährung bzw. die Höhe des Nachlasses nach der Auftragsgröße der Einzellieferung.
- Preisnachlass für Exemplare mit aufgehobener Preisbindung:
  Buchhändler dürfen nicht veranlasst werden, feste Preisnachlässe für Bücher anzubieten, deren Buchpreisbindung zu einem späteren Zeitpunkt aufgehoben wird. Eine dahingehende Verpflichtung ist unzulässig, da der Buchhändler bei Abgabe seines Angebots nicht vernünftig kalkulieren kann, ob und zu welchen Konditionen er sich diese Art von Schulbüchern beschaffen kann (OLG München, Beschl. v. 19.12.2007 – Verg 12/07).
- »Rechnungsstellung nach Vorgabe der Schulen / getrennt nach einzelnen Schulen«:
  Es handelt sich um einen üblichen Service, der ohne Aufpreis erbracht werden darf.
- »Rücknahme beschädigter Bücher«:
  Buchhandlungen müssen auf Verlangen Bücher zurücknehmen, die bei Übergabe nachweislich schadhaft waren (allgemeine Gewährleistungshaftung). Schon aus diesem Grund darf eine Schule oder ein Schulträger eine entsprechende Forderung aufstellen.
- Rücknahme von bereits gestempelten Büchern:
  Die Rücknahme von Büchern, die von der Schule/ dem Schulträger bestellt und mit dem Schulstempel versehen wurden, gegen volle Gutschrift des Kaufpreises ist nicht handelsüblich. Der Buchhändler kann diese Exemplare weder beim Verlag remittieren noch an andere Schulen verkaufen.
- Rücknahme irrtümlich oder zu viel bestellter Bücher:
  Die kostenlose Rücknahme irrtümlich oder zu viel bestellter Bücher ist nicht handelsüblich. Eine dahingehende Verpflichtung der Buchhändler ist auch unzulässig, da der Buchhändler den Fehler nicht zu vertreten hat (OLG München, Beschl. v. 19.12.2007 – Verg 12/07)
- Rücknahme von Ergänzungslieferungen:
  Die kostenlose Rücknahme von Ergänzungslieferungen, die nicht zu den in der Schule verwendeten Auflagen

© Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.

passen, ist nicht handelsüblich. Eine derartige Verpflichtung der Buchhändler ist auch unzulässig, da der Buchhändler danach das Risiko der Rückgabe aufgrund ordnungsgemäßer Lieferung des Verlags alleine trägt (OLG München, Beschl. v. 19.12.2007 – Verg 12/07)

- Rücknahme von Verpackungen:
  Es handelt sich um einen Service, der ohne Aufpreis erbracht werden darf.
- Transportkostenfreie Anlieferung der Bücher an eine durch die Schule zu bestimmende Stelle:
  Es handelt sich um einen üblichen Service, der ohne Aufpreis erbracht werden darf.
- Unterstützung der Schulen bei der Ermittlung von Buchtiteln, Bestellnummern, Auflagen und Ladenpreisen:
  Es handelt sich um einen üblichen Service, der ohne Aufpreis erbracht werden darf.
- Zahlungsziel:
  Die Gewährung von Zahlungszielen stellt keine handelsübliche Nebenleistung dar. Die Einräumung von Zahlungszielen verbietet sich außerdem in Hinblick auf den Charakter fester Buchpreise als Barzahlungspreise (so ausdrücklich BGH NJW 2003, 2525 ff). Wird ein Zahlungsziel gewährt, so müsste dies gegen Vergütung erfolgen.

7. Verbot von Zahlungszielen

Nach dem BuchPrG darf im Zusammenhang mit der Lieferung preisgebundener Bücher weder *Skonto* eingeräumt noch ein *Zahlungsziel* gewährt werden. Der Bundesgerichtshof hat dies in seiner ersten Grundsatzentscheidung zum BuchPrG unter Hinweis auf den Charakter fester Ladenpreise als Barzahlungspreise festgestellt (BGH vom 24. Juni 2003, abgedruckt in NJW 2003, 2525 ff.; überholt insofern VK Arnsberg Beschluss vom 2.7.2003; VK 2-14/2003). Nach einer Entscheidung des LG Düsseldorf vom 29.10.2003/ 34 O 104/03 darf das Verbot von Zahlungszielen auch nicht umgangen werden, z. B. indem der Buchhändler eine Rechung erst zu einem späteren Zeitpunkt ausstellt und nicht, wie in der Praxis üblich, zusammen mit der (Haupt-)Lieferung. Beide Entscheidungen sind unter www.boersenverein.de im Downloadbereich (unter Rechts- und Steuerfragen, Preisbindung) abrufbar.

Das bedeutet, dass die Rechnung sofort mit Lieferung der Bücher fällig ist. Es ist bekannt, dass die Kommunen die Lieferung nicht sofort bei Anlieferung bezahlen können, sondern erst noch eine Rechnungsprüfung durchführen müssen. Vor diesem Hintergrund hatte der Börsenverein zunächst vorgeschlagen, dass die Bieter in ihr Angebot zur Sicherheit für die Kommunen eine Formulierung aufnehmen sollten, wonach die Rechnung zwar sofort fällig sei, der Verzug jedoch nach den gesetzlichen Regelungen erst nach 30 Tagen eintrete. Von dieser oder ähnlichen Formulierungen muss Buchhändlern inzwischen jedoch dringend abgeraten werden, da die Vergabekammer Stuttgart darin eine verdeckte Einräumung eines Zahlungsziels von 30 Tagen gesehen hat. Der betreffende Bieter wurde ausgeschlossen. Für Sie als Kommune gilt, dass Sie keinen Bieter benachteiligen dürfen, der auf die sofortige Fälligkeit hinweist, und ebenso keinen Bieter bevorzugen dürfen, der sich der geschilderten – inzwischen eindeutig unzulässigen – Formulierung bezüglich des Verzugseintritts bedient. Das Thema des Zahlungszieles sollte daher überhaupt nicht angesprochen werden und die Kommunen sollten dafür Sorge tragen, innerhalb kürzest möglicher Zeit die Rechnungsprüfung und Zahlung vorzunehmen.

8. Keine weiteren Vergünstigungen

Bei der Beschaffung von Schulbüchern durch die öffentliche Hand kommen weitere wirtschaftliche Vergünstigungen nicht in Betracht. Die Regelung der Nachlässe für die Beschaffung von Schulbüchern gemäß § 7 Abs. 3 stellt nach Auffassung des Börsenvereins und des Preisbindungstreuhänders einen *abschließenden Tatbestand* dar. Dies hat u. a. zur Folge, dass im Zusammenhang mit dem Kauf von Schulbüchern weder *Zugaben* noch Prämien verlangt oder eingeräumt werden dürfen, auch zwar auch dann nicht, wenn sie geringfügig sind. Diese Auffassung findet ihre Stütze in den Gesetzesmaterialien zum BuchPrG (BT-Drucksache 14/9422, Seite 12, abrufbar unter www.boersenverein.de, sowie BGH vom 24.6.2003, Az: 32/02, NJW 2525 ff); irrigerweise a. A.: VK Sachsen, Beschluss vom 27.7.2003, - 1 SVK 061- 03, Seite 12 sowie offenbar auch Bezirksregierung Düsseldorf.

© Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.

Nach dem BuchPrG darf die Preisbindung weder unmittelbar noch *mittelbar* verletzt werden. Eine indirekte Verletzung liegt insbesondere vor, wenn im Zusammenhang mit einer Schulbuchbestellung unzulässige Zugaben gewährt werden. Auch das Angebot, gebrauchte Schulbücher gegen Gutschrifterteilung zurückzunehmen, stellt eine verdeckte Nachlassgewährung dar, wenn der Betrag nicht dem tatsächlichen Wiederverkaufswert der Bücher entspricht oder wenn Pauschbeträge gefordert werden.

Schließlich kann ein mittelbarer Verstoß gegen die Preisbindung darin liegen, dass bei einer *Koppelung* preisgebundener Bücher *mit nicht preisgebundenen Produkten* auf das preisfreie Produkt unverhältnismäßig hohe Preisvorteile gewährt werden. In diesem Fall dürfen für die preisungebundenen Produkte keine Preise berechnet werden, die unter den *Beschaffungskosten* dieser Produkte liegen, wobei zu den Beschaffungskosten neben dem Einkaufspreis auch die Bezugsnebenkosten, also die Kosten der Auftragsannahme und der Bearbeitung gehören (Urteil des BGH vom 21.05. 1989 KZR-17/88, dem folgend u.a. VK Brandenburg, Beschluss vom 3.8.2001 2 VK 66/01; a.A. OLG München, Beschl. v. 19.12.2007 – Verg 12/07, das irrig die praktische Relevanz des unzulässigen Kopplungsgeschäfts verneint).

9. Teilnahme an Verstößen gegen das BuchPrG

Ausschreibungen und Preisanfragen, die in Kenntnis der preisbindungsrechtlichen Vorgaben auf unzulässige Preisnachlässe abzielen, sind nach § 826 BGB *sittenwidrig* (BGH, Urt. vom 26. 04. 1967 Az. I 1 bZR.22/65, abgedruckt in WuW/E BGH 951 ff. und, ihm folgend, Urteil des OLG Düsseldorf vom 28. 06.1985 Az. U-Kart. 10/84). Danach handeln öffentlich-rechtliche Auftraggeber sittenwidrig, wenn sie ihre Vertragspartner im Schulbuchgeschäft unter Einsatz ihrer Autorität als öffentlich-rechtliche Körperschaften zu Preisbindungsverstößen veranlassen, obwohl sie wissen, dass diese damit einen Verstoß gegenüber ihren gesetzlichen Verpflichtungen begehen.

Öffentlich-rechtliche Auftraggeber können als Störer auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden, wenn sie Buchhändler oder Verleger im Wissen um die Buchpreisbindung zu einem Verstoß gegen das BuchPrG veranlassen. Rechtsgrundlage dafür ist das Deliktsrecht nach § 830 BGB (BGH vom 24. Juni 2003, abgedruckt in NJW 2003, 2525 ff.). Daneben kommen Unterlassungspflichten nach dem Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb (UWG) in Betracht. So begehen Händler, die ihre Pflichten aus dem BuchPrG verletzen, in der Regel gleichzeitig einen Verstoß gegen §§ 3, 4 Nr. 11 UWG, und zwar unter dem Gesichtspunkt eines ungerechtfertigten Wettbewerbsvorsprungs durch Gesetzesbruch. Die öffentliche Hand darf bei solchen Wettbewerbsverstößen nicht mitwirken, auch nicht durch Unterstützung oder Ausnutzung der Handlung eines Dritten (Urteil des BGH vom 10.10.1996 – I ZR 129/94, GRUR 1997, 313,315 – Architektenwettbewerb, m. w. N.).

B. Öffentliche Ausschreibungen von Schulbuchaufträgen

1. Wahl des richtigen Vergabeverfahrens

Schulbuchauftaufträge müssen *ab Erreichen eines Schwellenwertes* von 207.000 Euro *europaweit* ausgeschrieben werden. Soweit Schulen Schulbücher im Rahmen eigener Budgets anschaffen (vgl. dazu oben, Punkt A.4.), liegt der Auftragswert in aller Regel bedeutend niedriger, und der Schwellenwert wird nicht erreicht. Eine europaweite Ausschreibung ist in diesem Fall nicht erforderlich.

Seitens der Wettbewerbsdirektion der EU-Kommission wurde im Dezember 2004 ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland eingeleitet, welches die Nichtbeachtung des EU-Vergaberechts bei Schulbuchausschreibungen zum Gegenstand hatte. Gegenstand des Verfahrens war zum einen die oberhalb des Schwellenwertes erfolgte Nichtausschreibung von Schulbuchaufträgen. Zum anderen wurde seitens der Wettbewerbsdirektion die Anschaffung von Schulbüchern von den Schulen selbst im Rahmen eigener Budgets (§ 7 Abs. 3 S. 2) angegriffen. Nach der von ihr vorgetragenen Ansicht sollten Schulbuchaufträge in diesen Fällen zwingend gebündelt im Rahmen einer europaweiten Ausschreibung von den Kommunen des jeweiligen Bundeslandes vergeben werden. Die Budgetierung der Schulen stelle eine Umgehung des Vergaberechts dar. Die Bundesrepublik Deutschland – vertreten durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit – ist dieser Rechtsansicht entgegentreten. Sie hat die EU-Kommission darauf hingewiesen, dass es auch nach europäischem Recht zulässig ist, wenn Kommunen im Rahmen ihrer Selbstverwaltung

© Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.

die Anschaffung von Schulbüchern auf Schulen delegieren und diesen dafür Budgets zur Verfügung stellen. Das Vertragsverletzungsverfahren wurde im Jahre 2005 - ohne Angabe von Gründen - eingestellt. Es ist daher weiter von der Zulässigkeit der Beschaffung von Schulbüchern durch Schulen im Rahmen eigener Budgets auszugehen. Schulträger können daher zwischen zentraler und dezentraler Schulbuchbeschaffung wählen, soweit in dem jeweiligen Bundesland grundsätzlich die Möglichkeit der dezentralen Schulbuchbeschaffung vorgesehen ist.

Die dezentrale Beschaffung von Schulbüchern durch die einzelnen Schulen im Rahmen der Eigenbudgetierung erfolgt aus vergaberechtlicher Sicht durch Schulen als öffentliche Auftraggeber bzw. selbständige Vergabestellen. Die Kommunen delegieren dabei den Beschaffungsvorgang an die jeweilige Schule. Da es sich jeweils um gesonderte Beschaffungsvorhaben handelt, die vom individuellen Bedarf der Schule abhängen und eigenverantwortlich vorgenommen werden, gibt es keine vergaberechtliche Verpflichtung auf Seiten der Kommune, die Auftragswerte im Hinblick auf einen Schwellenwert etwa zusammenzurechnen[1].

Nach Auffassung des Börsenvereins ergeben Ausschreibungen für preisgebundene Schulbücher ohnehin keinen Sinn: Öffentliche Ausschreibungen sollen den Auftraggeber in den Stand versetzen, unter mehreren Angeboten das wirtschaftlich günstigste auszuwählen. Dieses Ziel kann bei Schulbuchausschreibungen nicht erreicht werden, weil es keinen Preiswettbewerb und faktisch auch keinen Servicewettbewerb gibt. Der Börsenverein setzt sich deshalb erneut gegenüber der Europäischen Union für eine kartellrechtliche Ausnahmeregelung bei preisgebundenen Schulbüchern ein. Trotz intensiver Bemühungen ist es ihm in der Vergangenheit nicht gelungen, die Kommission von der Zweckmäßigkeit einer solchen Regelung zu überzeugen.

Unterhalb des Schwellenwertes von derzeit 207.000 Euro (netto) muss keine europaweite Ausschreibung erfolgen. Es kann jedoch sein, dass der Landesgesetzgeber oder die jeweilige Kommune für Aufträge unterhalb des Schwellenwertes eine Schulbuchvergabe im Rahmen des ebenfalls sehr formalisierten Verfahrens der *öffentlichen* Ausschreibung vorgesehen hat. Dies ist der Fall, wenn der jeweilige Landesgesetzgeber die Anwendung des ersten Abschnitts der VOL/A unterhalb der Schwellenwerte als verbindlich vorgeschrieben hat oder sich die jeweilige Kommune im Rahmen ihrer Satzung zur Anwendung der VOL/A verpflichtet hat. Bei Bestellwerten von unter 25.000, 40.000 bzw. 50.000 Euro – die genaue Grenze ist in den Bundesländern unterschiedlich - ist häufig eine *beschränkte* Ausschreibung vorgesehen. Bei „Kleinstaufträgen"[2] kann von einem förmlichen Verfahren oft ganz abgesehen werden und es ist neben einer auf den örtlichen Buchhandel beschränkten Ausschreibung die freihändige Vergabe möglich.

Zu beachten ist jedoch auch im Bereich der freihändigen Vergabe, dass diese europarechtskonform sein muss. Das bedeutet, dass die sich aus dem EG-Vertrag ergebende Verpflichtung der öffentlichen Hand gewahrt sein muss, ein transparentes und diskriminierungsfreies Verfahren zu gewährleisten. Zum Teil wird sogar im Vorgriff auf eventuell anstehende Rechtsänderungen vorgeschlagen, dass auch bei der freihändigen Vergabe eine Bekanntmachung dieser Art der Ausschreibung erfolgen soll und die bezuschlagten Bieter bekannt gegeben werden.

2. Geltung des Buchpreisbindungsgesetzes

Bei der Ausschreibung öffentlicher Aufträge muss sich die öffentliche Hand an die gesetzlichen Vorgaben des BuchPrG halten. Bieter haben das Recht, fehlerhafte Ausschreibungen zu rügen bzw. durch die Vergabekammern überprüfen zu lassen. Das kann im Einzelfall zur Aufhebung der gesamten Ausschreibung führen. Eine als fehlerhaft erkannte Ausschreibung sollte deshalb möglichst frühzeitig korrigiert werden.

Viele Kommunen verwenden für die Ausschreibung von Schulbüchern Vergabeunterlagen, die sie für die Beschaffung sonstiger Sachgüter benutzen. Das ist nicht von vornherein unstatthaft, jedoch bedürfen die Unterlagen in einigen Punkten zwingend einer Überarbeitung und *Ergänzung.* So sind z.B. Barzahlungsnachlässe und Skonti nach dem BuchPrG generell verboten, auch Zahlungsziele dürfen von der Kommune weder verlangt, noch seitens des Buchhandels angeboten werden (vgl. dazu oben Punkt A.7.).

---

[1] Zur Frage der vergaberechtlichen Zulässigkeit der dezentralen Vergabe von Schulbuchaufträgen liegt der Rechtsabteilung ein ausführliches juristisches Gutachten vor, das wir gern auf Anfrage zur Verfügung stellen können.

[2] Der Wert kann je nach Bundesland variieren.

© Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.

Es empfiehlt sich, dass Kommunen in den Verdingungsunterlagen *explizit* auf die Geltung des Buchpreisbindungsgesetzes *hinweisen.* Ist ein solcher Hinweis ausdrücklich erfolgt, sind Bieter, die ein offensichtlich preisbindungswidriges Angebot abgegeben haben, zwingend von der Ausschreibung auszuschließen. Andernfalls können Streitigkeiten über die Frage entstehen, ob und unter welchen Voraussetzungen ein entsprechendes Angebot auszuschließen ist. Indem ein ausdrücklicher Hinweis auf das BuchPrG erfolgt, lassen sich im Einzelfall zeitraubende Nachprüfungsverfahren vermeiden (vgl. dazu VK Sachsen 1/ SVK/062-03, 3. Leitsatz).

Die drei häufigsten Fehler bei Ausschreibungen

- Der hohe Nachlass von 15 % darf bei Vorliegen des entsprechenden Auftragswertes nur für den Hauptauftrag und ausnahmsweise bis zu 4 bzw. 6 Wochen nach Schuljahresbeginn gefordert werden. Häufiger Fehler: 15 % Nachlässe werden für die gesamte Dauer des Lieferauftrages bzw. bis zum Jahresende gefordert, obwohl bei Folgebestellungen der Auftragswert von 50.000 Euro nicht mehr erreicht wird.
- Verbot von Skonto, Barzahlungsnachlässen und Zahlungszielen
- Kostenlose Serviceleistungen dürfen nur dann verlangt werden, wenn sie handelsüblich sind. Häufiger Fehler: Es werden kostenlose Serviceleistungen verlangt, die, wie bspw. die Gratisübernahme von Inventarisierungsarbeiten, nicht handelsüblich sind.

3. Die Problematik der Angebotswertung

Nach § 97 Abs. 5 GWB ist der Zuschlag zwingend auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Damit die Kommune ein »wirtschaftliches« Angebot ermitteln kann, müssen notwendigerweise wirtschaftlich unterschiedliche Angebote eingehen.

Die Voraussetzung dafür zu schaffen, stellt die Kommune bei der Ausschreibung von Schulbüchern vor besondere Herausforderungen. Denn das Kriterium »Preis« verliert bei der Beschaffung von Schulbüchern fast vollständig seinen Auswahlcharakter. Auch sonstige wirtschaftliche Vergünstigungen fallen weitgehend als Wettbewerbsparameter aus, so insbesondere die Gewährung von Zahlungszielen, Zugaben oder Prämien. Bei der Beschaffung von Schulbüchern muss die Kommune deshalb sehr viel stärker als sonst Auswahlkriterien anwenden, die außerhalb des Preises liegen.

Sie wird solche Kriterien in aller Regel im Bereich des *Liefer- und Beratungsservice* finden. So weist u. a. die VK Düsseldorf in ihrem Beschluss vom 22.7.2002, - VK 19/2002-L zutreffend darauf hin, dass sich die Beschaffung von Schulbüchern nicht auf den Einkauf und die Anlieferung der Bücher beschränke, sondern u. a. die ganzjährige Versorgung der Schulen mit Ersatz- und Austauschstücken verlange. Allerdings dürfen kostenlose Serviceleistungen von der Kommune nur dann und in dem Umfang ohne zusätzliches Entgelt verlangt und vom Buchhändler erbracht werden, wie diese *handelsüblich* sind (§ 7 Abs. 4 Nr. 4 BuchPrG). Der Katalog zulässiger Serviceleistungen (vgl. oben Punkt A.6.) lässt sich also nicht beliebig erweitern.

Immer häufiger ist es in der Vergangenheit dazu gekommen, dass die Kommunen, sei es aufgrund der Art und Weise der gewählten Leistungsbeschreibung, sei es aufgrund der tatsächlichen Gleichartigkeit der Angebote, sich genötigt sahen, die Auftragsvergabe *auszulosen.* Die Tendenz der Vergabekammern im Hinblick auf eine Auslosung der Bieter geht wohl dahin, dass aufgrund des Transparenzgebotes unbedingte Voraussetzung ist, dass auf die Alternative der Auslosung im Rahmen der *Bekanntmachung* und in den Ausschreibungsunterlagen bereits hingewiesen wird und die an der Auslosung beteiligten Personen sowie die Modalitäten des Auslosungsverfahrens bekannt gegeben werden. Eine weitere unabdingbare Voraussetzung besteht darin, dass die Auslosung nicht als erstes Mittel der Wahl bemüht wird, sondern *zunächst* ein Versuch unternommen wird, das wirtschaftlichste Angebot aufgrund eines *Quervergleiches* sämtlicher Angebote herauszustellen. Nach Auffassung des OLG Rostock v. 01.08.2003 – 17 Verg 7/03 – kann ein Auslosungsverfahren nur als ultima ratio für die Auswahl der Bewerber angesehen werden. Erst wenn eine ordnungsgemäße Prüfung der eingereichten Angebote nach den vier Wertungsstufen (1. Angebot vollständig und ordnungsgemäß?, 2. Eignung des Bieters?, 3. Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften? und 4. Wirtschaftlichstes Angebot anhand der bekannt gegebenen Wertungskriterien?) erfolgt ist und damit sichergestellt ist, dass eine objektive Auswahl nach objektiven Kriterien unter gleich qualifizierten Bewerbern nicht mehr nachvollziehbar durchführbar ist, kann ein Auslo-

© Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.

sungsverfahren zulässig sein. Es muss jedoch auch beim Auslosen gewährleistet werden, dass das Gleichheitsgebot gewahrt wird. Die Angebote bzw. Bieternamen müssen bei der Prozedur der Auslosung so »verpackt« werden, dass ein Durchscheinen des Namens ausgeschlossen ist. Eine Durchmischung der Lose muss möglich sein. Zudem sollte zuvor festgelegt werden, ob ein Bieter, der im Rahmen der Auslosung auf ein Teillos bereits den Zuschlag erhalten hat, noch weiter im Lostopf verbleibt oder herausgenommen wird, um die Chancen für die weiteren Mitbieter zu erhöhen und eine gleichmäßige Aufteilung des Auftrages zu gewährleisten.

Die bisherige Verfahrenspraxis zeigt, dass öffentliches Vergaberecht und Buchpreisbindung nicht aufeinander abgestimmt sind. Solange jedoch keine gesetzliche Ausnahmeregelung vorgesehen ist, kommt es nach Auffassung des Börsenvereins darauf an, beide Ansätze – Ausschöpfung vorhandenen Differenzierungspotentials einerseits, Auslosungsverfahren anderseits – sinnvoll und auf eine Weise miteinander zu *kombinieren,* die der Chancengleichheit aller Bieter gerecht wird.

Wo echte Wertungsunterschiede festzustellen sind, soll und muss der Bieter zum Zuge kommen, der das günstigste Angebot abgegeben hat. Andererseits verstößt es gegen das Gleichbehandlungsgebot, wenn in die Angebote mehr oder weniger willkürlich Wertungsunterschiede hineingelesen werden. Bei verschiedenen Kommunen ist die Tendenz zu beobachten, durch immer weiter ausdifferenzierte Anforderungskataloge möglichst viele Bieter auszusondern und eine vermeintlich größere Wirtschaftlichkeit des ausgewählten Bieters mit der Erfüllung der Kriterien dieses Kataloges zu begründen. Anstatt jedoch die Vergabeentscheidung auf marginale Unterschiede zu stützen, die wirtschaftlich nicht ernsthaft ins Gewicht fallen und in der Praxis oft keine Bedeutung haben, sollten Kommunen in den Ausschreibungen realistische Anforderungen stellen und bei Gleichwertigkeit der Angebote das Auslosungsverfahren als die bessere Alternative vorziehen.

4. Aufteilung des Gesamtauftrages in Lose

Nach dem Kartell- und Vergaberecht ist mittelständischen Interessen vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Teillose Rechung zu tragen (§ 97 Abs. 3 GWB). Öffentliche Auftraggeber müssen einen Gesamtauftrag deshalb regelmäßig in mehrere Teillose aufgliedern. Die meisten Städte teilen Lose sachbezogen auf, z.B. in Lose über Schulbücher, die für Gymnasien, Realschulen, Grundschulen oder Berufsschulen bestimmt sind. In aller Regel wird der Mindestgesamtwert für ein Einzellos 50.000 Euro nicht unterschreiten. Denn der Auftraggeber muss grundsätzlich bestrebt sein, bei Sammelbestellungen von Büchern für den Schulunterricht den maximalen Nachlass von 15 % zu erhalten (so Vergabekammer Baden-Württemberg, Beschluss v.18.7.2003 – 1 VK 30/03).

Die grundsätzliche Verpflichtung, einen Gesamtauftrag in Lose aufzuteilen, besteht unabhängig davon, ob ein Auslosungsverfahren durchgeführt werden soll oder nicht. Aufteilung in Lose und »Lotterieverfahren« (Losverfahren, besser Auslosungsverfahren) sind auseinander zu halten. Allerdings erscheint eine Aufteilung in Lose mit vergleichsweise niedrigem Gesamtvolumen beim Auslosungsverfahren besonders geboten, u. a. weil viele Bieter bei Ankündigung eines möglichen Auslosungsverfahrens davon absehen werden, sich in einer Bietergemeinschaft zu organisieren. Gerade kleinere Buchhandlungen können nur dann als Einzelbieter an einer Ausschreibung teilnehmen, wenn das Auftragsvolumen ein überschaubares Maß hat.

5. Differenzierungspotential schaffen: Möglichkeiten und Grenzen

Bei der Ausgestaltung der Verdingungsunterlagen wird sich die Kommune darum bemühen, vorhandene Differenzierungsmöglichkeiten auszuschöpfen und ggf. weiteres Potential im rechtlich zulässigen Rahmen zu schaffen.

a) Leistungsgegenstand

Diese Möglichkeit bietet sich zunächst bei der Festlegung und Beschreibung des Leistungsgegenstandes.

aa) Der Preis

Aufgrund des BuchPrG sind die Möglichkeiten einer eigenen Preiskalkulation für Buchhandlungen äußerst begrenzt. Der Preis fällt als Wettbewerbsparameter und Zuschlagskriterium weitgehend aus. Die folgende Übersicht zeigt, in welchen Fällen ein solcher Spielraum ausnahmsweise besteht. Es besteht keine Preisbindung bei:

© Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.

- Schulbüchern nach Aufhebung der Preisbindung;
- fremdsprachigen Büchern, die nicht überwiegend für den deutschen Markt bestimmt sind, z.B. englische Romane, sonstige Fremdensprachenliteratur;
- gebrauchten Schulbüchern;
- CD-ROMs, sofern diese nicht überwiegend textorientiert sind und deshalb Bücher substituieren;
- bestimmten Lernhilfen, Legeplättchen usw.;
- Spielen.

In aller Regel wird die Ausschreibung keine nicht-preisgebundenen Produkte umfassen. So ist in den meisten Ausschreibungstexten fast durchgängig nur von preisgebundenen Schulbüchern die Rede. Sollte sich dies ausnahmsweise anders verhalten, muss dies in den Verdingungsunterlagen gekennzeichnet werden. Normalerweise wird die Kommune die jeweiligen Titel und Produkte einzeln anführen müssen. Nicht preisgebundene Artikel können in Prinzip frei kalkuliert werden. Es darf aber nicht zu einer mittelbaren Verletzung der Preisbindung kommen. Dies wäre der Fall, wenn das betreffende Produkt zu einem Preis angeboten würde, der unterhalb der eigenen Beschaffungskosten liegt. Da Buchhändler nicht im Vorhinein bezüglich jedes nicht-preisgebundenen Artikels wissen, zu welchem Abgabepreis sie diesen vom Hersteller erhalten, ist es in der Praxis oft schwierig, eine konkrete Angabe des Preises bzw. des der Kommune gewährten Nachlass auf den vom Hersteller empfohlenen Verkaufspreis zu machen. Ganz unmöglich ist es dem Buchhändler, solche Angaben zu machen, wenn eine Ausschreibung ohne Bezugnahme auf konkrete Titel erfolgt.

bb) Sonstige preisähnliche Vergünstigungen

Auch sonstige wirtschaftliche Vergünstigungen kommen nicht in Betracht. Unzulässig sind insbesondere: die Gewährung von Nachlässen, Skonto, Zahlungszielen, Prämien oder sonstigen Zugaben. Es kann sich empfehlen, durch einen ausdrücklichen Hinweis in den Verdingungsunterlagen auf die Unzulässigkeit entsprechender Angebote hinzuweisen.

cc) Sonstige wirtschaftliche Vergünstigungen

Weil Preis und preisähnliche Kriterien weitgehend als Wettbewerbsparameter ausfallen, wird die Kommune besonderes Augenmerk auf eine Abfrage des Lieferservices und der Beratungsleistungen legen. Es haben sich bestimmte Servicestandards herausgebildet, dazu zählen:

- Die Anlieferung der Schulbücher vor Ort;
- die Durchführung von Nachbestellungen über das ganze Jahr hinweg;
- die Einhaltung bestimmter Lieferzeiten;
- die Rücknahme von fehlerhaften Büchern;
- die Rücknahme des Verpackungsmaterials;
- Rechnungsstellung nach Vorgabe der Schulen / getrennt nach Schulen;
- »Lieferung frei Haus«;
- »Lieferung sortiert und verpackt nach Klassen in die einzelnen Schulen oder Klassenräume« ;
- Bibliografischer Service;
- Unterstützung der Schulen bei der Ermittlung von Buchtiteln, Bestellnummern, Auflagen und Ladenpreisen

Die meisten Kommunen beschränken sich auf eine Abfrage der üblichen Serviceleistungen. Andere Kommunen werden den üblichen Leistungskatalog um weitere *Leistungen erweitern* wollen. Dies sollte allerdings nicht um jeden Preis geschehen. Vielmehr sollte sich der Leistungskatalog am tatsächlichen *Bedarf* der *Schulen* orientieren. In letzter Zeit zeigt sich jedoch bei Kommunen die Tendenz, Leistungen abzufragen, die in der Praxis kaum eine Rolle spielen dürften. Es bietet sich an, dass die Vergabestelle direkt bei den jeweiligen Schulen anfragt, ob und ggf. welche zusätzlichen Serviceleistungen erwünscht sind bzw. auf welche Leistungen die Schule besonderes Gewicht legt.

© Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.

dd) Form der Leistungsbeschreibung

Die Leistungsbeschreibung- bzw. Abfrage kann grundsätzlich auf verschiedene Art und Weise erfolgen.

Die erwünschten Serviceleistungen können in einem abschließenden Katalog detailliert angeführt werden. Dies bietet die größtmögliche Transparenz und Klarheit für die Anbieter. Der Auftraggeber wiederum kann davon ausgehen, dass alle erforderlichen Leistungen tatsächlich angeboten und erbracht werden.

Beispiel:

Gegenstand der Leistung sind über die Beschaffung und Anlieferung der Schulbücher hinaus folgende Serviceleistungen:

Anlieferung der Schulbücher vor Ort;

ganzjährige Durchführung von Nach- und Einzelbestellungen

Einige Kommunen bevorzugen eine Abfrage in der vorliegenden Form:

Anlieferung der Schulbücher vor Ort ja / nein

Durchführung von Nach- und Einzelbestellungen ganzjährig ja / nein

..... ja / nein

..... .ja / nein

Eine weitere Möglichkeit besteht darin, bestimmte Mindestanforderungen an den Bieter zu stellen, z.B.

Bei der Ausführung des Auftrages erbringt der Bieter den handelsüblichen buchhändlerischen Service, mindestens hat er bei der Angebotsabgabe anzuführen:

Angaben über Modalitäten der Anlieferung

Angaben über die Erledigung von Nach- und Einzelbestellungen

Angaben über .....

Die Form der Leistungsbeschreibung hat Auswirkungen auf den Inhalt der Angebote und damit auf die Wahrscheinlichkeit eines Losverfahrens. Je detaillierter und abschließender der Leistungskatalog, desto größer ist die Wahrscheinlichkeit, dass sämtliche Bieter identische Angebote abgeben. Je offener die Leistungsbeschreibung ausfällt, desto wahrscheinlicher ist, dass wirtschaftlich unterschiedliche Angebote eingehen.

Kommunen, die sich für eine eher offene Ausschreibung entschließen, müssen beachten: Öffentliche Auftrageber sind verpflichtet, die Leistung *eindeutig* und so *erschöpfend* zu beschreiben, dass alle Bewerber die Ausschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und die später eingehenden Angebote miteinander verglichen werden können (§ 8 Abs. 1 VOL/A). So gesehen steht die Kommune vor einer schwierigen *Gratwanderung:* Einerseits muss der Leistungskatalog so klar ausformuliert sein, dass der Bieter weiß, was im Wesentlichen von ihm verlangt wird und »worauf es ankommt«, anderseits sollte genügend Spielraum für ergänzende Angaben, insbesondere zum eigenen Serviceangebot der Buchhandlung, verbleiben.

ee) Nebenangebote

Die Rechtslage stellt sich anders dar, wenn die Kommune *Nebenangebote* zugelassen hat (§ 8 Abs. 4 VOL/A bzw. für den Bereich oberhalb des Schwellenwerts § 9 EG Abs. 5 VOL/A). In diesem Fall kann und soll der Bieter qualitative Verbesserungen gegenüber den vom Auftraggeber aufgestellten Anforderungen zum Gegenstand des Nebenangebots machen. Im Schulbuchbereich ist das Vorliegen eines Nebenangebotes jedoch kaum einmal vorstellbar, da es in der

© Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.

Regel keine gleichwertigen Alternativen zu den ausgeschriebenen Schulbüchern gibt und kein Alternativhersteller des selben Schulbuches existiert.

Öffentliche Auftraggeber, die in untypisch gelagerten Fällen doch einmal Nebenangebote zulassen möchten, müssen beachten: Um die Bewertung von Nebenangeboten zu objektivieren, sieht die Vergabekoordinationsrichtlinie 2004/18/EG in Art. 24 Abs. 4 vor, dass die öffentlichen Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen die *Mindestanforderungen* erläutern, die Nebenangebote erfüllen müssen. Umgesetzt ist dies ins nationale Recht in § 8 Abs. 4 VOL/A bzw. § 9 Abs. 5 EG VOL/A. Auf ein Nebenangebot, das der Auftraggeber zwar zugelassen hat, für das er aber keine Mindestanforderungen bekannt gegeben hat, darf der Zuschlag nicht erteilt werden (EuGH, Urt. v. 16.10.2003, Rs. C-421/01 »Traunfellner«).

ff) Subunternehmer

Die Kommune hat die Möglichkeit, Subunternehmer zuzulassen oder auszuschließen. Grundsätzlich erscheint die Zulassung von Subunternehmern sinnvoll. Vor dem Hintergrund eines möglichen Auslosungsverfahrens werden viele Buchhandlungen davon absehen, sich in einer Bietergemeinschaft zu organisieren. Gerade kleinere Unternehmen könnten durch die Möglichkeit einer Untervergabe in die Lage versetzt werden, sich dennoch an öffentlichen Schulbuchaufträgen zu beteiligen.

b) Eignungskriterien

Nach § 97 GWB ist der Auftrag an *fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige* Bieter zu vergeben. Die Eignungsprüfung wird üblicherweise anhand von Eignungsnachweisen vorgenommen, die der Bieter zu erbringen hat. Die Kommune muss nicht nur sämtliche Nachweise, mit denen das Vorliegen der Eignungskriterien belegen werden soll, sondern auch die Eignungskriterien selbst vorab benennen.

Der Gestaltungsspielraum der Kommune ist bei der Ausgestaltung der Eignungskriterien vergleichsweise eng. Die Kommune darf nur solche Eignungskriterien angeben und ihrer Vergabeentscheidung zugrunde legen, die einen Bezug zum konkreten Auftrag haben. Regelungen zur Tariftreue des Bieters oder zur Umweltförderung gelten grundsätzlich als vergabefremd. Auch sonstige Leistungen wie Verdienste um die örtliche Kulturförderung oder die Schaffung von Ausbildungsplätzen dürfen keinen Eingang in die Ausschreibung finden.

Die Kommune darf auch an die Form der Nachweise keine übertriebenen Anforderungen stellen. Gemäß § 6 Abs. 3 Satz 2 VOL/A bzw. § 7 EG Abs. 1 Abs 2 VOL/A sind grundsätzlich nur Eigenerklärungen der Bieter zu fordern. Bei weiter gehenden Forderungen wie z. B. Bescheinigungen ist daher im Vergabevermerk zu begründen, warum dies notwendig ist (jew. Satz 3 der genannten VOL/A-Vorschriften). Liegen solche Gründe ausnahmsweise vor, darf die Kommune Bescheinigungen verlangen, dass z.B. arbeits-, oder steuerrechtliche Vorgaben eingehalten werden. So können zum Beispiel aktuelle Handelsregister- oder Gewerbezentralregisterauszüge verlangt werden. Wenn der Bieter aber aufgrund seiner Firmenform nicht in das Handelsregister eingetragen werden kann oder muss, musste schon nach bis September 2007 geltender Rechtslage auch ein Auszug aus dem Gewerbezentralregister anerkannt werden, da die Eintragung in das Handelsregister für die Führung einer Buchhandlung nicht erforderlich ist. Nach neuer Rechtslage, die durch das *Zweite Gesetz zum Abbau bürokratischer Hemmnisse insbesondere in der mittelständischen Wirtschaft* in Kraft trat, ist auch die Vorlage einer Gewerbe*zentral*registerauskunft nicht weiter erforderlich. Der Bieter kann verlangen, dass ein alternativer Nachweis, z.B. über den Eintrag im Gewerberegister anerkannt wird. Ebenso genügt nun eine Eigenerklärung des Bieters, dass die Voraussetzungen für einen Ausschluss nach § 6 des Arbeitnehmerentsendegesetzes nicht vorliegen. Die Kommune muss die Vorlage dieser Nachweise ausdrücklich zulassen. Verweigert sie dies, handelt es sich um einen Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip, der gerügt werden kann. Darüber hinaus sollte die Kommune im Regelfall eine Bestätigung des Bieters verlangen, dass das BuchPrG eingehalten wird. Zweifel an der Zuverlässigkeit sind begründet bei auftragsbezogenen Rechtsverstößen, z.B. gegen Arbeitsgesetze, das BuchPrG oder das Kartellrecht.

Auch das *Diskriminierungsverbot* zieht der Gestaltungsfreiheit Grenzen. Die *Ortsansässigkeit* eines Bieters oder einer Bietergemeinschaft stellt grundsätzlich kein geeignetes Eignungs- oder Vergabekriterium dar (für das Schulbuchgeschäft ausdrücklich Vergabekammer Baden-Württemberg, Beschl. v.18.7.2003 – 1 VK 30/03.; 1. Vergabekammer d. Freistaates Sachsen Beschluss vom 2.7.2003 – 1/SVK/062-03). Andererseits darf der örtliche Buchhandel auch nicht gegen-

© Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.

über überregionalen Anbietern benachteiligt werden. So darf die Sorge um mögliche Nachprüfungsverfahren nicht dazu führen, dass die Kommune ortsansässige Buchhandlungen überhaupt nicht mehr oder nicht mehr im gebotenen Umfang berücksichtigt.

Der Aspekt der Ortsansässigkeit ist zu unterscheiden von dem Kriterium eines *Ansprechpartners vor Ort.* Die Zulässigkeit dieses Kriteriums hängt maßgeblich vom Auftragsbezug ab, also der sachlichen Notwendigkeit einer Präsenz vor Ort. Soweit ersichtlich, sind die Vergabekammern bislang überwiegend der Auffassung, dass ein Ansprechpartner vor Ort bei der Beschaffung von Schulbüchern nicht erforderlich ist und daher auch nicht in den Ausschreibungen gefordert werden darf. Das ist richtig, wenn der Schwerpunkt der Leistung auf der Lieferung der Schulbücher bzw. der Abwicklung des Hauptauftrages liegt. Eine andere Betrachtung könnte dann geboten sein, wenn im größerem Umfang Service- und sonstige Dienstleistungen ausgeschrieben werden, die eine unmittelbare räumlichen Nähe zwischen Schule und Lieferanten erfordern.

c) Bevorzugte Bieter

In den letzten Jahren haben Schulbuchhändler versucht, sich über die Bildung von Arbeitsgemeinschaften mit Behinderten- oder Blindenwerkstätten als „bevorzugte Bieter" Zuschläge bei Schulbuchvergaben zu sichern. Nach der vergaberechtlichen Einschätzung des Börsenvereins ist – zumindest oberhalb des Schwellenwerts – eine Bevorzugung solcher Arbeitsgemeinschaften bei Schulbuchvergaben unzulässig. Der Börsenverein wird für den Fall, dass Kommunen solche Arbeitsgemeinschaften bevorzugt berücksichtigen sollten, ein Musterverfahren unterstützen, um diese Frage ggf. auch durch die Gerichte klären zu lassen.

Eine bevorzugte Berücksichtigung solcher Arbeitsgemeinschaften scheitert regelmäßig daran, dass Behindertenwerkstätten nur maximal 2,5 % der von einem Schulbuchlieferanten erforderten Gesamtleistung erbringen können. Anders als bei Aufträgen, die vollständig von Behindertenwerkstätten erfüllt werden können, kommt deren Bevorzugung deshalb bei der Vergabe von Schulbuchaufträgen nicht in Frage.

d) Zuschlagskriterien

Der Auftraggeber ist verpflichtet, sämtliche relevanten Zuschlagskriterien in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen *bekannt* zu geben, und zwar möglichst in der Reihenfolge ihrer Bedeutung. Mögliche Unterkriterien sind u.a.: Preis, Ausschreibungsfrist, Betriebskosten, Rentabilität, Qualität der Leistung, Kundendienst, Lieferzeit, Ausführungszeitraum oder Beratungsservice.

Grundsätzlich ist zu empfehlen, dass die Kommune klar zum Ausdruck bringt, welches *Gewicht* sie auf die einzelnen Zuschlagskriterien legt. Einige Vergabekammern, insbesondere die VK Düsseldorf, sehen bereits geringste (Preis-) Unterschiede, im Extremfall wenige Euro Preisdifferenz im Bereich nicht preisgebundener Bücher, als ausschlaggebendes Zuschlagskriterium an. Kommunen können dieser Auslegung begegnen, indem sie in den Verdingungsunterlagen klarstellen, dass sie bestimmte Serviceleistungen höher bewerten als geringfügige Preisvorteile, dass also ein »Mehr an Service« preisliche Unterscheide ausgleichen kann. Das entspricht auch dem Vergaberecht, wonach der Angebotspreis - falls nicht der Preis einziges Zuschlagskriterium ist - bei der Vergabeentscheidung allein nicht entscheidend ist (§ 18 Abs. 1 VOL/A bzw. § 21 Abs. 1 EG VOL/A). Teilweise wird vorgeschlagen, die jeweiligen Kriterien je nach Relevanz in einer *Bewertungsmatrix* o. ä. zu erfassen. Ob und in welchem Umfang dies sinnvoll erscheint, muss vom Einzelfall abhängig gemacht werden. Mitunter sind Transparenz und Objektivität solcher Punktesysteme nur eine scheinbare, so dass ihr Nutzwert zweifelhaft erscheint.

Eignungs- und Zuschlagskriterien sind in den Verdingungsunterlagen voneinander *abzugrenzen.* Im Einzelfall können Eignungskriterien auch Bedeutung für die *Wirtschaftlichkeit* des Angebots haben. Denkbar ist dies z. B. für Kriterien wie Investitionssicherheit, Abschlussrisiko oder eine erhöhte Leistungs-, und Belieferungssicherheit, wie sie häufig durch eine Bietergemeinschaft gewährleistet wird. Nach Auffassung des EuGH kann im Einzelfall selbst die zuverlässige und dauerhafte Versorgung ein Zuschlagskriterium darstellen (EuGH vom 28.3.1995 – Rs. C-324/93 Slg.) Soweit die Kommune solche geldwerten Aspekte im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsprüfung berücksichtigen will, muss sie dies den Bietern bekannt geben (so Vergabekammer Düsseldorf, Beschluss vom 14.7.2003 – VK- 19/2003, Seite 14). Ob und inwieweit diese und vergleichbare Aspekte bei der Beschaffung von Schulbüchern als »wirtschaftlicher« Vorteil gewer-

© Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.

tet werden können, ist nicht abschließend geklärt. Auch die VK Düsseldorf hatte diese Frage in der vorgenannten Entscheidung offen gelassen.

e) Bekanntgabe eines geeigneten Auswahlverfahrens

Will sich die Kommune die Durchführung eines Auslosungsverfahrens bei Vorliegen gleichwertiger Angebote vorbehalten, muss sie dies in der Vergabebekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen ankündigen (Vergabekammer Düsseldorf, Beschluss vom 14.7.2003 – VK 19/ 2003). Sinnvollerweise sollte dies bereits in der Vergabebekanntmachung geschehen.

Auch die Modalitäten des Verfahrens sind anzugeben, soweit sie Einfluss auf das Bieterverhalten haben können. Darüber hinaus sollten zumindest in den Verdingungsunterlagen weitere Einzelheiten bekannt gegeben werden, u.a. wer bei der Ziehung zugegen ist. Denkbar ist z.B., den Leiter des Rechnungsprüfungsamtes hinzuzuziehen, als »vertrauensbildende Maßnahme« kann auch die Anwesenheit von Bietern zugelassen werden.

Grundsätzlich erscheint die Vornahme einer *Loslimitierung* sinnvoll. Praktisch heißt dies, dass ein zum Zuge gekommener Bieter für das weitere Verfahren ausscheidet. In diesem Fall sollten die Teillose von ihrer Wertigkeit möglichst gleich sein. Einige Kommunen haben angekündigt, ein Auslosungsverfahren nur dann durchzuführen, wenn die Zahl der Bieter die Anzahl der (Teil-) Lose übersteigt und die Teillose andernfalls auf alle geeigneten Bieter gleichmäßig zu verteilten. Die Vergabekammer Baden- Württemberg hat sich unter Hinweis auf die Berücksichtigung mittelständischer Interessen ausdrücklich für die Vornahme einer Loslimitierung ausgesprochen.

Führt die Kommune ein Auslosungsverfahren durch, ohne dass sie dies zuvor in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angekündigt hat, kann die Zuschlagsentscheidung angefochten werden. Dies kann zu einer Aufhebung der gesamten Ausschreibung führen (VK Düsseldorf, Beschl. v. 14.7.2003, 19/2003-L).

f) Problem der „Mehrfachbewerbungen": VK Baden-Württemberg vom 03.06.2004

Im Jahr 2004 ist es aufgrund der zwischenzeitlich bekannten vermehrten Tendenz der Kommunen, die Aufträge im Wege der Auslosung zu vergeben, bundesweit zu sog. *Mehrfachbewerbungen* miteinander verflochtener Firmen gekommen. Teilweise waren bei einzelnen Ausschreibungen bis zu sieben Firmen festzustellen, die aufgrund von Gesellschafter- und/oder Geschäftsführeridentitäten, gleicher Servicetelefonnummern, identischer Anschriften o. ä. als untereinander verbunden angesehen werden mussten. Die Vergabekammern wurden im Rahmen von diversen Nachprüfungsverfahren bundesweit mit dieser Problematik befasst.

Die erste Entscheidung erließ die Vergabekammer Baden-Württemberg am 3.6.2004 (1 VK 29/04). Nach dieser Entscheidung ergab sich im konkreten Fall die Pflicht zum Ausschluss der Mehrfachangebote bereits aus den Verdingungsunterlagen: Nach diesen war für den Fall der Abgabe wirtschaftlich gleichwertiger Angebote vorgesehen, die Einzelaufträge auszulosen. Diese Auslosung sollte getrennt nach Losen erfolgen. Sie sollte mit dem Los beginnen, auf das sich die meisten Bieter beworben hatten. Ein Bieter sollte nicht mehr als ein Los erhalten. Ein Bieter, der hiernach ein Los erhalten hatte, sollte von der weiteren Auslosung ausgeschlossen werden.

Sinn und Zweck dieser Regel war, die wirtschaftlichen Vorteile einer Auftragserteilung möglichst vielen Bietern zukommen zu lassen. Dies wurde in den Verdingungsunterlagen ausdrücklich nochmals betont. Dieser Zielsetzung widerspricht es, wenn mehrere Firmen, bei denen jeweils Mitglieder einer Familie Gesellschafter sind, an den einzelnen Verlosungen teilnehmen. Dies gilt zumindest dann, wenn, wie in diesem Fall, eines der Familienmitglieder bei jeder der bietenden Firmen Gesellschafter oder Mitgesellschafter ist.

Rein formell bemühen sich zwar juristisch eigenständige Unternehmen um den Auftrag, so dass sich argumentieren lässt, dass den Vorgaben der Verdingungsunterlagen entsprochen wurde, wenn man sämtliche Firmen zulässt. Diese formale Betrachtung widerspricht jedoch der Zielsetzung des beabsichtigten Losverfahrens. Wirtschaftlich betrachtet, erlangen letztlich die jeweiligen Gesellschafter im Rahmen der Gewinnverteilung die Vorteile, die durch den Abschluss der jeweiligen Verträge entstehen. Durch eine Beteiligung an mehreren Firmen erhöht sich die Chance zur Erzielung eines wirtschaftlichen Vorteils deutlich. Die Vergabestelle hatte hingegen beabsichtigt, dass möglichst viele über eine Chance verfügen, einen wirtschaftlichen Gewinn zu erzielen.

© Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.

Des Weiteren ergab sich nach Ansicht der VK die Pflicht zum Ausschluss der Angebote weiter aus § 16 Abs. 3 lit. f VOL/A bzw. § 19 EG Abs. 3 lit. f VOL/A (§ 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. f VOL/A a. F.). Nach dieser Bestimmung sind Angebote von Bietern auszuschließen, die in Bezug auf die Vergabe eine unzulässige wettbewerbsbeschränkende Abrede getroffen haben.

Der Begriff der wettbewerbsbeschränkenden Abrede ist mit Blick auf den das gesamte Vergabeverfahren beherrschenden Wettbewerbsgrundsatz weit auszulegen. Er ist nicht nur auf ein gesetzwidriges Verhalten beschränkt, sondern umfasst alle sonstigen Absprachen, aber auch Verhaltensweisen, die mit dem vergaberechtlichen Wettbewerbsgebot des § 97 Abs. 1 GWB, § 2 Abs. 1 VOL/A bzw. § 2 Abs. 1 EG VOL/A (§ 2 Nr. 1 VOL/A a.F.) unvereinbar sind, vgl. OLG Düsseldorf, VergR 2003, 690. Wettbewerbsbeschränkend ist jedes Verhalten, das auf die Einschränkung von Wettbewerb hinausläuft. Im Schulbuchgeschäft reicht aufgrund der bestehenden Buchpreisbindung die reine Überprüfung von Preisabsprachen nicht aus, da ein preislicher Wettbewerb gerade nicht stattfindet. Die Betrachtung muss sich daher auf die Aspekte des Zugangs zur Teilnahme an dem wohl mehr oder weniger regelmäßig folgenden Losverfahren beziehen.

In dem hier zu entscheidenden Fall war festzustellen, dass lediglich eine der Firmen in der Vergangenheit mit dem Vertrieb von Schulbüchern an Letztabnehmer befasst war. Eine weitere Firma war zwar bereits vor mehreren Jahren gegründet worden, sie hat sich in den letzten Jahren jedoch nicht nachweisbar mit dem Vertrieb von Schulbüchern befasst. Andere der Firmen wurden erst kürzlich gegründet. Außerdem hatte der die unterschiedlichen Firmen vor der Vergabekammer vertretende Mitgesellschafter kund getan, dass die Firmen gegründet bzw. reaktiviert worden seien, um die Chancen in einem Auslosungsverfahren zu erhöhen. Weitere Indizien für ein wettbewerbswidriges Verhalten waren: gemeinschaftliche Nutzung der Lieferfahrzeuge, gemeinsames Zentrallager, welches durch wiederum eine andere Firma des Familienverbundes vermietet wurde. Auch waren die mehreren beigeladenen Firmen durch eine Person in der Verhandlung vor der Vergabekammer vertreten worden, die auch üblicherweise bei der Abwicklung der Schulbuchaufträge mit den Vergabestellen in Kontakt tritt. In anderen Entscheidungen von Vergabekammern kamen noch weitere Indizien hinzu, wie gemeinsame Service-, Telefon- und Faxnummern, gemeinsame E-Mail-Adressen, teilweise identische Geschäftsanschriften, teilweise identische Briefkopfaufmachung, gleiche Schrifttypen, gleicher Inhalt bei den Angeboten (Serviceleistungen).

Mit der Problematik „Mehrfachbewerbungen" haben sich des Weiteren noch die Vergabekammern in Düsseldorf, Köln, Arnsberg und Münster beschäftigt. Sämtliche Entscheidungen hielten im Tenor eine Mehrfachbewerbung unter dem Aspekt des wettbewerbswidrigen Verhaltens für unzulässig, mit der Konsequenz, dass sämtliche betroffenen Bieterfirmen auszuschließen waren und eine erneute Auswahlentscheidung zu treffen war

Insbesondere zum *Ausschluss von Mehrfachbewerbungen* erscheint es ratsam, die folgenden Unterlagen bzw. Angaben unbedingt zu fordern (und natürlich auch zu prüfen und zu bewerten):

- Angaben darüber, ob eine Zusammenarbeit bzw. Kooperation oder sonst wie geartete gesellschaftliche Verbindung/Verknüpfung zu anderen Firmen vorliegt. Hier kann insbesondere die Nennung der Geschäftsführer und Gesellschafter verlangt werden.
- Vorlage des aktuellen Handelsregisterauszuges, aus dem sich u.a. die Veränderungen ergeben, die in den letzten zwei Jahren hinsichtlich der Eigentümer und Geschäftsführer der Firma stattgefunden haben. Der Hinweis hierzu sollte unbedingt schon in der Bekanntmachung erfolgen, damit auch ausländische Unternehmen eine Chance haben, die Unterlagen zu besorgen. Zu beachten ist, dass es nicht zum Nachteil des Bieters gereichen darf, wenn ein Handelsregisterauszug aufgrund der Firmenform mangels Eintragung im HR nicht beigebracht werden kann.
- Referenzliste bezüglich der Durchführung von Schulbuchaufträgen oder vergleichbaren Großaufträgen für drei Jahre unter Nennung des jeweiligen Ansprechpartners samt Telefonnummer und des Auftragsvolumens,
- Beschreibung der technischen Ausrüstung (vorhandene eigene Pkw als Lieferfahrzeuge, gemietete Pkw, Nutzung eines gemeinschaftlichen oder eigenen Zentrallagers etc.),
- Angaben über die Größe des Betriebes, insbesondere die Zahl der ständigen Mitarbeiter, der zur Aushilfe eingestellten Mitarbeiter, etc.,
- Angaben darüber, ob der Auftrag selbst ausgeführt wird oder ob beabsichtigt ist, andere Buchhandlungen / Unternehmen mit einzubinden.

© Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.

Ergibt sich anhand der Überprüfung dieser Unterlagen, dass keine gesellschaftliche Verflechtung – mehr – vorliegt, so sind die Bieter zum Verfahren zuzulassen und an der Auslosung zu beteiligen.

Zu dem Erfordernis der Referenzliste ist anzumerken, dass es überlegenswert erscheint, dieses nicht in Bezug auf die »letzten drei Jahre« zu formulieren, sondern nur »für drei Jahre«. Hintergrund dieser Unterscheidung ist der Umstand, dass gerade aufgrund des Auslosungsverfahrens keine wirtschaftliche Entscheidung mehr getroffen wird. Der Bieter, der den Auftrag erhält, bekommt diesen in der Regel nicht, weil sein Angebot das Beste war, sondern weil er Glück bei der Auslosung hatte. Beschränkt man die Referenzliste auf die »letzten drei Jahre«, fallen alle Bieter heraus, die bei der bzw. den letzten Auslosungen kein Glück hatten und sich nur an wenigen Ausschreibungen oder sogar nur örtlich beteiligt haben. Kommunen, die Schulbuchaufträge für Zeiträume von mehr als einem Jahr ausschreiben, sollten deshalb generell auf die Forderung nach einer Referenzliste verzichten. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass ortsansässige Buchhändler, die sich nur für das örtliche Schulbuchgeschäft interessieren, von vorneherein nicht berücksichtigt werden können.

g) Bekanntmachung

Öffentliche Auftraggeber müssen ihre Absicht, einen Auftrag zu vergeben, in geeigneter Weise bekannt geben (§ 97 Abs. 1 GWB, § 12 VOL/A bzw. § 15 EG VOL/A). Die Bekanntmachungen sind dem Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften mitzuteilen und werden dann im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften veröffentlicht. Öffentliche Ausschreibungen können außerdem durch Tageszeitungen oder Fachzeitschriften bekannt gegeben werden; zweckmäßigerweise sollten Schulbuchausschreibungen auch in der lokalen Tagespresse veröffentlicht werden.

Weitere Informationen erhalten Sie in der Rechtsabteilung: Tel. 069/1306-314, rechtsabteilung@boev.de

© Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.