

Gutachterliche Stellungnahme
im Auftrag der Landeshauptstadt Hannover
zu den vergaberechtlichen Anforderungen
an die Beschaffung von Büchern für die Stadtbibliothek Hannover

A. Hintergrund, Ausgangslage

Die Stadtbibliothek Hannover ist eine Organisationseinheit der Kommunalverwaltung der Landeshauptstadt Hannover. Jährlich steht ein Etat von ca. 1,3 Millionen Euro zur Verfügung, um ein Medienangebot für die Kund*innen zu beschaffen. Die Beschaffung der deutschsprachigen Medien in einem Umfang von zur Zeit rund 560.000 Euro erfolgt aktuell **überwiegend** im lokalen Buchhandel, ohne dass diesbezüglich Vergabeverfahren durchgeführt werden.

In der Vergangenheit war mit Blick auf das Buchpreisbindungsgesetz (BuchPrG) davon ausgegangen worden, dass ein Vergabeverfahren nicht erforderlich sei, da in einem solchen ein wirtschaftlicher Vorteil ohnehin nicht erzielt werden könne. Gemäß §§ 3, 5 BuchPrG ist beim gewerbs- oder geschäftsmäßigen Verkauf von Büchern an Letztabnehmer der vom Verlag oder Importeur festgesetzte Bruttopreis zwingend einzuhalten. Ähnliche Regelungen – zum Teil gesetzlicher Art, zum Teil auf Basis von Branchenvereinbarungen – gibt es in der EU u. a. in Frankreich, Portugal, den Niederlanden und Ungarn, während z. B. in Schweden und Lettland die Endkundenpreise vom Handel frei festgelegt werden können¹.

Das interne Rechnungsprüfungsamt hat Ende 2022 in einem Prüfbericht gerügt, dass bei diesem Verfahren das Vergaberecht nicht beachtet wird und unter Verweis auf § 106 Abs. 1 GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung) und Art. 4 der (EU)Richtlinie 2014/24/EU eine EU-weite Ausschreibung angemahnt. Die Ankündigung hat breite lokale Beachtung gefunden. Es wird befürchtet, dass der lokale Buchhandel wirtschaftliche Gewinne verlieren wird.

Es ist beabsichtigt, mit den Medien i. d. R. auch vor- und nachgelagerte Service- und Veredelungsleistungen (Vorauswahl, Datenlieferung und Systematisierung / Erschließung, Folierung, Laminierung und Kodierung) auszuschreiben, die in der Vergangenheit bereits rund 10 % der Beschaffungssumme ausgemacht haben.

¹ Information der European and International Booksellers Federation (EIBF) vom 03.05.2022, abrufbar unter <https://europeanbooksellers.eu/press/european-book-pricing-how-much-do-you-know>.

Der Rat der Landeshauptstadt Hannover hat zu diesem Thema folgenden Beschluss gefasst²:

*„Die Stadtbibliothek und ihre Filialen in den Stadtteilen gestaltet den Ankauf und die Verarbeitung von Medien rechtskonform weiterhin so, dass der Ankauf von Medien nach Fachgebieten und Medienformen in einzelnen Aufträgen zugunsten des örtlichen, überwiegend inhaber*innengeführten Buchhandels und die Verarbeitung bzw. Veredlung von Medien (Folierung, Laminierung und Kodierung) gesondert durch andere Einrichtungen, zum Beispiel den Stützpunkt Hölderlinstraße oder eine andere soziale Einrichtung, erfolgt. Auf diese Weise soll sichergestellt werden, dass im Sinne der lokalen Wirtschaftsförderung örtliche, überwiegend inhaber*innengeführte Buchhandlungen an dem Verfahren mit Erfolgsaussicht teilnehmen können.“*

In dem vorliegenden Rechtsgutachten sollen laut Auftrag die folgenden Fragestellungen beantwortet werden:

1. Findet die Richtlinie 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe im Zusammenhang mit preisgebundenen Medien Anwendung?
2. Die Stadtbibliothek Hannover ist eine Organisationseinheit, die ihre Leistung an 17 Standorten und einer Fahrbibliothek anbietet. Jedem Standort sind Medien zugeteilt. Ausleihe und Rückgabe können an jedem Standort erfolgen. Die Beschaffung wird zentral durchgeführt. Welchen Einfluss auf die Anwendung vergaberechtlicher Vorschriften und insbesondere der Richtlinie 2014/24/EU hätte es,
 - a. wenn die Medien einzeln für jeden Standort bestellt werden würden oder
 - b. wenn die Auftragsvergabe aufgeteilt in kleinere Lose nach Fachgebieten erfolgen würde oder
 - c. mehrere kleine Verfahren durchgeführt werden würden?
3. Gibt es ein rechtskonformes Vergabeverfahren, das eine Bevorzugung des örtlichen Buchhandels und/oder inhabergeführter Buchhandlungen zulässt und wie würde ein solches Verfahren gegebenenfalls aussehen?
4. Ermöglicht die Anwendung des § 9 Niedersächsisches Tariftreue- und Vergabegesetz (NTVergG) zur Förderung kleiner und mittlerer Unternehmen eine Beschränkung auf Buchhandlungen im Stadtgebiet Hannover?
5. Mit dem Etat werden vor- und nachgelagerte Service- und Veredlungsleistungen (Vorauswahl, Datenlieferung und Systematisierung/Erschließung, Folierung, Laminierung und Kodierung) bezahlt. Der Anteil am Gesamtaufwand beläuft sich auf rund 10 %. Welchen Einfluss hätte eine Abtrennung dieser Leistungen auf die vergaberechtliche Betrachtung des Erwerbs der preisgebundenen Medien?

² Antrag Nr. 0714/2023 vom 14.02.2023.

B. Gutachterliche Stellungnahme, rechtliche Würdigung

I. Zu Frage 1: Findet die Richtlinie 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe im Zusammenhang mit preisgebundenen Medien Anwendung?

Die sogenannte Vergabekoordinierungsrichtlinie 2014/24/EU³ gilt als EU-Richtlinie in den Mitgliedstaaten nicht unmittelbar, sondern bedarf gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV⁴ einer Umsetzung in nationales Recht. In Deutschland ist die Umsetzung der Vorschriften zum Anwendungsbereich auf Bundesebene durch den 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)⁵ erfolgt. Dabei wurde der Wortlaut der maßgeblichen Vorschriften aus der Richtlinie vollständig in das GWB übernommen. Nach beiden Regelungswerken ist der Anwendungsbereich des EU-Vergaberechts eröffnet für öffentliche Aufträge (sachlicher Anwendungsbereich), die von öffentlichen Auftraggebern (persönlicher Anwendungsbereich) vergeben werden und die einen bestimmten Schwellenwert erreichen⁶.

Die Landeshauptstadt Hannover ist als Gebietskörperschaft öffentlicher Auftraggeber in diesem Sinne⁷. Öffentliche Aufträge sind u. a. entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggeber und Unternehmen über die Lieferung von Waren⁸. Unter den Begriff „Waren“ fallen alle beweglichen Sachen⁹. Die Tatbestandsmerkmale des öffentlichen Auftrags sind vorliegend zweifellos erfüllt.

Der maßgebliche Auftragsschwellenwert richtet sich gemäß der dynamischen Verweisung in § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB nach der jeweils aktuellen Fassung der Richtlinie 2014/24/EU. Aktuell liegt dieser Wert für Liefer- und Dienstleistungen nach Art. 1 Nr. 1 lit. c) der gültigen delegierten Verordnung¹⁰ bei 215.000 EUR (netto)¹¹. Zur Beurteilung, ob der Schwellenwert in einem konkreten Beschaffungsfall erreicht wird, ist der Auftragswert nach Maßgabe von § 3 der Verga-

³ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. L 094 vom 28.03.2014, S. 65.

⁴ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 13. Dezember 2007 – konsolidierte Fassung, ABl. C 202 vom 07.06.2016, S. 47.

⁵ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 22 des Gesetzes vom 8. Oktober 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 272) geändert worden ist.

⁶ Art. 1 Abs. 1 Richtlinie 2014/24/EU und §§ 99, 103, 106 GWB.

⁷ Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 Richtlinie 2014/24/EU und § 99 Nr. 1 GWB.

⁸ Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 Richtlinie 2014/24/EU und § 103 Abs. 2 GWB.

⁹ D. h. sowohl körperlich greifbare Bücher und Zeitschriften, als auch ggf. digitale Medien, vgl. Hüttinger, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 3. Aufl. 2017, § 103, Rn. 119: „Unerheblich ist der Aggregatzustand der Ware“.

¹⁰ Delegierte Verordnung (EU) 2021/1952 der Kommission vom 10. November 2021 zur Änderung der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für die Vergabe öffentlicher Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge sowie für Wettbewerbe, ABl. L 398 vom 11.11.2021, S. 23.

¹¹ Ab 01.01.2024: 221.000 EUR (netto).

beverordnung (VgV)¹² zu schätzen, durch die der Wortlaut von Art. 5 der Richtlinie 2014/24/EU in nationales Recht übernommen wurde. Zu berücksichtigen ist danach der geschätzte Gesamtwert eines öffentlichen Auftrags, einschließlich aller Optionen¹³. Im Falle einer Rahmenvereinbarung ist der voraussichtliche Gesamtwert aller Einzelaufträge, die während der Vertragslaufzeit erteilt werden sollen, in die Auftragswertschätzung einzustellen¹⁴. Der hier vorgesehene Beschaffungsumfang von ca. 560 TEUR p. a. überschreitet den EU-Schwellenwert mithin deutlich, selbst wenn nur eine einjährige Vertragslaufzeit angenommen wird¹⁵.

§§ 107 und 116 GWB ordnen jeweils für bestimmte Auftragsgegenstände an, dass diese nicht in den Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts fallen. Die hier zu begutachtende Beschaffung von Medien lässt sich dort jedoch nicht einordnen. Eine Erweiterung dieses Katalogs an Ausnahmetatbeständen kann nur durch die EU-Institutionen erfolgen, weil es sich bei den genannten Vorschriften um eine Umsetzung der o. g. Richtlinie 2014/24/EU handelt. Der Bund alleine ist insoweit nicht berechtigt, Ausnahmen für bestimmte Sektoren zu schaffen.

Auch der Umstand, dass es sich bei den zu beschaffenden Medien um preisgebundene Waren handelt, führt nicht zur Unanwendbarkeit des GWB-Vergaberechts. Wie sich § 127 Abs. 1 GWB entnehmen lässt, hat der öffentliche Auftraggeber bei der Festlegung der Zuschlagskriterien zwar einen weiten Spielraum, wie er das „wirtschaftlichste“ Angebot – also das mit dem aus Sicht des Auftraggebers besten Preis-/Leistungs-Verhältnis – definiert¹⁶. Jedoch sind gemäß § 127 Abs. 2 GWB „verbindliche Vorschriften zur Preisgestaltung“ bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots ausdrücklich „zu beachten“. Aus dem GWB selbst ergibt sich mithin, dass es Fälle geben kann, in denen aufgrund einer gesetzlichen Preisbindung ein Preiswettbewerb ausgeschlossen ist. Gemäß § 58 Abs. 2 Satz 2 VgV gilt darüber hinaus, dass der Auftraggeber – sogar außerhalb einer gesetzlichen Preisbindung – ermächtigt ist, Festpreise vorzugeben und die Wirtschaftlichkeitsbewertung alleine anhand der Qualität der angebotenen Leistung vorzunehmen. Ein gesetzlich ausgeschlossener Preiswettbewerb ändert daher nichts daran, dass die vergaberechtlichen Vorschriften auch auf solche Beschaffungen anzuwenden sind. Die Beschaffung von dem Buchpreisbindungsgesetz (BuchPrG) unterliegenden Medien fällt in eben jene Kategorie von Beschaffungen¹⁷.

Fazit: Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass die Richtlinie 2014/24/EU – in der Form ihrer nationalen Umsetzung im GWB und der VgV – auch auf die Beschaffung preisgebundener Medien Anwendung findet.

¹² Vergabeverordnung vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624), die zuletzt durch Artikel 1 der Verordnung vom 17. August 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 222) geändert worden ist.

¹³ Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2014/24/EU und § 3 Abs. 1 VgV.

¹⁴ Art. 5 Abs. 5 Richtlinie 2014/24/EU und § 3 Abs. 4 VgV.

¹⁵ Unter nachfolgender Ziffer 2 gehen wir auf den Einfluss möglicher Gestaltungsvarianten auf die Auftragswertschätzung, und damit die Anwendbarkeit des EU-Vergaberechts, ein.

¹⁶ Zuschlag, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, a.a.O., § 127, Rn. 31.

¹⁷ Zuschlag, a.a.O., Rn. 92.

II. Zum Fragenkomplex 2

Die im Fragenkomplex 2 angesprochenen Fallgruppen betreffen unterschiedliche Optionen der Aufteilung des Gesamtumfangs der Beschaffung, die möglicherweise dazu führen könnten, dass der o. g. EU-Schwellenwert, der für die Anwendung des GWB-Vergaberechts maßgeblich ist, im Einzelfall ggf. nicht erreicht würde.

Diesbezüglich ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Nichtanwendbarkeit von GWB und VgV alleine wegen des (geringeren) Auftragswerts nicht zu einer entscheidend anderen vergaberechtlichen Rechtslage führen würde:

Unterhalb der EU-Schwellenwerte regelt nicht der Bund das vergaberechtliche Rechtsregime, sondern die Länder in eigener Verantwortung. In Niedersachsen gilt insoweit das Niedersächsische Tariftreue- und Vergabegesetz (NTVergG)¹⁸. Danach sind öffentliche Aufträge über Liefer- und Dienstleistungen, die den EU-Schwellenwert nicht erreichen, unter Anwendung der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)¹⁹ zu vergeben (§ 3 Abs. 1 NTVergG). Hinsichtlich des persönlichen und sachlichen Anwendungsbereichs verweist das NTVergG vollständig auf die Regelungen in den §§ 99, 103 GWB²⁰. Medienbeschaffungen der Landeshauptstadt Hannover fallen deshalb auch unterhalb der EU-Schwellenwerte in den Anwendungsbereich des Vergaberechts. Eine sachliche Ausnahmevorschrift, welche die Beschaffung von (preisgebundenen) Medien von der Geltung vergaberechtlicher Vorschriften freistellen würde, existiert hier ebenfalls nicht²¹. Für die Schaffung eines eventuellen Ausnahmetatbestands für den hier betroffenen Warenssektor wäre der niedersächsische Landesgesetzgeber zuständig.

Auch bei Unterschreitung des EU-Schwellenwerts wären also im Einzelfall Vergabeverfahren – dann nach den Vorschriften der UVgO – durchzuführen; es müsste grundsätzlich eine (bundesweite) öffentliche Ausschreibung oder eine beschränkte Ausschreibung mit (bundesweitem) Teilnahmewettbewerb stattfinden²². Die nachfolgenden Ausführungen unter Ziffern B.III bis B.V gelten insoweit unabhängig davon, ob ein EU-weites, oder ein nationales Vergabeverfahren durchgeführt wird.

Wird auf Basis der – ggf. kumuliert zu betrachtenden (siehe nachfolgend) – Auftragswerte aller Einzelaufträge der EU-Schwellenwert erreicht, gilt das GWB-Vergaberecht grundsätzlich für jede Einzelvergabe, unabhängig von ihrem isolierten Wert. Es ist dann lediglich auf Grundlage von § 3 Abs. 9 VgV möglich, einzelne Lose nach nationalem Vergaberecht zu vergeben, wenn

¹⁸ Niedersächsisches Gesetz zur Sicherung von Tariftreue und Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 31. Oktober 2013 (Nds. GVBl. S. 259 - VORIS 72080 -), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 20. November 2019 (Nds. GVBl. S. 354).

¹⁹ Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte, vom 02.02.2017, BAAnz. AT 07.02.2017, B1.

²⁰ Siehe § 2 Abs. 1, 5 NTVergG.

²¹ Vielmehr sind sogar die o. g. Ausnahmen in §§ 107, 116 GWB auf Liefer- und Dienstleistungen nicht entsprechend anwendbar (im Gegensatz zu Bauleistungen), vgl. § 3 Abs. 1, 2 NTVergG.

²² § 8 Abs. 1, 2 UVgO.

das Einzellos einen Wert von 80.000 EUR nicht übersteigt und die national vergebenen Lose insgesamt nicht mehr als 20 % des Gesamtwerts aller Lose ausmachen. Die Zuordnung der Einzellose zu EU- und nationalem Kontingent ist vor Beginn des ersten Vergabeverfahrens festzulegen, zu dokumentieren und darf im Verlauf des Beschaffungsprozesses nicht mehr verändert werden²³. Bzgl. des sogenannten 20 %-Kontingents sind dann nationale Vergabeverfahren (hier: gemäß den Vorgaben der UVgO, s. o.) durchzuführen.

1. Zu Frage 2a: Welchen Einfluss auf die Anwendung vergaberechtlicher Vorschriften und insbesondere der Richtlinie 2014/24/EU hätte es, wenn die Medien einzeln für jeden Standort bestellt werden würden?

Dieser Fall ist in Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU erfasst. Danach ist im Rahmen der Auftragswertschätzung der geschätzte Gesamtwert für alle einzelnen Organisationseinheiten eines öffentlichen Auftraggebers zu addieren, wenn der Auftraggeber aus mehreren eigenständigen Einheiten besteht. § 3 Abs. 2 Satz 2 VgV regelt weitergehend, dass – für Zwecke der Auftragswertschätzung – eine Auftragsvergabe nicht mit dem Ziel in einzelne Vergabeeinheiten unterteilt werden darf, dass sie nicht in den Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts fällt.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist nur dann zulässig, wenn ein „objektiver“ Grund vorliegt; die VgV selbst nennt in diesem Zusammenhang den Fall, dass „eine eigenständige Organisationseinheit selbstständig für ihre Auftragsvergabe oder bestimmte Kategorien der Auftragsvergabe zuständig ist“. In einer solchen Konstellation könnte der Auftragswert der einzelnen Aufträge (jeder Organisationseinheit) separat betrachtet werden. Dieser, in Art. 5 Abs. 2 Satz 2 der Richtlinie 2014/24/EU bereits angelegte Fall setzt nach Erwägungsgrund 20 der Richtlinie folgende – kumulativ erforderliche²⁴ – Umstände voraus:

- Die eigenständige Organisationseinheit führt das Vergabeverfahren unabhängig durch und trifft die Vergabeentscheidung selbst.
- Die Organisationseinheit verfügt über eine „getrennte Haushaltlinie“ (gemeint: eigenverantwortlich bewirtschaftete Haushaltsmittel) zur Finanzierung der Beschaffung.
- Die Beschaffung wird aus den der Organisationseinheit zur Verfügung stehenden Haushaltsmitteln finanziert.

Sollten sich diese Voraussetzungen objektiv und belastbar darlegen und dokumentieren lassen, käme eine solche Aufteilung in Betracht. Zu beachten ist aber das Missbrauchsverbot gemäß § 3 Abs. 2 Satz 1 VgV, wonach die Auftragswertschätzung nicht mit der Absicht gestaltet werden darf, die Anwendung des GWB-Vergaberechts zu unterlaufen. Es dürfte zur Vermeidung des Anscheins eines Missbrauchs daher keine zentrale Steuerung der Beschaf-

²³ Greb, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 3 VgV, Rn. 29.

²⁴ Greb, a.a.O., Rn. 19.

fung geben, sondern die Bibliotheksstandorte müssten vollständig autonom agieren²⁵. Dass ein solches Modell im Beschaffungsalltag sinnvoll umsetzbar wäre, erscheint uns eher zweifelhaft.

2. Zu Frage 2b: Welchen Einfluss auf die Anwendung vergaberechtlicher Vorschriften und insbesondere der Richtlinie 2014/24/EU hätte es, wenn die Auftragsvergabe aufgeteilt in kleinere Lose nach Fachgebieten erfolgen würde?

Die Aufteilung einer großen Beschaffung in kleinere einzelne Aufträge (Lose) entspricht zwar dem Gebot der Mittelstandsfreundlichkeit und ist daher der gesetzliche Regelfall im Vergaberecht (§ 97 Abs. 4 Satz 2 VgV). Sie führt aber regelmäßig nicht dazu, dass die Auftragswerte der einzelnen Lose separat betrachtet werden dürften. Vielmehr gilt gemäß § 3 Abs. 8 VgV der Grundsatz, dass bei der losweisen Beschaffung „gleichartiger“ Lieferleistungen der kumulierte Gesamtwert aller Lose der Auftragswertschätzung zugrunde zu legen ist. Gleichartig in diesem Sinne sind nach Erwägungsgrund 19 der Richtlinie 2014/24/EU solche Leistungen, die eine vergleichbare wirtschaftliche oder technische Funktion aufweisen oder für gleichartige Verwendungszwecke vorgesehen sind. Von einer solchen Gleichartigkeit dürfte bei Medien unterschiedlicher Fachgebiete auszugehen sein, so dass auch bei einer losweisen Vergabe die Auftragswerte aller Lose zu addieren sind. Es gilt dann der o. g. Grundsatz, dass auf die Vergabeverfahren das Vergaberecht gemäß GWB und VgV anzuwenden ist, so dass eine bloße Losaufteilung keine Auswirkungen auf die vergaberechtliche Einordnung hätte.

3. Zu Frage 2c: Welchen Einfluss auf die Anwendung vergaberechtlicher Vorschriften und insbesondere der Richtlinie 2014/24/EU hätte es, wenn mehrere kleine Verfahren durchgeführt werden würden?

Bei einer Aufteilung des Gesamtumfangs der Beschaffung in einzelne, voneinander unabhängig durchgeführte Vergabeverfahren sind die gleichen Grundsätze zu beachten, die vorstehend unter Ziffern 1 und 2 dargestellt wurden. Wie ausgeführt, darf im Rahmen der Auftragswertschätzung eine Unterteilung des Gesamtvolumens in einzelne Einheiten nicht mit dem Ziel erfolgen, den EU-Schwellenwert zu unterlaufen. Eine wertmäßig isolierte Betrachtung einzelner Aufträge erforderte demnach einen „objektiven“ Grund, der zu ermitteln und zu dokumentieren wäre. Eine Rechtfertigung der Aufteilung eines im Voraus absehbaren, größeren Jahresbedarfs auf mehrere unterjährige, kleinere Vergaben erfordert einen erheblichen Begründungsaufwand. Unseres Erachtens drängen sich hinreichende sachliche Gründe für eine Aufteilung des Bedarfs derzeit (d. h. nach den uns vorliegenden Informationen) nicht auf.

²⁵ So auch das im Auftrag des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels e. V. erstellte Kurzgutachten der Kanzlei Göhmann vom 29.08.2019 zur Beschaffung von Schulbüchern, abrufbar unter <https://www.boersenverein.de/beratung-service/recht/vergaberecht-schulbuchgeschaef/>.

III. Zu Frage 3: Gibt es ein rechtskonformes Vergabeverfahren, das eine Bevorzugung des örtlichen Buchhandels und/oder inhabergeführter Buchhandlungen zulässt und wie würde ein solches Verfahren gegebenenfalls aussehen?

Ein allgemeines Gebot, die Interessen „mittelständischer“ Unternehmen²⁶ bei der Auftragsvergabe „vornehmlich“ zu berücksichtigen, ergibt sich bereits aus § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB und findet seinen Niederschlag insbesondere in dem Gebot der Losaufteilung nach Satz 2 der Vorschrift. Die losweise Vergabe ist aber nicht die einzige mögliche Form der Berücksichtigung mittelständischer Interessen; es kann auch weitere Möglichkeiten geben²⁷.

Die EU-Kommission hat dazu einen Leitfaden („best practice“) mit einem Überblick über die in Betracht kommenden Maßnahmen herausgegeben²⁸. Der Leitfaden beinhaltet – neben der Losaufteilung – u. a. Ausführungen zur Möglichkeit der Bildung von Bietergemeinschaften oder zur Gestaltung der Eignungs- und Zuschlagskriterien. Eine Möglichkeit der grundsätzlichen Bevorzugung örtlicher oder „mittelständischer“ Unternehmen gegenüber anderen Wettbewerbsgruppen lässt sich diesem Leitfaden hingegen nicht entnehmen. Literatur und Rechtsprechung gehen – soweit ersichtlich einhellig – davon aus, dass § 97 Abs. 4 GWB hierfür keine taugliche Rechtsgrundlage bietet und eine solche Bevorzugung vergaberechtlich nicht zulässig ist²⁹. Das Gebot der „vornehmlichen“ Berücksichtigung mittelständischer Interessen führt mithin lediglich dazu, dass dem Mittelstand zu gleichen Wettbewerbschancen verholfen werden darf bzw. muss; es rechtfertigt aber nicht eine generelle Bevorzugung von KMU gegenüber größeren Unternehmen³⁰.

Unabhängig davon hat der Auftraggeber auf unterschiedlichen Ebenen die Möglichkeit, den Kreis der Wettbewerber im Vergabeverfahren zu beeinflussen, namentlich im Rahmen der Definition der Leistungsanforderungen, der Festlegung von Eignungs- und Zuschlagskriterien sowie der Auftragsausführungsbedingungen. An diesen Stellen sind grundsätzlich Vorgaben denkbar, die örtlichen bzw. inhabergeführten Anbietern mittelbar im Wettbewerb zugute kommen können. Bei allen diesbezüglichen Festlegungen ist jedoch der in § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB kodifizierte Grundsatz zu beachten, wonach öffentliche Aufträge „im Wettbewerb“ zu vergeben sind. Dieser Wettbewerbsgrundsatz hat als übergeordnetes Leitprinzip eine auslegungslitende Funktion bzgl. der gesetzlichen und untergesetzlichen Regelungen, die auf die Wettbe-

²⁶ Eine einheitliche Definition „mittelständischer“ Unternehmen gibt es nicht. Die Praxis orientiert sich regelmäßig an der KMU-Definition der EU-Kommission, siehe Empfehlung der Kommission vom 06.05.2003, ABI. L 124 vom 20.05.2003, S. 36. Danach sind KMU solche Unternehmen mit weniger als 250 Beschäftigten und einem Jahresumsatz von höchstens 50 Mio. EUR oder einer Jahresbilanzsumme von höchstens 43 Mio. EUR.

²⁷ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, a.a.O., § 97 GWB, Rn. 72; Fehling, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 97 GWB, Rn. 140.

²⁸ Europäischer Leitfaden für bewährte Verfahren (Code of Best Practice) zur Erleichterung des Zugangs Kleiner und Mittlerer Unternehmen (KMU) zu öffentlichen Aufträgen vom 25.06.2008, SEC(2008) 2193.

²⁹ Ziekow, a.a.O., Rn. 75; Fehling, a.a.O., Rn. 141.

³⁰ Fehling, a.a.O., Rn. 128.

werbsorientierung des Vergabeverfahrens Bezug nehmen³¹. Insbesondere solche auftraggeberseitigen Vorgaben, die den Zugang zum Vergabeverfahren betreffen, müssen sich an diesem Grundprinzip messen lassen³². Diese grundsätzlichen Vorgaben gelten – wie oben bereits ausgeführt – unabhängig von der Art des durchgeführten Vergabeverfahrens und auch unabhängig davon, ob es sich um ein EU-weites oder ein nationales Vergabeverfahren handelt.

Die Leistungsbeschreibung ist gemäß § 31 Abs. 1 VgV ausdrücklich in einer Weise aufzustellen, dass sie allen Unternehmen „den gleichen Zugang zum Vergabeverfahren“ gewährt und die Öffnung des nationalen Beschaffungsmarkt für den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindert wird. Die Vorschrift ist so zu verstehen, dass ein Vergabeverfahren nicht ohne sachlichen tragfähigen sachlichen Grund so gestaltet werden darf, dass bestimmte Bieter oder Bietergruppen wettbewerbliche Vorteile erlangen und die Chancen anderer Bieter oder Bietergruppen eingeschränkt werden³³. In diesem Zusammenhang ist nach der Rechtsprechung des EuGH die Vorgabe einer besonderen Ortsnähe der Bieter im absoluten Regelfall nicht zulässig³⁴.

Gemäß § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB müssen **Eignungskriterien** mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und ein „angemessenes Verhältnis“ zu diesem aufweisen. Auch diesbezüglich wird eine Forderung nach Ortsansässigkeit des Unternehmens im Regelfall als unzulässig eingestuft. Das gilt selbst in dem Fall, dass eine schnelle Verfügbarkeit vor Ort notwendig ist, weil es in dieser Konstellation ausreicht, den erfolgreichen Bieter zur Sicherstellung einer entsprechenden Präsenz nach Zuschlagserteilung zu verpflichten³⁵.

Hinsichtlich der **Zuschlagskriterien** gilt gemäß § 127 Abs. 3 Satz 1 GWB ebenfalls, dass diese in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen müssen. Bei der Festlegung der Kriterien ist ausdrücklich darauf zu achten, dass die Möglichkeit eines „wirksamen Wettbewerbs“ gewährleistet wird (§ 127 Abs. 4 Satz 1 GWB). Diese Vorgaben sollen insbesondere dazu dienen, die Anwendung „politischer“ Zuschlagskriterien zu begrenzen, die der Allgemeinheit zugutekommen, nicht aber unmittelbar dem Auftraggeber³⁶. Zwar ist es nach § 127 Abs. 1 Satz 3 GWB ausdrücklich gestattet, soziale Aspekte im Rahmen der Festlegung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses einzubeziehen. Die erforderliche Verbindung mit dem Auftragsgegenstand schließt aber eine rein sozialpolitisch motivierte Bevorzugung bestimmter Bietergruppen in diesem Rahmen aus³⁷.

³¹ Dörr, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 3. Aufl. 2017, § 97, Rn. 8.

³² Dörr, a.a.O., Rn. 13 ff.

³³ Lampert, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 2, 3. Aufl. 2019, § 31 VgV, Rn. 26.

³⁴ EuGH, Urteil vom 27.10.2005, C-234/03 – Contse SA: nur aus „zwingenden Gründen des Allgemeininteresses“ denkbar.

³⁵ Opitz, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 3. Aufl. 2017, § 122, Rn. 94.

³⁶ Opitz, a.a.O., § 127, Rn. 99.

³⁷ Opitz, a.a.O., Rn. 102.

Schließlich ist es dem Auftraggeber gemäß § 128 Abs. 2 Satz 3 GWB erlaubt, an die **Auftragsausführung** besondere Bedingungen zu stellen, die ausdrücklich auch soziale Aspekte betreffen dürfen. Bei diesen besonderen Auftragsausführungsbedingungen handelt es sich um solche Bedingungen, die der Auftraggeber zum Nutzen der Allgemeinheit vorgibt, die also mehr oder weniger „politische“ Ziele verfolgen³⁸. Allerdings müssen auch diese Auftragsbedingungen nach § 128 Abs. 2 Satz 1 GWB ausdrücklich mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Bedingungen bzgl. der allgemeinen Unternehmenspolitik – etwa eine Beschränkung auf „inhabergeführte“ Bieter – lassen sich dadurch nicht rechtfertigen³⁹. Besondere Ausführungsbedingungen stehen außerdem unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit dem EU-Gemeinschaftsrecht, insbesondere der Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 ff. AEUV) und der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 ff. AEUV). Eine Differenzierung zwischen örtlichen Anbietern und solchen aus anderen EU-Mitgliedstaaten ist damit im Grunde ausgeschlossen und allenfalls beim Vorliegen „zwingender Gründe des Allgemeininteresses“ zulässig⁴⁰.

Fazit: Insgesamt ist zu erkennen, dass ein Zuschnitt des Vergabeverfahren auf ortsansässige bzw. inhabergeführte Buchhandlungen allenfalls dann denkbar erscheint, wenn eine aus dem Auftragsgegenstand selbst resultierende Begründung darstellbar ist. In diesem Fall könnte versucht werden, über die gezielte Einführung von Kriterien bzw. Leistungsmerkmalen, die ortsansässige Anbieter regelmäßig besser erfüllen können als Anbieter von außerhalb, diese im Wettbewerb besserzustellen. Solche Kriterien bzw. Leistungsmerkmale drängen sich unseres Erachtens allerdings aktuell nicht auf. Auch in diesem Fall gilt zudem, dass lediglich eine mittelbare (und maßvolle) Besserstellung solcher Bieterkreise umsetzbar sein dürfte, nicht aber ein vollständiger Ausschluss der Beteiligung anderer Bieterkreise.

IV. Zu Frage 4: Ermöglicht die Anwendung des § 9 Niedersächsisches Tariftreue- und Vergabegesetz (NTVergG) zur Förderung kleiner und mittlerer Unternehmen eine Beschränkung auf Buchhandlungen im Stadtgebiet Hannover?

Mit § 9 Abs. 1 NTVergG hat der Landesgesetzgeber die o. g. Inhalte von § 97 Abs. 4 GWB nahezu wortlautgleich in das Landes-Vergaberecht übernommen. Es gilt insoweit hier ebenfalls das Gebot, mittelständische Interessen „vornehmlich“ zu fördern. Die Regelung gilt allerdings gemäß § 2 Abs. 3 NTVergG ausdrücklich nicht für EU-weite Vergabeverfahren nach GWB – für diese gilt ohnehin § 97 Abs. 4 GWB direkt –, sondern nur unterhalb der EU-Schwellenwerte.

³⁸ OLG Koblenz, Beschluss vom 19.02.2014, 1 Verg 8/13; Opitz, a.a.O., § 128, Rn. 18.

³⁹ Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 128 GWB, Rn. 23; Opitz, a.a.O., Rn. 25.

⁴⁰ Opitz, a.a.O., Rn. 7

Es ist davon auszugehen, dass die Vorschrift dem Auftraggeber vorliegend keine weitergehenden Gestaltungsmöglichkeiten im Rahmen nationaler Vergabeverfahren eröffnet, als dies im Rahmen von § 97 Abs. 4 GWB bei EU-weiten Vergabeverfahren der Fall ist (siehe dazu oben Ziffer B.III.). Auch die für nationale Vergabeverfahren anwendbare UVgO enthält in § 2 Abs. 1 Satz 1 den Grundsatz, dass öffentliche Aufträge im Wettbewerb zu vergeben sind (wortlautgleich mit § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB). Dieser Grundsatz resultiert schon aus dem EU-Primärrecht, welches auch unterhalb der EU-Schwellenwerte zu beachten ist⁴¹. Dementsprechend gilt auch im Rahmen der UVgO, dass Eignungs- und Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen müssen⁴² und letztere so zu fassen sind, dass ein wirksamer Wettbewerb gewährleistet wird⁴³. Ein materiell-rechtlicher Unterschied zu den Regelungen für Vergabeverfahren oberhalb der EU-Schwellenwerte ist nicht ersichtlich⁴⁴.

Insoweit gilt die vorstehende Darstellung unter Ziffer B.III. für eventuelle nationale Vergabeverfahren nach UVgO entsprechend (siehe bereits dort).

V. Zu Frage 5: Mit dem Etat werden vor- und nachgelagerte Service- und Veredelungsleistungen (Vorauswahl, Datenlieferung und Systematisierung/Erschließung, Folierung, Laminierung und Kodierung) bezahlt. Der Anteil am Gesamtaufwand beläuft sich auf rund 10 %. Welchen Einfluss hätte eine Abtrennung dieser Leistungen auf die vergaberechtliche Betrachtung des Erwerbs der preisgebundenen Medien?

Die unter Ziffer B.I. dargestellte vergaberechtliche Einordnung der Beschaffung preisgebundener Medien ist grundsätzlich unabhängig davon, ob die Medienbeschaffung mit Nebenleistungen kombiniert wird oder nicht. Unabhängig davon, ob die Nebenleistungen – dem Gebot von § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB folgend – als Einzellos gesondert vergeben werden oder nach Maßgabe von § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB mit der Medienbeschaffung gemeinsam, sind die Auftragswerte kumulativ zu betrachten (siehe vorstehend Ziffer B.II.2.). Einzellose sind danach bei Erreichen des EU-Schwellenwerts europaweit auszuschreiben, auch wenn das Los für sich genommen unterhalb des Schwellenwerts liegt; unabhängig davon gilt auch für nationale Vergaben im Grunde der gleiche vergaberechtliche Standard (ebd.).

An dieser Einordnung ändert sich auch nichts dadurch, dass mit einer gesonderten Vergabe der Nebenleistungen die einzige Möglichkeit für Bieter entfielen, sich gegenüber dem Wettbewerb zu differenzieren (da die Preise der Medien selbst durch das BuchPrG fest vorgegeben sind). Grundsätzlich kann sich diese Differenzierung auch Stand heute nur auf die sog. „nicht handelsüblichen“ Nebenleistungen beziehen; die „handelsüblichen“ Nebenleistungen dürfen ohne Verstoß gegen die Preisbindung gemäß § 7 Abs. 4 Nr. 4 BuchPrG nur kostenfrei erbracht

⁴¹ EuGH, Urteil vom 13.04.2010, C-91/08 – Wall AG.

⁴² §§ 33 Abs. 1 Satz 2, 43 Abs. 3 Satz 1 UVgO.

⁴³ § 43 Abs. 5 UVgO.

⁴⁴ So auch Müller, in: Röwekamp/Portz/Friton, Kommentar zur UVgO, 2. Aufl. 2023, § 2, Rn. 2. 6 ff.

werden⁴⁵. Fällt auch die Differenzierungsmöglichkeit bzgl. Qualität und Preis der „nicht handelsüblichen“ Nebenleistungen weg, weil diese in gesonderten Losen vergeben werden, hat dies allerdings keine Auswirkungen auf die vergaberechtliche Einordnung der Medienbeschaffung selbst. Die unter Ziffer B.I. dargestellten Merkmale des persönlichen und sachlichen Anwendungsbereichs des Vergaberechts liegen auch in diesem Fall vor, es fehlt dann lediglich an geeigneten sachlichen Differenzierungskriterien bzgl. der Bieter.

Vor diesem Hintergrund kann man u. E. sogar vertreten, dass es zur Gewährleistung eines effektiven Wettbewerbs (im Sinne von § 97 Abs. 1 GWB) geboten ist, die Medienbeschaffung mit differenzierungsfähigen „nicht handelsüblichen“ Nebenleistungen in einer Gesamtvergabe zu kombinieren, um überhaupt die von § 127 Abs. 1 GWB geforderte Bewertung des Preis-Leistungs-Verhältnisses vornehmen zu können. Anderenfalls bliebe nur eine Losziehung unter den eingegangenen Angeboten, was in vergaberechtlicher und wettbewerblicher Hinsicht keine optimale Lösung darstellt.

C. Ergebniszusammenfassung und Ausblick

Die Beschaffung deutschsprachiger Medien durch die Stadtbibliothek wird in Hannover kontrovers diskutiert: Die gewünschte Förderung ortsansässiger inhaber*innengeführter Buchhandlungen stößt an vergaberechtliche Grenzen. Zusammenfassend heißt dies wie folgt:

1. Die Beschaffung von Medien durch die Stadtbibliothek Hannover als OE der Landeshauptstadt fällt in den Anwendungsbereich der vergaberechtlichen Vorschriften. Dies betrifft auch preisgebundene Medien, ungeachtet des Umstands, dass in diesem Fall ein Preiswettbewerb ausgeschlossen ist.
2. Eine Aufspaltung der Gesamtbeschaffung in Teilmengen (autonome Beschaffung durch die einzelnen Bibliotheken, Bildung von Losen in einer Ausschreibung, einzelne Beschaffungen) würde lediglich dazu führen, dass nicht EU-weite, sondern nationale Vergabeverfahren – nach grundsätzlich denselben Grundprinzipien – durchgeführt werden müssen. Eine Bildung von Losen dient überdies lediglich dazu, kleinen und mittleren Unternehmen die Beteiligung an Vergabeverfahren zu ermöglichen, zielt aber nicht auf ihre Privilegierung gegenüber größeren Anbietern ab.
3. Ein Zuschnitt der Vergabeverfahren mit dem Ziel der Förderung örtlicher bzw. inhabergeführter Anbieter ist nur unter Beachtung der übergeordneten vergaberechtlichen Prinzipien, insbesondere des Wettbewerbsgrundsatzes sowie des Gleichbehandlungsgebots, möglich. Eine „starre“ Beschränkung auf lokale oder inhabergeführte Unternehmen ent-

⁴⁵ So das Merkblatt „Vergabe von Schulbuchlieferaufträgen in Deutschland – Problem der Ausschreibungspflicht“ des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels e. V., abrufbar unter <https://www.boersenverein.de/beratung-service/recht/vergaberecht-schulbuchgeschaeft/>.

spricht diesen Anforderungen jedenfalls nicht. Dies gilt unabhängig davon, ob EU-weite oder nationale Vergabeverfahren durchgeführt werden.

4. Eine Abtrennung der vor- und nachgelagerten Nebenleistungen der Lieferanten vom Medienbezug hätte auf die vergaberechtliche Einordnung grundsätzlich keine Auswirkungen. Wegen des Gebots der Schaffung effektiven Wettbewerbs könnte es sogar erforderlich sein, eine Kombination der Medienbeschaffung mit „nicht handelsüblichen“ Nebenleistungen aufrecht zu erhalten.

Zu einem anderen Ergebnis könnte man allenfalls dann gelangen, wenn die rechtlichen Rahmenbedingungen eine Änderung erfahren würden. Im Einzelnen:

- §§ 107 und 116 GWB ordnen jeweils für bestimmte Auftragsgegenstände an, dass diese nicht in den Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts fallen. Die vorstehend begutachtete Beschaffung von Medien lässt sich dort jedoch nicht einordnen. Eine Erweiterung dieses Katalogs an Ausnahmetatbeständen kann nur durch die EU-Institutionen erfolgen, weil es sich bei den genannten Vorschriften um eine Umsetzung der o. g. Richtlinie 2014/24/EU handelt.
- Hinsichtlich des persönlichen und sachlichen Anwendungsbereichs verweist das NT-VergG vollständig auf die Regelungen in den §§ 99, 103 GWB. Medienbeschaffungen der Landeshauptstadt Hannover fallen deshalb auch unterhalb der EU-Schwellenwerte in den Anwendungsbereich des Vergaberechts. Eine sachliche Ausnahmenvorschrift, welche die Beschaffung von (preisgebundenen) Medien von der Geltung vergaberechtlicher Vorschriften freistellen würde, existiert hier ebenfalls nicht. Für die Schaffung eines eventuellen Ausnahmetatbestands für den hier betroffenen Warenaektor wäre der niedersächsische Landesgesetzgeber zuständig

* * *

Hannover, im Dezember 2023



Prof. Dr. Angela Dageförde
Honorarprofessorin der Leibniz Universität Hannover
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Vergaberecht
Fachanwältin für Verwaltungsrecht
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht