ALLEN & OVERY

Per E-Mail

Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.
Herrn Dr. Christian Sprang
Rechtsanwalt und Mediator
Justitiar
Braubachstraße 16
60311 Frankfurt am Main

Allen & Overy LLP
Haus am OpernTurm
Bockenheimer Landstraße 2
60306 Frankfurt am Main

Postfach 100 123
60001 Frankfurt am Main

Tel +49 (0)69 2648 5000
Fax +49 (0)69 2648 5800
Durchwahl +49 (0)69 2648 5639
wiland.tresselt@allenovery.com

Unser Zeichen 0106585-0000001 FR:13580019.4

Frankfurt am Main, 30. Oktober 2013

Schulbuchbeschaffung Stadt Mülheim an der Ruhr

Sehr geehrter Herr Kollege Dr. Sprang,

Sie baten um eine vergaberechtliche Stellungnahme zur Auffassung der Stadt Mülheim an der Ruhr (nachfolgend: Stadt), Schulbuchbestellungen für ihre Schulen nur zentral vornehmen zu dürfen. Die Stadt ist der Auffassung, eine dezentrale Beschaffung der Schulbücher durch die einzelnen Schulen widerspreche den Bestimmungen des Vergaberechts.

Die dezentrale Beschaffung von Schulbüchern durch die Schulen im Rahmen ihrer Eigenbugetierung ist indes vergaberechtlich unproblematisch möglich und bereits in § 95 Abs. 2 des nordrhein-westfälischen Schulgesetzes (SchulG) selbst angelegt. Die Schulen sind berechtigt, ihren jeweiligen Schulbuchbedarf selbstständig zu decken (dazu 2.1). Die Stadt ist auch unbeschadet ihrer Schulträgerschaft vergaberechtlich nicht verpflichtet, die zu beschaffenden Schulbücher für alle Schulen der Stadt in einer Ausschreibung zusammenzufassen; in einer dezentralen Vergabe liegt keine unzulässige Umgehung des Vergaberechts (dazu 2.2).

Im Einzelnen:

1. Sachverhalt

Die Stadt Mülheim an der Ruhr beschafft die Schulbücher für die Schulen in ihrer Trägerschaft derzeit zentral in europaweiten Ausschreibungen. Der Anregung des Mülheimer Buchhandels, den Schulen die Beschaffung des jeweiligen Schulbuchbedarfs im Rahmen der Eigenbudgetierung der Schulen selbst zu überlassen, ist sie nicht gefolgt.

Nach Auffassung der Stadt wäre eine dezentrale Beschaffung über die einzelnen Schulen vergaberechtswidrig. Schulen könnten keine öffentlichen Auftraggeber im Sinne von § 98 GWB sein. Bei ihnen handele es sich nach § 6 Abs. 3 SchulG um nicht rechtsfähige Anstalten des Schulträgers und

Die Allen & Overy LLP ist eine in England und Wales unter der Nummer OC306763 eingetragene Limited Liability Partnership englischen Rechts. Sie ist von der Solicitors Regulation Authority of England and Wales zugelassen und untersteht deren Aufsicht. Jeder Hinweis auf Partner bezieht sich auf einen Gesellschafter der Allen & Overy LLP oder einen Mitarbeiter oder Berater mit gleichwertigem Status und gleichwertiger Qualifikation. Eine Liste der Gesellschafter der Allen & Overy LLP sowie der als Partner bezeichneten Personen, die nicht Gesellschafter sind, kann am Sitz der Gesellschaft, One Bishops Square, London, E1 6AD, oder in jedem deutschen Büro eingesehen werden.

Die Allen & Overy LLP oder ein Mitglied des Allen & Overy-Verbundes unterhalten Büros in: Abu Dhabi, Amsterdam, Antwerpen, Athen, Bangkok, Belfast, Bratislava, Brüssel, Budapest, Bukarest (assoziiertes Büro), Casablanca, Doha, Dubai, Düsseldorf, Frankfurt, Hamburg, Hanoi, Ho-Chi-Minh-Stadt, Hongkong, Istanbul, Jakarta (assoziiertes Büro), London, Luxemburg, Madrid, Mailand, Mannheim, Moskau, München, New York, Paris, Peking, Perth, Prag, Riad (assoziiertes Büro), Rom, Sao Paulo, Schanghai, Singapur, Sydney, Tokio, Warschau und Washington, D.C.

damit keine eigenen Rechtspersönlichkeiten. Auftraggeber sei stets die Stadt selbst. Daran ändere auch die gesetzliche Ermächtigung in § 95 Abs. 2 SchulG nichts, wonach die Schulen Rechtsgeschäfte mit Wirkung für den Schulträger abschließen könnten, sofern ihnen entsprechende öffentliche Mittel zur Verfügung gestellt würden.

Zudem müsse die Stadt den Wert der zu beschaffenden Schulbücher für alle Schulen in ihrer Trägerschaft addieren, so dass der EU-Schwellenwert dadurch regelmäßig überschritten werde. Eine dezentrale Vergabe der Schulbuchbestellungen würde den Auftragswert künstlich aufspalten.

Es kommt aus Sicht der Stadt daher nicht darauf an, dass andere Schulträger in NRW die Schulbuchbestellungen dezentral über die einzelnen Schulen organisieren. Für ihre Rechtsauffassung verweist die Stadt auf einen Beschluss der Vergabekammer Arnsberg aus dem Jahre 2003 (VK 2-22/2003 vom 27.10.2003).

2. Rechtslage

Die Schulen dürfen vergaberechtlich ihren Schulbuchbedarf selbst beschaffen. Bei der Bemessung des Auftragswerts sind sie nicht verpflichtet, die Bedarfe der jeweils anderen Schulen der Stadt zu berücksichtigen.

2.1 Zulässige dezentrale Beschaffung der Schulen

Das von der Stadt vorgebrachte Argument, ihre Schulen seien nicht rechtsfähig und könnten nur die Stadt selbst als Schulträger verpflichten, steht einer dezentralen Beschaffung der Schulbücher nicht entgegen. Es spricht schon Vieles dafür, dass Schulen entgegen der Auffassung der Stadt öffentliche Auftraggeber gem. § 98 Nr. 1 GWB sind (a). Jedenfalls dürfen die Schulen aber als selbstständige Vergabestellen ihren Schulbuchbedarf eigenverantwortlich und unabhängig von der Stadt und den jeweils anderen Schulen decken (b).

(a) Auftraggebereigenschaft der Schulen

(i) Begriff des öffentlichen Auftraggebers

Die Schulen der Stadt dürften jeweils die Merkmale eines öffentlichen Auftraggebers gem. § 98 Nr. 1 GWB erfüllen.

Öffentlicher Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 GWB sind zunächst Gebietskörperschaften. Darunter fallen vor allem Gemeinden als Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts, vgl. § 1 Abs. 2 Gemeindeordnung Nordrhein Westfalen. Unbestritten ist die Stadt öffentlicher Auftraggeber gem. § 98 Nr. 1 GWB.

Darüber hinaus sind öffentliche Auftraggeber gem. § 98 Nr. 1 GWB auch die Sondervermögen von Gebietskörperschaften. Bei den „Sondervermögen" handelt es sich nicht um eigene Rechtspersönlichkeiten, sondern die der jeweiligen Gemeinde zugeordneten nichtrechtsfähigen Verwaltungsstellen, die haushaltsrechtlich und organisatorisch verselbständigt sind. Diese Stellen sind im Verwaltungsaufbau organisatorisch gegenüber „ihrer" Gemeinde mit eigenen Rechten und Pflichten versehen, im Außenverhältnis gegenüber Dritten aber rechtlich unselbstständig. Dabei handelt es sich etwa um die Regie- oder Eigenbetriebe der Gemeinden.

Die Aufnahme der Sondervermögen von Gemeinden in § 98 Nr. 1 GWB beruht auf dem funktionalen Verständnis des Auftraggeberbegriffs im Vergaberecht. Der Auftraggeberbegriff ist weit zu verstehen. Selbst wenn das Sondervermögen *öffentlich-rechtlich* über keine Rechtspersönlichkeit verfügt, erfüllt es *vergaberechtlich* die Merkmale eines öffentlichen

Auftraggebers zumindest für den Fall, dass das Sondervermögen gesetzlich ermächtigt ist, im eigenen Namen im Rechtsverkehr zu handeln und rechtliche Bindungen für seinen Rechtsträger herbeiführen zu können.

> Vgl. etwa *Pünder,* in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht-Kommentar 2011, § 98 GWB Rn. 15 f.; *Werner,* in: Byok/Jäger, (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 3. Aufl. 2011, § 98 GWB Rn. 20 f.; *Ziekow,* in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht-Kommentar 2011, § 98 GWB Rn. 27 f.

(ii) Schulen als öffentliche Auftraggeber

Es spricht Vieles dafür, dass die nordrhein-westfälischen Schulen nichtrechtsfähige Sondervermögen im Sinne von § 98 Nr. 1 GWB sind.

Nach § 6 Abs. 3 Satz 2 SchulG handelt es sich bei Schulen zwar um nicht rechtsfähige Anstalten des Schulträgers. Schulen sind jedoch nach § 3 SchulG bei der Gestaltung des Unterrichts, der Erziehung und dem Schulleben selbstständig und dürfen ihre inneren Angelegenheiten selbstständig organisieren und verwalten.

Soweit Schulen vom Gesetzgeber ermächtigt werden, zugewiesene Mittel eigenverantwortlich zu bewirtschaften, führt das zwar nicht zur (Außen-) Rechtsfähigkeit der Schulen. § 95 Abs. 2 SchulG bestimmt jedoch ausdrücklich:

> *„Die eigenverantwortliche Bewirtschaftung von Sachmitteln durch die Schulen richtet sich nach den für den Schulträger geltenden haushalts- und kassenrechtlichen Regelungen. Insoweit können Schulträger die Schulleiterin oder den Schulleiter ermächtigen, im Rahmen der von der Schule zu bewirtschaftenden Haushaltsmittel Rechtsgeschäfte mit Wirkung für den Schulträger abzuschließen und für diesen Verpflichtungen einzugehen.*

Der Gesetzgeber wollte es den Schulträgern mit dieser Bestimmung ermöglichen, die Sachmittelbewirtschaftung nach den jeweils geltenden haushaltsrechtlichen Vorschriften des Schulträgers auf die Schulen zu delegieren. Die Bestimmung ist daher auch im Zusammenhang mit § 93 Abs. 3 GO NRW zu sehen, nach der die Finanzbuchhaltung der Gemeinde durch mehrere Stellen der Verwaltung erfolgen kann.

> LT-Drs. 13/5394, S. 115 zum Schulgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen vom 15.02.2005 (GVBl. S. 102 ff.); vgl. auch Gesetz zur Weiterentwicklung von Schulen (Schulentwicklungsgesetz) vom 27.11.2001 (GVBl. S. 805 ff.).

Innerhalb dieses schulrechtlichen Rahmens sind die Schulen der Stadt berechtigt, ihre Sachmittel unter Verpflichtung der Stadt als Schulträger eigenverantwortlich zu bewirtschaften. Der Erlass des Innenministeriums NRW vom 12.05.2005 – 57-22.00.04 – ermöglicht es den Schulen ausdrücklich, ihren Bedarf eigenverantwortlich mit Wirkung für den Schulträger zu decken.

Vor diesem Hintergrund spricht Einiges dafür, die Schulen infolge ihrer organisationsrechtlichen Verselbständigung in § 95 Abs. 2 SchulG als Sondervermögen der Stadt und damit als öffentliche Auftraggeber gem. § 98 Nr. 1 GWB anzusehen. Die Rechtsauffassung der Stadt, auch in diesem Fall würde aus Schulbuchaufträgen ausschließlich sie selbst rechtlich verpflichtet, begründet dazu keinen Widerspruch. Wie aus § 95 Abs. 2 SchulG ersichtlich, steht im Vergaberecht nicht die Frage der Verpflichtung, sondern der Berechtigung, den Auftrag zu erteilen – in den Worten des § 95 Abs. 2 SchulG: „Rechtsgeschäfte mit Wirkung

für den Schulträger abzuschließen und für diesen Verpflichtungen einzugehen" – im Vordergrund. Die fehlende Rechtspersönlichkeit der Schulen begründet damit entgegen der Auffassung der Stadt kein vergaberechtliches Verbot für die Schulen, selbst Schulbuchaufträge zu erteilen.

Im Gegenteil scheint die Rechtsauffassung der Stadt mit dem gesetzgeberischen Willen in § 95 Abs. 2 SchulG nicht vereinbar. Die Ermächtigung in dieser Vorschrift zum Abschluss von Rechtsgeschäften direkt durch die Schulen liefe bei dem von der Stadt angenommenen vergaberechtlichen Verbot leer. Die Berechtigung der Schulen nach § 95 Abs. 2 SchulG macht jedoch nur Sinn, wenn die Schulen ihren Beschaffungsbedarf auch vergaberechtlich selbstständig decken können.

(b) Schulen als selbstständige Vergabestellen

Selbst wenn die Schulen der Stadt nicht als öffentliche Auftraggeber gem. § 98 Nr. 1 GWB zu klassifizieren wären, sind sie jedenfalls vergaberechtlich berechtigt, als selbstständige Vergabestellen aufzutreten und ihren Schulbuchbedarf zu decken.

Das Vergaberecht hindert die Stadt nicht daran, ihren Schulen als Vergabestellen die Beschaffung der Schulbücher zu überlassen. Wie jede juristische Person, handelt die Gemeinde nicht selbst, sondern durch ihre Organe. Das Vergaberecht greift nicht in die Organisationshoheit der Gemeinde ein. Vergabestelle kann jede durch die Gemeinde bestimmte Verwaltungsstelle/Behörde sein. Der Bürgermeister als gesetzlicher Vertreter der Gemeinde (§ 63 Abs. 1 GO) führt Vergabeverfahren nicht selbst durch, sondern delegiert den Beschaffungsvorgang regelmäßig. Die verwaltungsinterne Aufgabenverteilung ändert aber nichts an der Eigenschaft der Gemeinde als öffentlichem Auftraggeber. Im Verhältnis zu Dritten äußert sich das etwa in der Vergabebekanntmachung, in der zur Klarstellung sowohl Auftraggeber als auch Vergabestelle angegeben werden sollten.

> *Dörr,* in Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberecht-Kommentar, 2. Aufl. 2013, § 98 GWB Rn. 27 ff., m.w.N.; *Franzius,* in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht-Kommentar 2011, VOL/A § 12 Rn. 7 f.

Auf Landesebene gilt dasselbe, beispielsweise für rechtlich unselbstständige Landesbetriebe, die dann dem Land die Auftraggeberstellung vermitteln, § 14a LOG.

> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.11.2009 – VII-Verg 27/09 –, juris Rn. 43 ff.

Die verwaltungsrechtliche Berechtigung der Stadt, Beschaffungsvorgänge auf Schulen zu delegieren, ist in § 95 Abs. 2 SchulG klargestellt. Aus Sicht des Vergaberechts wäre diese Klarstellung nicht erforderlich gewesen, sie folgt aus schulrechtlichen Besonderheiten. Bei der Durchführung des Schulbetriebes wirken Land und Gemeinden als Schulträger zusammen. Historisch begründet übt das Land die Aufsicht über die Schulen aus, ist also für Fächerkanon, Lerninhalte sowie Lehrerinnen und Lehrer zuständig. Die Gemeinden als Schulträger sind dagegen verantwortlich für Bau und Unterhalt der Schulen sowie die entstehenden Sachkosten, §§ 78 Abs. 1, 92 ff. SchulG. Zu den Sachkosten gehören auch die Kosten der Schulbücher, §§ 30, 94 Abs. 1 SchulG.

> Vgl. etwa BVerfG, Beschl. v. 24.06.1969 – 2 BvR 446/64 –, BVerfGE 26, 228 (237 ff).

Aus § 95 Abs. 2 SchulG i.V.m. dem Erlass des Innenministeriums NRW vom 12.05.2005 sind die Schulen der Stadt jedenfalls berechtigt, zur Beschaffung ihres Schulbuchbedarfs selbstständig nach außen als Vergabestellen aufzutreten und Schulbuchaufträge zu vergeben. In den Auftragsvergaben weisen die Schulen dann üblicherweise darauf hin, dass sie den Auftrag mit Wirkung für die Stadt schließen. Der Stadt als Schulträger ist es damit vergaberechtlich unproblematisch möglich, die

Schulbuchbeschaffung den Schulen zu überlassen. Da in diesem Fall sämtliche Verpflichtungen des Vergaberechts die Schulen treffen, umgeht die Stadt dadurch weder ihrer eigenen noch die vergaberechtlichen Pflichten der Schulen.

(c) Beschluss der Vergabekammer Arnsberg vom 27.10.2003

Anderes folgt auch nicht aus der Entscheidung der Vergabekammer Arnsberg aus dem Jahr 2003 (VK 2-22/2003 vom 27.10.2003), auf die sich die Stadt beruft. Die Entscheidung betraf den Fall einer De-facto-Vergabe durch Schulen, also der Vergabe ohne Einhaltung vergaberechtlicher Bestimmungen. Daraus kann aber nicht abgeleitet werden, die Gemeinde sei zur Delegation des Beschaffungsvorgangs auf die Schulen nicht berechtigt.

2.2 Keine Zusammenrechnung der Schulbuchaufträge der Schulen

Überlässt die Stadt den Schulen im Rahmen ihrer Eigenbudgetierung die Schulbuchbeschaffung, sind weder die Stadt noch die Schulen vergaberechtlich verpflichtet, im Hinblick auf eine Ausschreibungspflicht den Wert der Schulbuchaufträge für alle Schulen zusammenzurechnen. Vielmehr kann jede Schule ihren Schulbuchbedarf selbstständig schätzen. Darin liegt keine Umgehung des Vergaberechts.

(a) Kein einheitlicher Beschaffungsbedarf der Stadt

Um für eine vergaberechtskonforme Auftragsvergabe zu sorgen, muss die Stadt die Auftragswerte der einzelnen Schulbuchaufträge ihrer Schulen nicht addieren. Diese Verpflichtung bestünde entgegen der Auffassung der Stadt im Übrigen selbst dann nicht, wenn die Stadt die Auftragsvergabe selbst vornähme. Auch in diesem Fall wäre die Stadt zu einer losweisen Vergabe verpflichtet, wobei die Loswerte nicht addiert werden müssten.

(i) Grundsatz: Losbildung nach § 97 Abs. 3 GWB

Nach § 97 Abs. 3 GWB und § 2 EG Abs. 3 VOL/A sind Leistungen grundsätzlich in der Menge aufgeteilt (Teillose) oder nach Art oder Fachgebiet getrennt (Fachlose) zu vergeben. Die Aufteilung der zu beschaffenden Schulbücher in Lose kann vorliegend entweder nach den einzelnen Schulen oder entsprechend § 10 SchulG differenziert nach Schulstufen und Schulformen erfolgen.

Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zwar zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Es erscheint aber zweifelhaft, ob vorliegend überhaupt wirtschaftliche oder technische Gründe gegeben sind, die eine Gesamtvergabe sämtlicher Schulbücher durch die Stadt rechtfertigen. Der in diesem Zusammenhang getätigte pauschale Einwand der Stadt, eine kleinteilige Beschaffung verursache verwaltungsinternen Mehraufwand, genügt jedenfalls nicht. Der jeder losweisen Vergabe immanente Mehraufwand wird vom Gesetzgeber grundsätzlich hingenommen.

> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.11.2009 – VII-Verg 27/09 –, juris Rn. 54, zu § 4 Nr. 3 VOB/A a.F.

Bereits der Grundsatz der Losvergabe hindert die Stadt damit an einer zentrierten Beschaffung. Da eine losweise Vergabe nach Schulen bzw. Schulformen zu erfolgen hat, macht es vergaberechtlich keinen Unterschied, ob die Stadt die Schulbuchaufträge selbst vergibt oder dies den Schulen überlässt.

(ii) Keine Addition des Auftragswerts

Insbesondere ist die Stadt vergaberechtlich nicht gehalten, die Auftragswerte der Schulen zu addieren, unabhängig davon, ob sie oder die Schulen die Aufträge vergeben.

Gem. § 3 Abs. 7 Satz 1 VgV ist zwar der Wert aller Lose grundsätzlich zu addieren, auch wenn für die Lose jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird. Bei Lieferaufträgen gilt dies gem. § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV jedoch nur für Lose über gleichartige Lieferungen. Gleichartig sind Lieferungen im Sinne dieser Vorschrift nur dann, wenn zwischen den Lieferungen ein innerer Zusammenhang besteht.

> *Greb,* VergabeR 2013, 308 (311); *Masing,* in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberecht-Kommentar, 2. Aufl. 2013, § 3VgV Rn. 13, *Kühnen*, in: Byok/Jaeger, Vergaberecht-Kommentar, 3. Aufl. 2011, § 3 VgV Rn. 8; *Glahs*, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht-Kommentar, 3. Aufl. 2011, § 3 VgV Rn. 24.

Dieser innere Zusammenhang fehlt bei Schulbüchern, die für unterschiedliche Schulstufen, Schularten oder Schulen beschafft werden. Es liegt auf der Hand, dass für unterschiedliche Schulformen und Schulstufen auch unterschiedliche Schulbücher beschafft werden. Letztlich ist der konkrete Schulbuchauftrag vom individuellen Bedarf der einzelnen Schule abhängig. Es ist prinzipiell nicht möglich, für verschiedene Schulen identische Schulbücher zu beschaffen.

Gegen einen inneren Zusammenhang der verschiedenen Schulbuchaufträge pro Schule steht insbesondere die schulische Eigenverantwortlichkeit der Schule gem. § 3 Abs. 1 SchulG. Die Schule gestaltet danach den Unterricht selbstständig. Gem. § 30 Abs. 3 SchulG entscheidet die Schulkonferenz der jeweiligen Schule, welche Lernmittel an der Schule eingeführt werden. Dem trägt § 95 Abs. 2 SchulG Rechnung mit der gesetzlichen Ermächtigung, den Schulen im Rahmen ihrer Eigenverantwortlichkeit finanzielle Mittel zur Eigenbewirtschaftung o.a. mit Schulbüchern zuzuweisen. Konsequenz daraus ist, dass die Schulen in der Praxis zumeist völlig unterschiedliche Schulbücher beschaffen.

Erst recht sind die Schulen infolge ihrer Organisationsautonomie nicht von Beschaffungsentscheidungen einer jeweils anderen Schule abhängig. Jede Schule richtet die Art und den Umfang der von ihr beschafften Schulbücher ausschließlich an ihrem eigenen Bedarf aus, z.B. an ihren Schülerzahlen und ihren Lehrprärogativen. Ein Verzicht oder eine Beschaffungsentscheidung der einen Schule bindet eine andere Schule nicht. Vielmehr sollen die im Schulgesetz angelegte pädagogische Selbstverantwortung der Schulen und die Zuweisung eigener Budgets an die Schulen deren Eigenverantwortlichkeit bei der Schulbuchbeschaffung stärken. Die Schulen müssen bei der Schulbuchbeschaffung flexibel und individuell handeln können, um z.B. auf kurzfristige Unterrichtsvorhaben rasch reagieren zu können. Wie erwähnt, kann die Schule auf diese Weise auch auf schwankende Schülerzahlen effektiver reagieren.

Die gesetzgeberischen Entscheidungen im Schulgesetz verdeutlichen damit, dass ein innerer Zusammenhang zwischen den Schulbuchaufträgen der Schulen im Rahmen ihrer Eigenbudgetierung gerade nicht besteht. Von gleichartigen Schulbuchlieferungen im Sinne von § 3 Abs. 7 VgV ist daher nicht auszugehen. Dies hat zum Ergebnis, dass die Stadt und die Schulen die Auftragswerte nicht addieren müssen, sondern die Schulen bei der Auftragsvergabe ausschließlich den Wert ihres eigenen Schulbuchauftrags berücksichtigen müssen.

(b) Keine Umgehung des Vergaberechts

Die eigenständige Beschaffung der Schulen der Stadt in gesonderten Schulbuchaufträgen führt auch nicht zu einer von der Stadt offenbar befürchteten unzulässigen Umgehung des Vergaberechts.

Das Vergaberecht stellt bei der Bemessung des Auftragswerts strenge Anforderungen. Gem. § 3 Abs. 2 VgV darf der Wert eines beabsichtigten Auftrags nicht in der Absicht geschätzt oder aufgeteilt werden, den Auftrag der Anwendung der vergaberechtlichen Vorschriften zu entziehen. Es ist dem Auftraggeber verboten, den Auftragswert mit dem Ziel einer Umgehung seiner vergaberechtlichen Zwänge zu manipulieren, insbesondere einen einheitlichen Auftrag in der Absicht aufzuteilen, zu einem möglichst geringen Auftragswert zu gelangen um sich von den vergaberechtlichen Anforderungen zu befreien.

> OLG Düsseldorf, Beschl. vom 09.11.2001 – Verg 38/01; OLG Frankfurt, Beschl. v. 07.09.2004 – Verg 11/04; VK Südbayern, Beschl. v. 03.04.2008 – Z 3 – 3194 – 1-09-02/08; *Kühnen*, in: Byok/Jaeger: Vergaberecht-Kommentar, 3. Aufl. 2011, § 3 VgV Rn. 6 m.w.N.

Eine Manipulation des Auftragswerts liegt jedoch nicht vor, wenn der Auftraggeber zwar die Vergabe mehrerer Aufträge beabsichtigt, diese Aufträge aber voneinander getrennt zu betrachtende Beschaffungsvorhaben betreffen. Selbst wenn die einzelnen Aufträge infolge einer getrennten Betrachtung jeweils unterhalb der EU-Schwellenwerte verbleiben, darf der Auftraggeber von einer (europaweiten) Ausschreibung absehen, ohne vergaberechtliche Bestimmungen zu verletzen.

> *Glahs,* in: Reidt/Stickler/Glahs: Vergaberecht-Kommentar, 3. Aufl. 2011, § 3 VgV Rn. 12 ff.; *Kühnen* in: Byok/Jaeger: Vergaberecht-Kommentar, 3. Aufl. 2011, § 3 VgV Rn. 6 ff.

Die vergaberechtliche Rechtsprechung verneint eine Pflicht des Auftraggebers, den Wert verschiedener Aufträge gem. § 3 Abs. 2 VgV zu addieren, für den Fall, dass zwischen den Aufträgen kein funktionaler Zusammenhang in wirtschaftlicher, zeitlicher oder technischer Hinsicht besteht. Nach der Rechtsprechung ist eine funktionale Betrachtungsweise angezeigt, d.h. die Pflicht zur Addition besteht (nur) für den Fall, dass die Beschaffung des einen Teils ohne den anderen Teil keinen Sinn macht. Anderenfalls liegt kein einheitlicher Beschaffungsbedarf vor, so dass es sich um voneinander unabhängige Aufträge handelt, deren Vergabepflichten sich ausschließlich nach dem Wert des individuellen Auftrags richten.

> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.08.2011 –, VII Verg 66/11 –, VergabeR 2011, 865; OLG München, Beschl. v. 31.01.2013 – Verg 31/12 –, VergabeR 2013, 477; KG Berlin, Beschl. v. 13.05.2013 – Verg 10/12 –, VergR 2013, 803.

Ein funktionaler Zusammenhang zwischen den Schulbuchaufträgen der einzelnen Schulen der Stadt ist jedoch aus ähnlichen Erwägungen wie oben zu § 3 Abs. 7 VgV zu verneinen. Weder in zeitlicher noch in wirtschaftlicher Hinsicht hängt die Auftragsvergabe der einen Schule von Vergaben der anderen Schulen ab. Selbst bei einem Verzicht einer oder mehrerer Schulen auf eine Beschaffung entfiele der Schulbuchbedarf bei den anderen Schulen regelmäßig nicht. Auch entsteht der Bedarf bei den Schulen zu unterschiedlichen Zeiten, da die Art und der Umfang der Schulbuchbeschaffung bei der einzelnen Schule jeweils von der individuellen Unterrichtsvorhaben und Lernmethoden abhängt.

Es liegen damit keine Anhaltspunkte für eine Manipulation der Auftragsvergabe für den Fall vor, dass die Stadt die Schulbuchbeschaffungen ihren einzelnen Schulen überlässt. Das Risiko einer – bewussten oder unbewussten – Umgehung des Vergaberechts existiert nicht.

Vor dem Hintergrund dieser – nicht neuen – Vergabegrundsätze hat die EU-Kommission bereits im Jahr 2005 ein gegen die Bundesrepublik Deutschland eingeleitetes Vertragsverletzungsverfahren nach intensiver Prüfung der betroffenen Schulbuchvergabe eingestellt. Die EU-Kommission hat anerkannt, dass die Schulen im Rahmen ihrer Eigenbudgetierung vergaberechtlich selbstständige Schulbuchaufträge vergeben und die getrennte Auftragsvergabe keine Vergaberechtsvorschriften verletzt.

(c) Beschaffungsautonomie der Stadt

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass die zu beschaffenden Schulbücher vergaberechtlich nicht als einheitlicher Auftrag betrachtet werden müssen. Vielmehr können die zu beschaffenden Schulbücher aufgeteilt und die Schulleitungen nach § 95 Abs. 2 SchulG zu ermächtigt werden, die Vergabevorgänge selbst durchzuführen.

Das gleiche Ergebnis folgt aus der Beschaffungsautonomie der Stadt bei der Bestimmung des Beschaffungsgegenstands. Diese Nachfrageautonomie oder Dispositionsbefugnis des öffentlichen Auftraggebers wird durch das Vergaberecht grundsätzlich nicht beeinflusst.

> *Schotten/Hüttinger*, in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2. Aufl. 2013, § 99 GWB Rn. 12, m.w.N.

Das OLG Düsseldorf hat die Grenzen der Beschaffungsautonomie in einer jüngeren Entscheidung konkretisiert. Danach ist die Bestimmung des Beschaffungsgegenstands vergaberechtskonform, sofern

- sie durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt ist,
- vom Auftraggeber nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe angegeben worden sind und die Bestimmung willkürfrei getroffen worden ist,
- solche Gründe tatsächlich vorhanden (festzustellen und notfalls erwiesen) sind
- und die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert.

> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 01.08.2012 – VII-Verg 10/12 – ZfBR 2013, 63 (67).

Diese Voraussetzungen würden bei der Beschaffung der Schulbücher durch einzelne Schulen eingehalten. Wir haben bereits dargelegt, dass für unterschiedliche Schulen unterschiedliche Schulbücher beschafft werden müssen. Die Bestimmung des Auftragsgegenstandes erfolgt dadurch willkürfrei und auf einer nachvollziehbaren Grundlage, nämlich der jeweiligen schulischen Entscheidung für bestimmte Schulbücher. Die so erfolgte Bestimmung des Auftragsgegenstands diskriminiert keine Schulbuchhändler. Genauso wäre im Übrigen die Stadt berechtigt, die Beschaffung der so bestimmten Schulbücher in jeweils eigenständigen Vergabeverfahren selbst vorzunehmen.

Die zentrale Beschaffung aller Schulbücher ist aus Sicht des Vergaberechts damit keinesfalls zwingend und eine Aufteilung der zu beschaffenden Schulbücher auf einzelne Schulen keine Umgehung vergaberechtlicher Bestimmungen.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Wiland Tresselt
Rechtsanwalt

Dr. Andreas Ziegler
Rechtsanwalt