



vertragliche Entgelt abzüglich ersparter Aufwendungen), kann ein Bieter lediglich verlangen, wenn er nachweisen kann, dass hinterher tatsächlich eine Vergabe an einen Dritten erfolgt ist (BGH, VergabeR 2004, S. 480, 481; BauR 1998, S. 1232, 1236 f.; Schraner, a.a.O., Rn. 130 m.w.N.). Dies ist hier ausgeschlossen, da es bei einer negativen Entscheidung des Bundesarbeitsministeriums zu keiner Vergabe kommt.

Keine Zuschlagsverpflichtung

Kann nicht vergeben werden, ist es zweifelhaft, ob die Ausschreibung dann aufgehoben werden kann. Die Vorschriften über die Aufhebung des Vergabeverfahrens (hier § 20 EG VOL/A 2009) setzen nämlich voraus, dass der Aufhebungsgrund ohne vorherige Kenntnis des Auftraggebers nach Beginn der Ausschreibung eingetreten ist (BGH, BauR, 1998 S. 1232, 1234; BauR 1993, S. 214, 216; Schraner, a.a.O., Rn. 117 m.w.N.).

Der Umstand, dass die Vergabe von einer Entscheidung des Bundesarbeitsministeriums abhängig ist, ist jedoch schon vor Beginn der Ausschreibung bekannt. Nicht bekannt ist nur das Ergebnis der Entscheidung. Man wird zu einer rechtmäßigen Aufhebung also nur kommen können, wenn bereits das Absehen vom Vorliegen der Ausschreibungsreife rechtmäßig war.

Einigkeit besteht in Rechtsprechung und Literatur allerdings dahingehend, dass auch bei fehlendem Aufhebungsgrund der öffentliche Auftraggeber nicht verpflichtet ist, einen Zuschlag zu erteilen (BGH, VergabeR 2003, S. 313, 316; BauR 1998, S. 1232, 1237; Schraner, a.a.O., Rn. 131 m.w.N.; Noch, a.a.O., S. 314 f. ebenfalls m.w.N.). Die Stadt läuft also nicht Gefahr, die ausgeschriebene Hard- und Software abnehmen zu müssen, auch wenn sie sie aufgrund einer negativen Entscheidung des Bundesarbeitsministeriums nicht benötigt.

Fazit

Da die Stadt in einer Zwangslage war und eine Ausschreibung unter Vorbehalt rechtlich vertretbar erschien, wurde das Vergabeverfahren trotz fehlender Ausschreibungsreife begonnen. Dabei war der Zeitdruck so groß, dass in die Vertragsunterlagen eine Kündigungsklausel für den Fall einer negativen Entscheidung des Bundesarbeitsministeriums aufgenommen wurde. So konnte (und musste) schließlich sogar der Zuschlag erteilt werden, bevor der Beschaffungsbedarf feststand. Es folgte die positive Entscheidung des Bundesarbeitsministeriums.

Verkehrte Ingenieur-Welt

Geringes Honorar zählt alles, gute Leistung (fast) nichts: Ein Praxisbericht



Dipl.-Ing. Ulrich Welter, *ingside*, Büssum

Freihändige Vergabe, Preisanfragen, beschränkte Ausschreibungen, VOF-Verfahren – alle Wege zur Vergabe von Ingenieurleistungen sind in der Praxis zu finden. Ihnen gemeinsam ist, dass häufig allein das Honorar im Mittelpunkt steht, der Preiswettbewerb also über den Leistungswettbewerb siegt. Dabei spart die richtige Lösung einer technischen Aufgabe viel mehr Geld als weniger Honorar. Was läuft alles falsch bei der Vergabe von Planungsleistungen? Ein Erfahrungsbericht aus der Praxis.

Um es gleich vorweg zu nehmen: Natürlich gibt es nicht „die öffentlichen Auftraggeber“, natürlich kommt es immer auf den Einzelfall an und natürlich gibt es auch auf Seiten der Ingenieurbüros Handlungsbedarf. Es lässt sich aber eine deutliche Mehrzahl bei der Vergabe von Ingenieurleistungen feststellen, auf die das zutrifft, was hier dargestellt wird.

In einem System, das von dem Gedanken „mehr Wettbewerb“ getrieben wird, verliert am Ende der Kunde. Das ist immer so. Auf der anderen Seite ist es so, dass man kaum bewerten kann, welches Honorar denn für welche Leistung tatsächlich angemessen ist. Aber genau dafür gibt es für die freien Berufe die Honorarordnungen, für Architekten und Ingenieure eben deren Honorarordnung, die HOAI. Sie beinhaltet die Aussage, dass das auf der Grundlage der HOAI vereinbarte Honorar in der Regel auskömmlich ist.

Eine Einzelfallgerechtigkeit gibt es natürlich nicht. Als nun findige Auftraggeber auf den Gedanken kamen, dass „in der Regel“ ja auch die Fälle beinhaltet, in denen das Honorar dann eigentlich „zu hoch“ sei, wurde versucht, diese „Luft“ aus den Vergaben rauszulassen. Dies hatte dann zwei Konsequenzen. Zum einen hatten die Büros für die Fälle, in denen das Honorar eben nicht mehr auskömmlich war, keinen Ausgleich mehr. Zum anderen wurde eine abwärts gerichtete Preisspirale in Gang gesetzt, die nach immer niedrigeren Honoraren rief und diese auch bekam. Auf diesem Weg gab und gibt es keinen Halt, selbst bei VOF-Vergaben wird als einziges Vergabekrite-

rium der Preis angegeben. Man möchte sagen: „... denn sie wissen nicht was sie tun“.

Der Autor führt keine Statistiken über das tatsächliche Vergabeverhalten. Er hat hierzu auch keine Umfragen gemacht. Aber er ist in seiner täglichen Arbeit mit 1.600 Ingenieurbüros regelmäßig in Kontakt. Er berät Ingenieurbüros und Auftraggeber im Gespräch, in Seminaren, Gutachten und Inhouse-Schulungen und das seit nun 30 Jahren. Die nachfolgende Darstellung entspricht seiner Erfahrung und der täglichen Bestätigung durch die Ingenieurbüros und deren Auftraggeber.

Die Rolle des Auftraggebers bzw. des Bauherrn

Es gibt sehr unterschiedliche Auftraggeber und es kommt immer auf die handelnden Personen an. Selbstverständlich gibt es eine große Zahl von Auftraggebern, die mit den von ihnen beauftragten Büros vertrauensvoll und zum Wohl der zu planenden oder zu überwachenden Sache zusammenarbeiten. Sie erhalten stets eine sehr gute Leistung und können sich auch darauf verlassen.

Da gibt es aber auch die, die von sich behaupten „wir zahlen immer HOAI-Honorare“. Bekommt man solche Fälle auf den Tisch, ist es regelmäßig anders. Entweder sind falsche Honorarzone vorgegeben oder der Umbauschlag nicht vereinbart oder bei den anrechenbaren Kosten wird die technische Ausrüstung nicht berücksichtigt usw., oder es ist tatsächlich das Honorar gem. HOAI



vereinbart aber es werden dafür deutlich mehr Leistungen verlangt, ohne zusätzliches Honorar oder die Nebenkosten werden nicht erstattet o. Ä.

Und es gibt diejenigen, denen es nur auf ein möglichst niedriges Honorar ankommt. Und das ist leider die Mehrheit. Das Ziel, ein möglichst geringes Honorar zu erreichen, ist sogar verständlich. Denn durch den Stellenabbau und dem damit verbundenen Verlust von Fachleuten bleibt bei diesen Auftraggebern das Honorar die einzig vergleichbare Größe. Wer fachlich nicht erkennen kann was sich hinter einem Angebot tatsächlich verbirgt, der vergleicht eben nur das Honorar. Und der öffentliche Auftraggeber hat ein glänzendes Argument hierfür, er muss schließlich mit unser aller Steuergeld sparsam umgehen.

Leider ist das nicht so einfach. Tatsächlich nämlich stecken oft Zwänge dahinter, die sich nur auf den zweiten Blick erschließen. Das sind im Einzelnen die Haushalte, Haushaltsansätze, Erfolgspläne, Budgets, Vorgaben und wie das auch immer bezeichnet wird. Diese Ziele gilt es zu erreichen, nicht das sichere, wirtschaftliche, dauerhafte, nachhaltige Bauwerk. Es geht eben nicht um den sparsamen Umgang mit Steuergeldern sondern um das Erreichen interner Ziele.

Um diese Ziele zu erreichen redet man sich ein, Ingenieurbüros verdienen sich seit Jahren goldene Nasen. Und man schult sich, indem man strikt unter sich bleibt. Da bieten Mitarbeiter von kommunalen Prüfungsverbänden Seminare an mit dem Titel „HOAI für Auftraggeber, Honorarfallen und Fallstricke vermeiden“. Da wird schon im Titel suggeriert, dass Ingenieurbüros nur eines wollen, nämlich den Auftraggeber über den Tisch ziehen. Das Ingenieurbüro wird zum Feindbild. Ist das gut? Das ist es natürlich nicht und das mit den goldenen Nasen ist ein Märchen.

Schaut man in die Büros hinein, dann stellt man fest, dass immer mehr geleistet wird als man schuldet. Noch immer fühlen sich die Büros, fühlen sich die Ingenieure der Sache verpflichtet. Noch immer haben die Ingenieure nicht gelernt, mit ihrer HOAI richtig umzugehen. Und dennoch wird ihnen allzu oft Übles unterstellt. Warum das so ist, weiß niemand.

Rechnungsprüfer stellen mittlerweile eine heimliche Macht dar. Viele von ihnen bemängeln fast alles. Die meisten sind nicht bereit, im Vorhinein, bei der Gestaltung von Verträgen und Ho-

norarvereinbarungen mitzuwirken. Und wenn, dann fast nie gemeinsam mit den Planern, allenfalls mit den eigenen Ämtern. „Das hat das Rechnungsprüfungsamt vorgegeben“ ist dann oft die Aussage. Dabei kann der Rechnungsprüfer zumeist gar nicht fachlich beurteilen, wie die Situation tatsächlich einzuordnen ist.

Auftraggeber haben sich gewandelt. Sie verstehen sich heutzutage als „Besteller“, sie haben einen „zentralen Einkauf“. Kann man Beratung „einkaufen“? Oder muss man Beratung „beauftragen“ und bei der Ergebnisfindung mitwirken (steht übrigens im BGB, § 642).

Diese Betrachtungsweise führt dazu, dass man den Partner, den Planer als „Lieferanten“ bezeichnet. Man wird beliefert mit Besenstielen, Pkws, Pizza und nebenbei mit der Planung für sein neues Gebäude. Oha, möchte man rufen, da stimmt doch etwas nicht. Wir pressen alles in Systeme, auch wenn es dabei noch so quietscht.

Die Qualität der Anfrage

Jedes Projekt beginnt mit einer Idee: „Man müsste..., wir müssen..., wir sollten...“ Darauf aufbauend ermittelt man seinen Bedarf. Was brauche ich? Welchen Anforderungen muss es genügen? usw. Das ist eigentlich selbstverständlich und einen Leitfaden hierfür gibt die DIN 18205 – Bedarfsplanung im Bauwesen. Die Realität sieht anders aus: „Wir brauchen..., Sie wissen ja schon..., machen Sie mal ein Angebot.“

Da werden keinerlei Vorgaben gemacht, keine Ziele definiert und alles bleibt, manchmal in voller Absicht, schwammig. In einem konkreten Fall hat die Straßenbauverwaltung eines Bundeslandes den Planungsauftrag für eine neue Brücke vergeben. Es wurden im Rahmen der Vorplanung zahlreiche Variantenuntersuchungen gefordert hinsichtlich Kreuzungswinkel, lichter Höhe und Konstruktion der Brücke. Trassen mussten an verschiedenen Orten untersucht werden. Ganz unabhängig davon, dass es sich bei all diesen Planungen um Alternativen i. S. des § 10 HOAI handelt, mit der Folge eines zusätzlichen Honoraranspruchs, drängte der Planer auf eine Entscheidung, welche Lösung denn nun in der Entwurfsplanung weiterverfolgt werden solle. Der Bauherr schreibt dazu:

„... bzgl. der Vorzugsvariante werden wir keine Entscheidung treffen. Wir fordern Sie stattdessen und letztmalig auf, die Entwurfsplanung bis zum xy.xy.2011 endgültig fertigzustellen.“

„Hallo?“ möchte man sagen, „Du weißt nicht was Du willst, aber setzt mir dafür eine Frist?“

Das Problem liegt zeitlich weit zurück. Ist die Anfrage einfach nur schlecht, kann eigentlich nichts Gescheites mehr daraus entstehen. Es sei denn, der Planer ist bereit sich selber auszubeuten und die Arbeit des Auftraggebers mit zu erledigen.

In etlichen Fällen beschreiben Auftraggeber zwar sehr ausführlich und sehr gut den Bestand und dessen Probleme. Sie legen alte Planungen der Anfrage bei und zeigen auf, welche Schäden an Bauwerken und Einrichtungen vorhanden sind und wodurch sie verursacht wurden. Sie fordern dann Büros auf, ein Angebot für Planungsleistungen abzugeben. Eine Beschreibung des Planungsziels gibt es aber nicht. Stattdessen wird, wie im konkreten Fall eines Wasser- und Schifffahrtsamtes geschehen, die Beschreibung des Bestandes als bereits durchgeführte Vorplanung bezeichnet und dem Ingenieurbüro das Honorar für die Leistungsphase 2 deshalb verweigert.

Auch hier muss man sagen, verkehrte Welt. Der Bauherr stellt Schäden am Bauwerk fest, beschreibt diese, beauftragt einen Planer mit der Planung der Mängelbeseitigung und behauptet, selber das Planungskonzept mit der Mängelbeschreibung bereits erbracht zu haben.

Nein, geneigter Leser, das sind bedauerlicherweise keine Einzelfälle. Im Gegenteil, in aller Regel weiß der Bauherr nicht was er will und macht sich auch nicht die Mühe dies herauszufinden. Schon oft wurde an dieser Stelle über die Notwendigkeit einer Bedarfsplanung geschrieben. Seinen Bedarf muss der Bauherr schon selber ermitteln oder jemanden damit beauftragen. Aber dies muss immer vor der eigentlichen Planung erfolgen.

Es hat sich nichts geändert in den letzten 20 Jahren, die Anfragen bleiben einfach nur schlecht. Hier würde sich eine Qualitätsoffensive lohnen. Hier könnten öffentliche Auftraggeber klug und vorausschauend handeln, ohne dass dies Geld kostet.

Es ist leicht über nachlassende Planungsqualität zu klagen. Tatsächlich liegt dies daran, dass bei dem knallharten Wettbewerb in der Planerbranche schlechte Anfragen voll durchschlagen. Man bekommt was man bestellt und wenn man nicht



weiß was man bestellt, dann bekommt man irgendetwas.

Die freihändige Vergabe fördert die gemeinsame Verantwortung

Dies ist zweifelsfrei und nach wie vor die beste Möglichkeit zur Vergabe von Planungsaufträgen. Jedenfalls sofern dies rechtlich möglich ist (siehe z.B. Schwellenwert für EU-weite Vergabe).

Die freihändige Vergabe setzt voraus, dass sich Auftraggeber und Planer noch vor der Vergabe zusammensetzen und herausfinden, welches der beste Weg ist. Das schafft Vertrauen oder eben nicht. Der Auftraggeber weiß am Ende dieses Prozesses, wer sein bester Partner ist. Und weil sich das Honorar nach den preisrechtlichen Vorschriften der HOAI richtet, kann er sicher sein, nicht zuviel zu bezahlen. Die freihändige Vergabe bedingt die Übernahme von Verantwortung, auch auf Seiten des Auftraggebers.

Preisfragen sind eigentlich das größte Ärgernis

Preisfragen sind eigentlich das größte Ärgernis. Sie sind fast immer sehr kurz gehalten, ohne ausführliche Darstellung von Problem und Ziel. Die Büros machen dann Angebote die nicht vergleichbar sind. Und deshalb entscheidet dann immer nur der Preis, denn dafür sind sie ja gemacht wie der Name schon sagt.

Das Ergebnis von Preisfragen, gegen die nicht per se etwas einzuwenden ist, müsste in aufwändigen Gesprächsrunden inhaltlich vergleichbar gemacht werden. Aber wenn man das tut, ist man bei der freihändigen Vergabe (s.o.), bei der man von vornherein nur bestimmte Planer anspricht.

Beschränkte Ausschreibungen

Beschränkte Ausschreibungen werden immer wieder versucht. Oft wird die VOL/A als Leitbild herangezogen, obwohl genau dies nicht geht (siehe § 1 VOL/A). Es ist eben ein formalisiertes Verfahren mit dem Anschein der Objektivität. Tatsächlich ist es nichts anderes als eine Preisfrage.

VOF-Verfahren sind eine aufwändige Alternative

VOF-Verfahren sind ab einer Auftragssumme, die oberhalb des jeweils gültigen EU-Schwellenwertes liegt, zwingend vorgeschrieben. VOF-Verfahren sind aufwändig, für Auftraggeber und Auf-

tragnehmer. Ein Angebot für ein VOF-Verfahren kostet das anbietende Büro zwischen 10.000,- € und 50.000,- €. Kosten, die insbesondere durch die regelmäßig geforderten Lösungsansätze und die aufwändigen Präsentationen verursacht werden. In allen nach VOF-Verfahren beauftragten Fällen kommt es zu (teilweise erheblichen) Nachtragsforderungen. Dazu kommt, dass sich öffentliche Auftraggeber nach wie vor schwer tun mit der vorherigen Bekanntgabe der Wertungskriterien und vor allen Dingen damit, diese nachher auch tatsächlich einzuhalten.

Eine gute Lösung für die mit den VOF-Verfahren verbundenen Schwierigkeiten stellt das im internationalen Markt übliche Zwei-Umschlag-Verfahren dar.

Es wurde von den Verbänden der Planer schon vor Jahren vorgestellt aber nie angenommen. Grund dafür ist, dass der Auftraggeber sich dazu durchringen muss, zunächst den Preis, der in einem separaten und verschlossenen Umschlag angegeben ist, auszublenden. Er müsste sich zuerst nur mit dem technischen Konzept befassen. Es kommt wohl der deutschen Mentalität nicht sehr entgegen sich so zu verhalten, denn dann würde der geliebte Preis ja nicht mehr die gewünschte Rolle spielen können.

Das Vergabeverhalten der letzten 15 Jahre und die Konsequenzen

Wie eingangs dargestellt hat das Vergabeverhalten der öffentlichen Hand seit etwa Mitte der 90er Jahre dazu geführt, dass alle Beteiligten unzufrieden sind. Auftraggeber stehen unter dem Druck, mit möglichst wenigen Finanzmitteln auskommen zu müssen. Sie führen deshalb PPP-Modelle durch, bei denen behauptet wird, man würde dadurch 16 oder 20 % sparen können. Jeder weiß, dass das nicht so ist und dass alles viel teurer wird. Aber das wird man erst am Ende der Maßnahme tatsächlich feststellen und deshalb wird so verfahren.

Deshalb schaut man nur nach dem Preis. „Mach mir den geringsten Preis und schau wie Du damit überlebst“ ist der Leitspruch, der sich aus dem Blickwinkel eines Controllers zu bestätigen scheint. Denn: „Du lebst ja immer noch, also war Dein Preis beim letzten Auftrag zu hoch.“

Welche Leistung man erhält ist kaum noch relevant. Stimmt die Leistung nicht, schalten wir Juristen ein. Ob sie stimmt, können wir zwar mangels Sachverstand

nicht mehr beurteilen, aber wir lassen das prüfen, egal was das kostet.

Als Reaktion auf die Fehlentwicklung der letzten Jahre entwickeln die Planungsbüros ganz aktuell und eigentlich Jahre zu spät, ein internes Nachtragsmanagement: Warum machen wir mehr als wir schulden? Warum arbeiten wir ohne Honorarvereinbarung? Welche Möglichkeiten haben wir, Mehrhonorar zu generieren? Dies ist eine logische Konsequenz. Die Bauwirtschaft hat das schon immer so gemacht. Die Ingenieurbüros fangen gerade erst damit an. Eine fatale Entwicklung, an deren Ende es nur Verlierer geben wird.

Tatsächlich ist es oft so, dass sich der Auftraggeber auf die Seite der Baufirma stellt und das Büro anhält, dies oder das zu prüfen. Mehrkosten bei der Baufirma sind natürlich möglich, aber Mehrhonorar beim Planer? Gott bewahre! Verkehrte Welt. Der Auftraggeber hört nicht auf seinen Berater sondern stimmt dem Dritten zu. Wahrlich kein Einzelfall. Das gnadenlose Feilschen hat dazu geführt, dass die Einkommen der Bauingenieure so niedrig geworden sind, dass fast niemand mehr diesen Beruf ergreifen wollte.

Die aktuelle Situation in der Ingenieurbranche

Es gibt schlicht keinen Nachwuchs. Auch bei den Ämtern und Behörden hat man gemerkt, dass man keine Leute mehr findet. Gab es auf eine Stellenausschreibung Ende der 90er Jahre 200 oder 300 Bewerbungen, ist man heute froh, wenn es 3 (in Worten drei) gibt. Öffentliche Hand, Bauwirtschaft und Ingenieurbüros werben sich gegenseitig das Personal ab. Hier wird mancher auf der Strecke bleiben. Er kann seine Aufträge schlicht nicht mehr bedienen. Noch haben die Büros genügend Arbeit. Aber das Honorar ist fast überall so schlecht wie nie. Natürlich gibt es immer beide Seiten. Natürlich tragen auch die Büros eine Mitschuld, wenn sie alles mitmachen. Aber auch der Auftraggeber hat Verantwortung und muss erkennen, dass dieses oder jenes Honorar schlicht und ergreifend unauskömmlich ist und die Leistung deshalb schlecht sein wird. Wenn er das erkennt, dann muss er nach dieser Erkenntnis handeln.

Erste zarte Pflänzchen

Es gibt aber auch eine neue Entwicklung die man bei genauem Hinsehen beobachten kann.

Erste öffentliche Auftraggeber haben erkannt, dass es so nicht weitergehen kann. Sie haben nach einer Analyse der gemachten Erfahrungen den Entschluss gefasst, wieder auf Leistung statt nur auf Honorar zu achten.

Das ist aller Ehren wert. Denn so etwas braucht Stärke und Mut. Es werden wieder Fachleute in den Verwaltungen eingestellt (so es denn welche gibt). Auch das ist gut. Das sichert nämlich Gespräche auf Augenhöhe und die ist bei den komplexen und komplizierten Bauvorhaben heutzutage dringend erforderlich.

Setzen wir uns alle dafür ein, dass dieses zarte Pflänzchen wächst und rasche Verbreitung findet. Reden wir über die Aufgabe die gemeistert werden muss, über die Leistungen die zu vereinbaren sind. Machen wir uns nicht immer nur Gedanken über das Honorar, das ist nämlich gesetzlich geregelt.

Erlaubte Nachfragemacht

LG Hannover: Krankenkassen dürfen Grippeimpfstoffe gemeinsam ausschreiben – Kein Nachfragekartell



Dr. Angela Dageförde, Hannover, Fachanwältin für Verwaltungsrecht sowie für Bau- und Architektenrecht

Einkaufsgemeinschaften öffentlicher Auftraggeber erhöhen deren Nachfragemacht. Mit Blick auf das Kartellverbot werden sie daher immer wieder kritisch thematisiert. Nachdem der Bundesgerichtshof (BGH) im Jahr 2002 den gemeinsamen Einkauf von Feuerwehrgeräten durch niedersächsische Kommunen gebilligt hatte, stand nun erneut ein niedersächsischer Fall im Fokus: Eine gemeinsame Ausschreibung aller gesetzlichen Landes-Krankenkassen zur Beschaffung von saisonalen Grippeimpfstoffen. Mit Beschluss vom 15.06.2011 (21 O 25/11) gab das Landgericht Hannover als zuständiges Kartellgericht die EU-weite Ausschreibung frei.

Die Ausschreibung betraf Rabattvereinbarungen über saisonale Grippeimpfstoffe gem. § 132e Abs. 2 i.V.m. § 130a Abs. 8 des fünften Sozialgesetzbuches (SGB V) aller gesetzlichen Krankenkassen Niedersachsens, die sich in einer Arbeitsgemeinschaft (ARGE) zur gemeinsamen Beschaffung von Sprechstundenbedarf zusammengeschlossen hatten.

Der Sachverhalt

Sämtliche gesetzlichen Krankenkassen Niedersachsens hatten vereinbart, Rabattvereinbarungen zur Versorgung ihrer Versicherten mit saisonalen Grippeimpfstoffen für zwei Grippe-schutzimpfsaisons auszuschreiben. Die Ausschreibung sollte damit nahezu den gesamten Bedarf an Impfdosen für die gesetzlich Krankenversicherten Niedersachsens abdecken.

Eine Vorinformation im Supplement zum Amtsblatt der EU kündigte dieses Vorhaben bereits im Vorfeld des Vergabeverfahrens an. Ein pharmazeutisches Unternehmen, das saisonale Grippeimpfstoffe herstellt und in Verkehr bringt, hatte daraufhin vor dem zuständigen Kartellgericht bei dem Landgericht Hannover beantragt, der ARGE die gemeinsame Ausschreibung zu untersagen. Zur Begrün-

dung führte das Unternehmen aus, die Gründung der Einkaufsgemeinschaft der gesetzlichen Krankenkassen Niedersachsens bezwecke und bewirke eine Beschränkung des Wettbewerbs. Sie sei deshalb nach §§ 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und Art. 101 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) verboten. Die ARGE verfüge auf dem aus ihrer Sicht relevanten Einkaufsmarkt in Niedersachsen über eine massive Marktmacht, weil die gesetzlichen Krankenkassen dort über einen gemeinsamen Marktanteil von 90 % verfügten. Die ARGE sei deshalb gemäß § 33 Abs. 1 GWB zur Unterlassung verpflichtet.

Die ARGE wehrte sich gegen diesen Vorwurf der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung mit der (gestuften) Argumentation, das Kartellrecht sei schon von vornherein nicht anwendbar. Denn die Rabattvereinbarungen, die den Gegenstand der beabsichtigten Ausschreibung bilden sollten, fielen unter die Ausnahme des § 69 Abs. 2 S. 2 SGB V in der Fassung des Gesetzes zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes (AMNOG), das am 01.01.2011 in Kraft getreten war.

Selbst wenn das Kartellrecht grundsätzlich anwendbar sein sollte, führe die gemeinsame Impfstoffbeschaffung durch

die ARGE nicht zu einer wesentlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs. Die gesetzlichen Krankenkassen Niedersachsens hätten auf dem relevanten Markt weit weniger als den von dem pharmazeutischen Unternehmen unterstellten Marktanteil von 90 %. Denn anders als von dem Unternehmen behauptet, sei der Markt nicht auf Niedersachsen begrenzt, sondern vielmehr bundesweit, wenn nicht gar EU-weit abzugrenzen, da die Hersteller ihre Gripeschutzimpfstoffe an eine Vielzahl von Abnehmern außerhalb Niedersachsens veräußern könnten. Es gebe EU-weit andere Abnehmer wie gesetzliche und private Krankenversicherungen sowie beispielsweise große Unternehmen, die Impfstoffe im Rahmen ihrer betrieblichen Schutzimpfungsmaßnahmen benötigen. Die Hersteller hätten daher mindestens bundesweit eine Reihe von Ausweichmöglichkeiten auf andere Nachfrager. Auf dem bundesweiten Markt für Grippeimpfstoffe betrage der Anteil der Nachfrage für die Versicherten der gesetzlichen Kassen in Niedersachsen lediglich 7 %, sodass von einer wettbewerbsbeschränkenden Nachfrage-macht keine Rede sein könne.

Die Entscheidung

Das Landgericht folgte der Argumentation der ARGE und erteilte dem Verfü-