VS - Nur für den Dienstgebrauch

2025

Bericht der Sachverständigen Beraterin

Dr. Margaretha Sudhof

CHRONOLOGIE-BEWERTUNG-EMPFEHLUNG

Inhaltsverzeichnis

Auftrag und Rahmenbedingungen 2

Zusammenfassung 6

Entwicklung der Pandemie: 14

Chronologie von Entscheidungen 20

Beschaffung von Persönlicher Schutzausrüstung im BMG 29

Allgemein 29

I. Direktvergaben 36

a. Vertrag mit der [redacted] 43

b. Vertrag mit der [redacted] 49

c. Vertrag mit der [redacted] 51

II. Unternehmensnetzwerk: Rahmenvereinbarungen mit dt. Großunternehmen 54

III. Beauftragung [redacted] 56

IV. Logistik-Sourcing durch die [redacted] 69

V. Das Open-House-Verfahren 73

VI. Tenderverfahren: Interessensbekundungsverfahren für Aufträge für die inländische Produktion von Schutzmasken und -kitteln („Produktion in Deutschland") 96

Externe Vergabe der Betriebsführerschaft 103

Zusammenfassung zum Themen Vergabeaktivitäten BMG 110

A. Entwicklung und rechtliche Einordnung des Open-House-Verfahrens 111

C. Preisrechtliche Fragestellungen im Open-House-Verfahren und in allen übrigen Verfahren 121

D. Vergleiche 134

E. Schiedsgerichtsverfahren in China 142

F. Regress [redacted]? 146

G. Regress [redacted]? 155

Feststellungen und Empfehlungen 159

Empfehlungen für das BMG 159

(1) Optimierung der Steuerung der Betriebsführerschaft und zügige Beendigung 159

(2) Optimierung der Steuerung der rechtlichen Vertretung des Bundes in den Gerichtsverfahren 160

(3) Verteilung noch vorhandener PSA und Beendigung der Lagerung 162

Abkürzungsverzeichnis 165

Auftrag und Rahmenbedingungen

Mit dem Interview des Bundesministers für Gesundheit, Prof. Dr. Lauterbach, in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung wurde am 13.07.2024 öffentlich, dass er beabsichtigt, Frau Dr. Margaretha Sudhof als Sachverständige Beraterin mit der Aufarbeitung der Beschaffungsaktivitäten des Gesundheitsministeriums im Jahr 2020 zu beauftragen.

Konkret wurde ausgeführt, dass dies nach Kenntnisnahme des Berichtes des BRH vom 28.03.2024 und der jüngsten OLG Urteile aus Köln, insbesondere vom 21.06.2024, geboten sei. Daher sollten nun u.a. der „Bedarf, die Beschaffung und die Verträge zu den Masken grundsätzlich" durchleuchtet werden. Neben der Aktensicherung und Aktensichtung wurden Gespräche angekündigt, um deren Ergebnisse mit den vorhandenen Verwaltungsvorgängen abzugleichen. Auf dieser Basis sollten vor allem auch die Rechtsstrategien bewertet und geprüft werden, z.B. mit Blick auf die Zweckmäßigkeit der von den mandatierten Anwaltskanzleien verfolgten Prozessstrategie und daraufhin, ob alle relevanten rechtlichen Argumente in den Vortrag des Bundes einbezogen waren.

Hierzu wurde die Sachverständige Beraterin Dr. Margaretha Sudhof zum 24.07.2024, unmittelbar nach dem zweiten OLG Urteil vom 19.07.2024, eingesetzt. Zur Unterstützung der Sachverständigen Beraterin wurden die beiden BeamtInnen [redacted] und [redacted], aus dem Geschäftsbereich des Bundesministeriums der Verteidigung abgeordnet. Dem BMVg wird an dieser Stelle für diese wertvolle Unterstützung gedankt.

Nach kurzer Einarbeitung im August 2024 konnte der Stab der Sachverständigen Beraterin seine Arbeit im Sinne des o.a. formulierten Auftrages des Bundesministers und im Sinne der Beauftragung im September 2024 aufnehmen. Zunächst wurden die beim Bundesgerichtshof anhängigen Nichtzulassungsbeschwerden betrachtet und die aktuelle Strategie bei den mandatierten Kanzleien und der im BMG hierfür zuständigen Abteilung [redacted] erfragt.

Parallel wurden die veröffentlichten ebenso wie die niedrigschwellig verfügbaren Unterlagen, wie etwa die BRH Prüfberichte und die verfügbaren Gerichtsentscheidungen, durchgearbeitet und es wurde eine chronologische Abfolge der Vorgänge rekonstruiert, um die Zeiträume für die zu beantwortenden Fragen in Phasen einzugrenzen, aber auch, um die notwendigen Fragestellungen zu eruieren. Die einschlägigen Verwaltungsvorgänge des BMG befinden sich

derzeit in einem nicht der Aktenführung einer Obersten Bundesbehörde entsprechenden Zustand.[1] Im Lichte dessen muss darauf aufmerksam gemacht werden, dass die Inhalte, Sachverhaltsrekonstruktionen und Schlussfolgerungen dieses Berichts auf den zur Verfügung gestellten Unterlagen basieren und daher eine Momentaufnahme darstellen. Von vergleichbaren Erfahrungen hatte bereits der Bundesrechnungshof berichtet. Ungeachtet dessen ist festzuhalten, dass die weit überwiegende Anzahl der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Bundesministeriums für Gesundheit und der anderen Ressorts und Bundesoberbehörden, die bei der Bewältigung der Coronakrise Verantwortung übernommen hatten, den Untersuchungsauftrag proaktiv, zugewandt und aufklärend unterstützte. Dafür danken wir den Gesprächspartnerinnen und Gesprächspartnern an dieser Stelle ausdrücklich.

Im Lichte der skizzierten Vorbereitungen wurden Expertinnen- und Expertengespräche unter Berücksichtigung strukturierter Fragen entwickelt und durchgeführt, um sich auch aus der erlebten Wahrnehmung der damals Beteiligten in die Abläufe in 2020 unter den gegebenen Rahmenbedingungen hineinversetzen zu können. Neben Expertinnen und Experten aus dem BMG selbst, haben sich insbesondere die Gespräche mit Expertinnen und Experten außerhalb des BMG als aufschlussreich gezeigt. Bemerkenswert hierbei war, dass überwiegend der Wunsch geäußert wurde, Sachverhalte aufzuklären und zu administrativ üblichen und angemessenen Strukturen zurückzukehren. Den medial und auch teils durch die Personalvertretung des BMG referenzierten Eindruck eines insgesamt „unruhigen Hauses" haben die Sachverständige Beraterin und ihre Mitarbeiterinnen nicht beobachtet. Die ganz überwiegende Zahl der Kolleginnen und Kollegen des Gesundheitsministeriums haben den Untersuchungsauftrag konstruktiv aufgenommen und nach ihren Möglichkeiten wirkungsvoll unterstützt. Das galt auch für die Hintergrundgespräche mit den Vertreterinnen und Vertretern der Gremien.

Trotzdem bleibt festzuhalten, dass Erkenntnisfortschritte durchaus auch unter Konsultation der Veröffentlichungen auf der Webseite „Frag-den-Staat.de"[2] erarbeitet wurden, weil die

[1] In der Krise wuchsen die Vorgänge schnell auf. Es handelte sich um E-Mailverkehr (Outlook), teils mit Anlagen (PDF bzw. word). Außerdem wurde per sms und messenger (im Wesentlichen wohl whatsapp) kommuniziert. Die Messenger- und SMS-Kommunikation wurde nicht archiviert. Die Emails übernahm Ende 2020 der Betriebsführer [redacted] aus den Funktionspostfächern des BMG und überführte sie in eine SQL-Datenbank.

[2] Das betraf insbesondere die Krisenstabsprotokolle aus dem Jahr 2020.

entsprechenden Verwaltungsvorgänge des BMG nicht aufgefunden bzw. vorgelegt werden konnten.

In der Zeit vom 02.09.2024 bis 02.12.2024 wurden mehr als 20 Expertinnen- und Expertengespräche geführt, mit einigen Beteiligten wurde mehrfach gesprochen. Die Erkenntnisse hieraus dienten als Kompass, z.B. für die Suche nach den entscheidenden Bezugsdokumenten. Insbesondere die initial durch das befasste Prüfungsteam des Bundesrechnungshofes (BRH) geleistete Unterstützung der Aufklärung war von enormem Wert und erlaubte es, ausgehend von den vorliegenden Erkenntnissen der BRH-Berichte aus 2021 und 2024[3] punktuell spezifischer – sofern durch vorhandene Dokumentation möglich – den Erkenntnisprozess fortzusetzen.

Die durch andere Ressorts bereit gestellten Unterlagen ermöglichten es, bereits vom BRH benannte Erkenntnislücken in den Verwaltungsvorgängen des BMG zu schließen. Die im BMG sowie das Ressort des BMG übergreifende Unterstützung war bemerkenswert und enorm.

Ausgehend von der Frage, wie die Entscheidung für ein Open House Verfahren überhaupt zustande kam, wurde schnell klar, dass diese nur in der Gesamtkomposition der Maßnahmen zur Bedarfsdeckung von Persönlicher Schutzausrüstung (PSA) betrachtet und erklärt werden kann. Das Herausgreifen nur eines Aspekts der diversen Beschaffungswege vermag für sich genommen die Bandbreite der seinerzeitigen Entscheidungspfade nicht schlüssig zu erklären.

Dies gilt gerade auch im Lichte einer großen Fragestellung unserer Zeit: Nämlich nach Krisen, Resilienz und effektivem Staatshandeln in der Krise. Neben der möglichst lückenlosen Darstellung von Ereignissen und der Erklärung von Entscheidungsrationalen, der Zusammenfassung aller Beschaffungs- und Beauftragungsaktivitäten im Zusammenhang mit der durch die COVID-19 Pandemie ausgelösten Krise, werden auch Kipppunkte beschrieben und kritische Aspekte skizziert, die Impulse für analoge Herausforderungen in der Zukunft geben können.

Bei allen notwendigen Untersuchungen und Analysen muss jedoch eins zweifelsfrei attestiert werden, nämlich dass alle in der Pandemie involvierten Akteurinnen und Akteure der Bundesministerien, aber auch der nachgeordneten Dienststellen, jenseits der persönlichen Rücksichtnahme Unvorstellbares leisten mussten und geleistet haben. Diese Frauen und

[3] Vgl. die Berichte des BRH vom 16.07.2021 und vom 28.03.2024.

Männer sind dabei, teilweise auch während der Lockdowns mit entsprechenden Passierscheinen, tagtäglich, trotz Familien zuhause, in ihren Büros (ob zuhause oder in den Diensträumen) erschienen und haben dabei weit über jegliche Arbeits- und Ruhezeiten hinaus ihren Beitrag geleistet. Die hier unternommenen Recherchen und Gespräche haben dies immer wieder beeindruckend bestätigt.

Der enorme Respekt für die Verdienste aller Akteurinnen und Akteure jener Tage darf uns jedoch nicht davon abhalten, nunmehr, nachdem fast 5 Jahre zurückliegen, Ereignisse plausibel zu erklären und transparent zu machen. Dies ist die notwendige Grundlage für einen gesellschaftlichen Lernprozess: Was lief gut und was sollten wir zukünftig anders gestalten? Dies mit Blick auf die Fragestellungen aus der Corona-Zeit, aber auch mit Blick auf die Resilienz, die aus Erkenntnissen und entsprechenden Schlussfolgerungen, entstehen kann und im Idealfall sollte.

Der Bericht wurde mit Blick auf eine Anforderung des Haushaltsausschusses des Deutschen Bundestages im Januar 2025 finalisiert.[4] Er basiert auf den bis dahin vorliegenden Erkenntnissen und Unterlagen. Aufgrund der Lücken in den Unterlagen und auch der Chronologie können spätere Erkenntnisse nicht ausgeschlossen werden. Alle Feststellungen dieses Berichts stehen unter diesem Vorbehalt.

[4] Einzelne Typo- und redaktionelle Korrekturen im Text wurden noch bis 10.03.2025 vorgenommen.

Zusammenfassung

Die Feststellungen des BRH aus den Jahren 2021 und 2024 haben sich aus Sicht der sachverständigen Beraterin überwiegend bestätigt.

Die Aktivitäten des BMG lassen sich gedanklich in zwei Phasen aufteilen:

- März/April 2020 und
- später.

In Krisen muss der Staat funktionieren und Entscheidungen müssen durch die Verantwortlichen unter enormem Zeitdruck und zum Teil unsicheren Variablen und Prognosen getroffen werden. Das galt auch für die Pandemie 2020.

Bei allen notwendigen Untersuchungen und Analysen in der Folge muss vorneweg in diesem Zusammenhang eines zweifelsfrei attestiert werden, nämlich dass alle in der Pandemie involvierten Akteurinnen und Akteure der Bundesministerien, aber auch der nachgeordneten Dienststellen, jenseits der persönlichen Rücksichtnahme Unvorstellbares leisten mussten und geleistet haben.

Auch ist voranzustellen, dass Deutschland die Krise, gemessen an Erkrankten und Verstorbenen, im Vergleich zu anderen vergleichbaren Ländern Europas und den USA gut gemeistert hat. Die zentrale Steuerung aller Aktivitäten über einen COVID-Krisenstab war grundsätzlich eine gute Idee. Die transparente Zuordnung von Aufgaben zwischen den einzelnen Ministerien war in diesem Zusammenhang in Sinne guter Arbeitsteilung ein richtiger Ansatz.

Fehlendes ökonomisches Verständnis und politischer Ehrgeiz können aber, wie in diesem Fall, dazu führen, dass nicht als Team „Staat" sondern als Team „Ich" gehandelt wird. So begann das Drama in Milliarden-Höhe mit der Entscheidung des damaligen Bundesministers, nachweislich gegen den Rat seiner Fachabteilungsleitungen, sich fachfremd und ohne Arbeitsmuskel mit Milliardensummen auf dem Gebiet der Beschaffung betätigen zu wollen. Das zieht bis heute erhebliche Kosten und Risiken nach sich, insbesondere wegen der seinerzeitigen Beschaffung von Persönlicher Schutzausrüstung (PSA), bei der es sich eigentlich um Produkte niedriger Fertigungstiefe und mithin geringer Komplexität handelt. Hätte man zumindest gedacht.

So entschied der damalige Gesundheitsminister, abweichend von der Kompetenzverteilung der Bundesressorts und ungeachtet der dort jeweils vorgehaltenen Fachkompetenz (z.B. für Beschaffung, Logistik usw.), die Beschaffung allein meistern zu wollen. In die funktionierende Bundesverwaltung und insbesondere in die Beschaffungsbehörden vertraute er nicht. Er traf am 07./08.03.2020 die Grundentscheidung, mit dem von ihm geführten BMG selbst in die Beschaffung einzusteigen und ließ in den darauffolgenden Tagen, Wochen und Monaten Beschaffungsverträge im Volumen von über 11 Mrd. EUR abschließen.

In der Zeit vom 04.02.2020 bis 15.04.2020 wurden dem BMG auf Antrag für außerplanmäßige Ausgaben insgesamt 13,408 Mrd. EUR und davon 1 Mrd. EUR Verpflichtungsermächtigungen zugewiesen:

BMG Anlage Nr.	Datum	Freigegebene Summe	Inhalt
I	04.02.2020	23.000.000,00	Einrichtung einer TF beim RKI (8Mio), Maßnahmen
			in Bezug China (4Mio), Maßnahmen zur Entwicklung
			Tests- und Untersuchungsverfahren (6Mio),
			Maßnahmen des Bernhard-Nocht-Institut (5Mio)
II	19.02.2020	30.000.000,00	Unterstützung der WHO zur Bekämpfung des Coronavirus
			Implementierung des Strategic Preparedness Response
			Plan (SPRP)
III	03.03.2020	275.000.000,00	Beschaffung PSA durch Amtshilfe (250Mio), Aufklärungs-
			kampagnen SocialMedia (25Mio),
IV	09.03.2020	500.000.000,00	Beschaffung neben der Amtshilfe: beschriebene Bedarf
			steige weiter an; Extreme Lieferengpässe bei gleichzeitig
			stolzenden Preisen; Alle Gelegenheiten von seriösen An
			bietern mussten genutzt werden (teilweise innerhalb
			eines Tages); apUII für den Bedarf von
			6 Monaten nicht ausreichend; die Beschaffung
			Amtshilfe reicht nicht aus, BMG musste daher auch
			zentral den Bedarf für Deutschland beschaffen, unverfügbare Mengen umgehend aufgekauft werden...
Korrektur	10.03.2020	650,000,000,00	
V	17.03.2020	2,110,000,000,00	Begründung: "Die verschärfte Situation auf dem Markt
			erfordert unverändert, dass das BMG unverzüglich, noch
			heute - weitere umfangreiche Maßnahmen zur Bekämpf-
			ung des Corona Virus veranlasst. Die hier eingegangenen
			Angebote der Unternehmen sind weiter mit extrem
			kurzer Bindungsdauer versehen. Die beiden Minister sind
			bereits beim vorherigen Antrag deshalb übereingekommen, dass umgehend mit rechtlicher Bindungswirkung nach
			außen gehandelt werden muss."
			(davon 110 Mio Institute und Kommunikation)
VI	02.04.2020	2,000,000,000,00	BMG hat u. a. ein sogenanntes Openhouse-Verfahren be-
		(zzgl. 500 Mio VE)	gonnen, das nach den ersten Reaktionen der Anbieter
			Erfolge verspricht und Ankäufe von persönlicher Schutz-
			ausrüstung in sehr großem Umfang."
			für OHV 1 Mrd EUR
			für UN-Netzwerk 1 Mrd EUR
VII	15.04.2020	7,800,000,000,00	zusätzl. für OHV 5,5 Mrd EUR (bis 8.04.20)
		(zzgl. 500 Mio VE)	zusätzl. für Amtshilfe 300 Mio EUR
			zusätzl. für Tenderverfahren 500 Mio EUR (+ 1 Mrd VE)
			zusätzlich für Direktbeschaffungen BMG 1,5 Mrd EUR

Die im COVID-Krisenstab festgestellte Dringlichkeitsvergabe für die Beschaffung von Persönlicher Schutzausrüstung wurde teils auf andere vertragliche Vereinbarungen, z.B. mit Logistikern, Anwälten, Beratungsunternehmen etc. ausgedehnt. Ziel war es, die Anfang März 2020 festgestellten Engpässe an PSA kurzfristig zu beheben, koste es was es wolle.

In diesem Sinne attestiert der Bundesrechnungshof in seinen Berichten aus 2021 und 2024 nicht nur ineffizientes (also unwirtschaftliches) sondern auch ineffektives Handeln in Bezug auf die Maskenbeschaffung. Mangels Arbeitsmuskels und spezifischer Beschaffungskompetenz gab es keine bedarfsorientierte Steuerung aus dem BMG selbst. In der Folge wurde über den im Krisenstab festgelegten Bedarf hinaus beschafft.

„Von den durch das BMG zur Bekämpfung der Corona-Pandemie beschafften Schutzmasken ist aktuell mehr als die Hälfte bereits vernichtet oder zur Vernichtung vorgesehen. Nur 1,7 Milliarden Schutzmasken und damit weniger als ein Drittel wurden in Deutschland verteilt. (...) Der überwiegende Teil der PSA-Beschaffung war im Ergebnis ohne Nutzen für die Pandemiebekämpfung und damit ohne gesundheitspolitischen Wert. Weniger als ein Drittel der Schutzmasken allgemein und sogar weniger als ein Viertel der besonders teuren Import-PfH wurde verteilt. Tatsächlich genutzt wurden noch weniger Masken. Damit wurde letztlich nur ein Bruchteil der Ausgaben für die PSA-Beschaffung wirksam für die Pandemiebekämpfung eingesetzt."[5]

Dass diese Überbeschaffung im Volumen von 11 Mrd. EUR sich aktuell noch nicht in voller Höhe, sondern mit über 7 Mrd. EUR im Bundeshaushalt abbildet, ist den trotz Vertragsabschluss nicht erfolgten Lieferungen zu verdanken. Weitere erhebliche Risiken stehen allerdings heute, also fast fünf Jahre nach der Pandemie, noch aus und werden sich absehbar künftig noch im Bundeshaushalt niederschlagen.

„Nur ein kleiner Teil der beschafften PSA wurde tatsächlich an Länder und KVen verteilt. Das BMG verzeichnete hier Auslieferungsmengen von 147 Millionen PfH und 400 Millionen MNS", so der BRH in seinem Bericht vom 28.03.2024.[6]

Insgesamt wurde das 22fache an PfH-Masken (FFP2 o. vglbr.) sowie das 20fache an MNS-Masken beschafft.[7]

Die Fachebene des BMG versuchte durchaus, den Bundesminister davon zu überzeugen, dass mangels Expertise und Personal die Beschaffungen nicht ins Haus geholt, sondern bei den Beschaffungsbehörden verbleiben sollten. Dies jedoch vergeblich. Der damalige Bundesminister intervenierte immer wieder persönlich,[8] und nutzte seine Kontakte. Auch

[5] Bericht nach § 88 Absatz 2 BHO an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages über die Prüfung der Beschaffung und Verteilung von Schutzmasken durch das Bundesministerium für Gesundheit, Gz.: IX 1 - 0000625 vom 28.03.2024, S. 44, 46.

[6] S.o., S. 16.

[7] Bericht nach § 88 Absatz 2 BHO an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages über die Prüfung der Beschaffung und Verteilung von Schutzmasken durch das Bundesministerium für Gesundheit, Gz.: IX 1 - 0000625 vom 28.03.2024, Abb.1: Bedarf PfH 75 Mio. Stk., Beschaffungsvolumen 1.658 Mio. Stk. (=22-fache) und Bedarf MNS von 200 Mio. Stk., Beschaffungsvolumen 4.048 Mio. Stk. (=20,24-fache).

[8] Dies geschah, soweit dokumentiert, häufig von dem MdB-Account beim Deutschen Bundestag aus.

finden sich in den laufenden Verfahren gegen den Bund Chatprotokolle mit dem Bundesminister wieder, die von der Prozessgegenseite in die Verfahren eingebracht wurden.

Das BMG wurde relativ schnell von einer auf Vergaberecht spezialisierten Anwaltskanzlei aus Berlin unterstützt und beraten. Das betrifft insbesondere das Open-House-Verfahren. Ungeachtet der Zweifel an der rechtlichen Zulässigkeit dieses Verfahrens außerhalb des kartellrechtlichen Vergaberechts, bilden die extern anwaltlich erstellten Zulassungsunterlagen und Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) einen wesentlichen Grund für die erfolgreichen Klagen gegen den Bund. Insbesondere die AGB halten der gerichtlichen Prüfung (derzeit in zweiter Instanz durch das OLG Köln) aus verschiedenen Gründen nicht stand. Bereits initial hatte das Bundesamt für Ausrüstung, Informationstechnik und Nutzung der Bundeswehr (BAAINBw) den Staatssekretär des BMVg vor dem Konstrukt des Open-House-Verfahrens gewarnt, vor allem mit Blick auf die fehlende Mengen- und Qualitätssteuerung der zu erwartenden Anlieferungen.

Auch die Logistikauswahl führte zu Problemen, die teils bis heute andauern. Das BMG selbst war nämlich nicht imstande, die eingekaufte PSA entgegenzunehmen und zu verteilen. Insoweit bedurfte es der logistischen Unterstützung. Eine Amtshilfe hätte nahe gelegen, denn der Bund hatte Anfang März bereits entsprechende Lagerflächen – zum Teil der Bundeswehr – identifiziert und im Krisenstab transparent kommuniziert. Gleichwohl setzte der Minister auf sein Umfeld und beauftragte höchstselbst den ihm bekannten Logistiker [redacted] zunächst auf mündlicher Basis. Im Nachgang versuchte das BMG, die förmliche Beauftragung der [redacted] an die Beschaffungsbehörden zu delegieren, die das aber ablehnten. Konkret hatte das zuständige Beschaffungsamt des BMI (BeschA) die erwartbaren Logistikanforderungen in einem Logistikkonzept festgehalten. Dessen Einschätzung war die, dass selbst die Global-Player [redacted] und [redacted] jeweils für nicht genommen an die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit geraten könnten und deshalb arbeitsteilig beauftragt werden sollten.

Die bundesinterne Kritik am Open-House-Verfahren (BAAINBw) und an der Logistikbeauftragung [redacted] (BeschA, BMI) wurde nicht als „Red Flags" betrachtet; die Chance einer Korrektur oder wenigstens Teilkorrektur der getroffenen Entscheidungen blieb ungenutzt. Als das Open-House-Verfahren außer Kontrolle geriet, da die damit schließlich beauftragte GZD mit Angeboten und Nachfragen überrollt wurde, erwog man im BMG die Chance eines kompletten Abbruchs nicht. Dieser hätte es ermöglicht, bereits eingegangene

seriöse Angebote direkt zu verhandeln und vertraglich zu sichern. Das Risiko von Schadensersatzforderungen hätte sich auf das negative Interesse minimiert und überdies reziprok zur der hohen Lieferungsausfallquote bewegt, wäre also einer Risikobewertung zugänglich geblieben.

Die schlichten oder widersprüchlichen Vertragswerke, wie etwa die Beauftragung der [redacted] mit einem Volumen von bis zu 1,4 Mrd. EUR auf wenigen Seiten und ohne konkrete Leistungsbeschreibung, beschäftigen den Bund bis heute. Vieles ist weiterhin unklar, strittig, offengeblieben oder widersprüchlich. Das Prozessrisiko der anhängigen Klagen aus dem Open-House-Verfahren kumuliert sich auf 2,3 Mrd. EUR (ohne Kosten und Zinsen).

Die Entscheidungen jenes Wochenendes im März 2020 leiteten die folgende Einwicklung ein: Das Open-House-Verfahren führte wegen der hohen Preise zu einer Angebotsschwemme. Das unterlassene Controlling der kontrahierten Mengen am Maßstab des bekannten Bedarfes führte zu enormen Liefermengen, unter welchen der beauftragte Logistiker kollabierte, was wiederum die Erwartung der zügigen und risiko- wie auch aufwandsarmen Beschaffung der PSA, welche bis 30.04.2020 angeliefert wird, scheitern ließ. Die Überforderung aller Beteiligten durch die enorme Menge an Angeboten und Nachfragen begünstigte Folgefehler, die bis heute – neben dem widersprüchlichen Vertragsgrundlagen – gegen den Bund genutzt werden.

Angesichts des Ausmaßes der Corona-Krise, die eine der größten Herausforderungen Deutschlands seit dem zweiten Weltkrieg bildet, könnte dies als unglückliche Verkettung abgetan werden. Indes waren die Risiken und die hohen Schadens-Eintrittswahrscheinlichkeiten durchaus bekannt und die, wie es der SPIEGEL bezeichnete, „Interessenverquickungen" sind unbestritten.[9] Und selbst in dieser Lage eines außer Kontrolle geratenen Beschaffungs- und Logistikprozesses suchte man die Lösung in einer weiteren Beauftragung: Die Wirtschaftsprüfungs- und Beratungsgesellschaft [redacted] sollte die Probleme in den Griff bekommen, die Organisation der Anlieferung und Verteilung der PSA übernehmen und auch die komplette Dokumentation für das BMG erstellen. Dazu gehörte es, die mündlich geschlossenen Verträge und Vergaben nachträglich zu dokumentieren und entsprechende Vergabevermerke zu erstellen. Diese initiale Beauftragung wurde in der Folge als

[9] DER SPIEGEL „Es funktioniert besser mit Jemandem, den man kennt", Interview Jens Spahn mit Melanie Amann und Gerald Traufetter, Ausgabe 13/2021 vom 26.03.2021.

„Betriebsführung" bezeichnet und weitergeführt. Das BMG verfolgte den Anspruch auf Eigenbefähigung nicht und delegierte Verantwortung. Der Beschaffungsstab im BMG wurde in der Folge aufgelöst; die verbliebenen Personen wurden in dem Referat [redacted] gebündelt. Die jeweils mit der Betriebsführung beauftragten Unternehmen [redacted] sowie die mandatierten Anwaltskanzleien koordinierten auch die sich aus den Beschaffungen des BMG ergebenden Streitigkeiten, verhandelten Vergleiche oder entschieden über Rücktritte von Verträgen. Die Steuerung von Entscheidungen durch das BMG kann vielfach anhand der vorhandenen Aktenlage nicht nachvollzogen werden. Auch die Rechnungsbearbeitung in Form der „sachlich-richtig" Zeichnung wurde – ohne Belehungsakt – der Betriebsführung überlassen. Die Betriebsführung steuerte den Haushaltsmittelabfluss maßgeblich, was selbst Kernaufgaben des/der Beauftragten für den Haushalt (§ 9 BHO) betrifft. Im Themenfeld der PSA-Beschaffungsfolgen aus 2020 können die Informationen für die Finanzplanung und den Haushaltsplan (Voranschläge) sowie dessen Ausführung nicht ohne den Betriebsführer zusammengestellt werden. Hier wird durch den externen Betriebsführer stets zugearbeitet.

Die Position des Bundes wird auch dadurch erschwert, dass die anhängigen Rechtsstreitverfahren nicht einer Kanzlei übertragen wurden, sondern zeitweise auf bis zu sechs Kanzleien verteilt waren. Gerade vorprozessual und in den instanzgerichtlichen Verfahren hätte sich die juristische Beratung und Vertretung aus einer Hand mehr als angeboten. Diese einfache Maßnahme hätte den Aufwand für Kommunikation und Koordination vermindert und das Risiko eines widersprüchlichen Vortrages ausgeschlossen.

Im Zuge der hier gegenständlichen Untersuchung wurde auch das deutsche Preisrecht in Gestalt der Verordnung über die Preise bei öffentlichen Aufträgen (VO PR/Nr. 30/53) betrachtet, dessen Aufgabe darin liegt, die öffentliche Hand gerade in krisenbedingt gestörten Märkten vor asymmetrischen Machtverhältnissen zu schützen.

Ob dieser Aspekt auch heute noch in den laufenden Verfahren – nach jeweils vergleichbaren Fallkonstellationen geclustert – inhaltlich aufgenommen werden kann, ist eine Frage, die die Gerichte beantworten werden. Es mutet schon etwas seltsam an, wenn der Bund heute, also im Jahr 2025, Zug-um-Zug verurteilt wird, PSA abzunehmen, und dafür die im Open-House-Verfahren ausgelobten, (zu) hohen Preise zu bezahlen.

Was ergibt das für den Blick nach vorne? Es geht heute um die zügige Wiederherstellung der Eigenbefähigung im BMG ebenso wie um die Vervollständigung und Reintegration der Verwaltungsvorgänge. Das betrifft auch die noch immer in Deutschland und in China lagernde PSA sowie die damit verbundenen Zahlungsströme. Der Übergang der Aufgaben vom Betriebsführer zurück in das BMG muss unter angemessener Mitigation von Risiken erfolgen und bedarf der vorbereitenden Analyse der betroffenen Sachverhalte, Prozesse und Fähigkeiten.

Die Anzahl der mandatierten Kanzleien sollte auf ein für das behördliche Prozessmanagement aus einem ministeriellen Justitiariat heraus handhabbares Niveau reduziert und die entsprechenden Verfahren sollten inhaltlich sinnvoll zusammengeführt werden.

In Bezug auf Beschaffungsaktivitäten sollten die Rollen der Bedarfsträger- und Bedarfsdecker konsequent getrennt und in unterschiedlichen Abteilungen organisiert werden.

Entwicklung der Pandemie:

Die COVID Pandemie, die Ende 2019 in China begann, stellte für den Staat und die Gesellschaft (weltweit) eine der größten Herausforderungen seit dem zweiten Weltkrieg dar. Insbesondere die lange Phase der Ungewissheit über die Krankheit selbst und ihren möglichen Verlauf sowie die nur etappenweise gewonnenen Erkenntnisfortschritte, die nachträglich zu kritischer Einordnung zuvor getroffener wissenschaftlicher Empfehlungen und staatlicher Entscheidungen führten, hat allzu viele Bürgerinnen und Bürger nachhaltig in ihrem Vertrauen auf einen funktionierenden Staat erschüttert.

Eine einordnende und bewertende Betrachtung der seinerzeitigen Ereignisse und Entscheidungen – bezogen auf den Untersuchungsgegenstand (PSA-Beschaffung) – muss deshalb zunächst ex ante – also aus der damaligen Perspektive – erfolgen. Insofern folgt hier noch einmal eine chronologische Abfolge der Ereignisse, um die damaligen Rahmenbedingungen in Erinnerung zu rufen:

Mit der Meldung vom **30.12.2019** meldet China offiziell eine bislang unbekannte Lungenkrankheit an die Weltgesundheitsorganisation (WHO). Im Dezember 2019 kam es in der Metropole Wuhan/China zum Ausbruch einer unbekannten Lungenkrankheit. Am 9. Januar 2020 meldet die WHO, dass die Gen-Sequenz des neuartigen Erregers – ein neuartiges Coronavirus – entziffert wurde.

Am **23.01.2020** wird die Metropole Wuhan in China von der Außenwelt abgeriegelt. Zu diesem Zeitpunkt hatte das Virus aber bereits Europa erreicht.

Am **27.01.2020** erkrankt der erste Deutsche in Starnberg (Bayern) – angesteckt von einer Kollegin aus China, die zu einer Fortbildung in Deutschland war („Webasto").

Am **01.02.2020** werden 156 Deutsche aus Wuhan evakuiert, die anschließend zwei Wochen bzw. 15 Tage in Quarantäne in einer Bundeswehrkaserne in Germersheim verbleiben müssen.

Am **11.02.2020** erhält das neuartige Coronavirus seinen **Namen COVID-19** (Corona, Virus und Disease, entdeckt in 2019). Das Virus selbst lautet SARS-CoV-2 für „Severe Acute Respiratory Syndrome Coronavirus 2".

Ab dem **22.02.2020** werden elf Städte in Venetien und in der Lombardei in Italien aufgrund eines enormen Anstieges an Infektionszahlen abgeriegelt. Der Karneval in Venedig wird abgesagt.

Auf einer **Kappensitzung des Karnevals** (Bürgertreff Langbroich) am **15.02.2020** in einer Mehrzweckhalle in Langbroich-Harzelt (Ortsteil der Gemeinde Gangelt im Kreis Heinsberg) stecken sich zahlreiche Personen bei einem infizierten Ehepaar an, was erst **am 25.02.2020** festgestellt wird, und dazu führt, dass **über 400 Menschen** darauf hin vorsorglich in häusliche Quarantäne müssen.

Ab **26.02.2020** werden in einer vom BMI durchgeführten **Besprechung zur fachlichen Abstimmung zwischen den Bundesressorts** erstmals aktuelle Sachstände zu COVID 19 ausgetauscht und es wird über die **Gründung eines gemeinsamen Krisenstabes zu COVID 19 durch BMI und BMG**[10] zur Organisation der Zusammenarbeit und Festlegung der Zuständigkeiten der Bundesressorts informiert. Das Robert-Koch-Institut (RKI) hebt unterdessen die Risikoeinschätzung für Deutschland von „gering" auf „gering bis mäßig" an. Bereits zu diesem Zeitpunkt betont das BMG „die Dringlichkeit der Entwicklung eines Pilot-Impfstoffes und die Bevorratung mit medizinischer Schutzausrüstung"[11]. Grenzschließungen erachtet die Gesundheitsminister-Konferenz noch als unverhältnismäßig. Die Durchführung von Großveranstaltungen müsse im Einzelfall geprüft werden.[12] Der Vorrat an Masken in Deutschland wird als knapp eingeschätzt und es wird festgehalten, dass die Produktion für den Eigenbedarf dauern werde. Das Bundeswirtschaftsministerium schätzt ein Exportverbot für medizinische Schutzausrüstung als rechtlich möglich ein. Die „hoheitliche Bevorratung/Beschaffung wird zwischen den Ressorts bis zur nächsten Besprechung am 28.02.2020 geklärt."[13]

Zudem tagt **ab Februar 2020 immer montags** das sog. **kleine Corona-Kabinett** unter der Leitung der Bundeskanzlerin:

---

[10] Ergebnisprotokoll BMI vom 26.02.2020 zur Verschärfung der Situation COVID-19, Az.: KM6-51000/7#6VS-NfD, Ziff. 5, S.3.
[11] Ergebnisprotokoll BMI vom 26.02.2020 zur Verschärfung der Situation COVID-19, Az.: KM6-51000/7#6VS-NfD, Ziff. 3, S.2.
[12] Ergebnisprotokoll BMI vom 26.02.2020 zur Verschärfung der Situation COVID-19, Az.: KM6-51000/7#6VS-NfD, Ziff. 2, S.2.
[13] Ergebnisprotokoll BMI vom 26.02.2020 zur Verschärfung der Situation COVID-19, Az.: KM6-51000/7#6VS-NfD, Ziff. 4c, S.3.

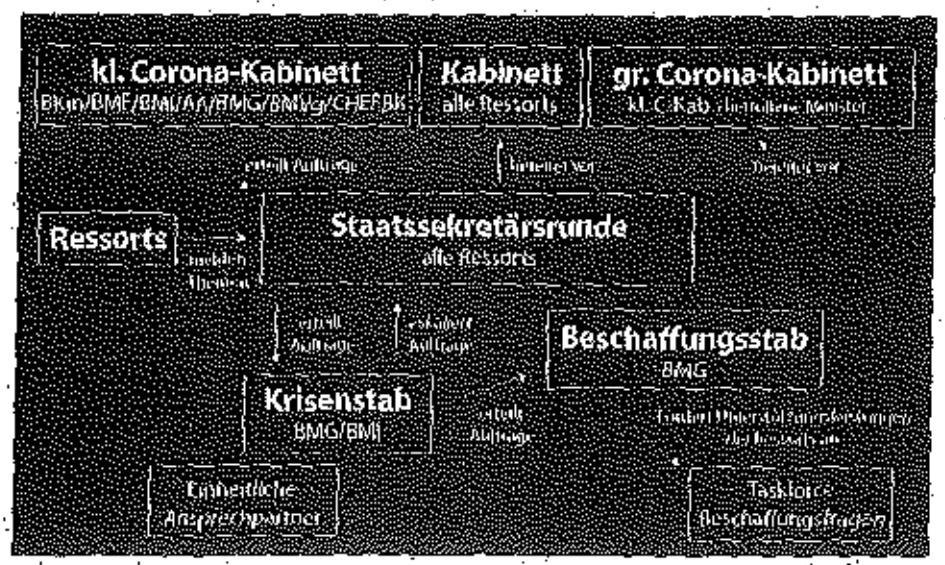


Abbildung Homepage der Bundesregierung, https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/regierungshandeln-covid19-1740548)

Jeweils mittwochs findet weiterhin die **reguläre Kabinettssitzung** statt. Neben Beschlüssen für die anstehenden Projekte der Kabinettzeitplanung dieser Legislaturperiode findet eine Lageunterrichtung durch Expertinnen und Experten etwa des Robert Koch-Instituts statt. **Immer donnerstags** trifft sich dann das sogenannte **große Corona-Kabinett**: Neben den Teilnehmerinnen und Teilnehmern des kleinen Corona-Kabinetts „sind hier auch alle Fachministerinnen und -minister hinzugeladen, die bei den zu behandelnden Themen zuständig sind. Geht es zum Beispiel um die Organisation von genügend Erntehelferinnen und -helfern, ist auch die Landwirtschaftsministerin dabei".[14]

Am **28.02.2020** traf sich der BMI/BMG-Krisenstab COVID-19 erneut im BMG. Dabei beantragte das BMG beim BMWi einen Genehmigungsvorbehalt für die Ausfuhr von Schutzausrüstung nach dem AWG und kündigt an, sich bei der EU-Kommission auch für ein Ausfuhrverbot aus dem EU-Binnenwirtschaftsraum einsetzen zu wollen.[15] Darüber hinaus wurde Einvernehmen erzielt zwischen allen Vertreterinnen und Vertretern des Bundesressorts „für eine **zentrale Beschaffung und Bevorratung von Schutzausrüstung**: (...) Gemeinsam **beschaffen die Beschaffungsämter (BeschA) BAInBw (Bundeswehr), BeschA des BMI sowie das Zoll-BeschA (GZD) Schutzausrüstung im definierten Umfang**. Diese drei BeschA stimmen sich bei diesen Beschaffungen untereinander ab."[16] Dafür erhebt jedes Ressort für sich und seinen

[14] https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/regierungshandeln-covid19-1740548
[15] Ergebnisprotokoll Sitzung COVID-19 Krisenstab im BMG vom 28.02.2020, Az.: IBP-51000/7#3, Ziff. 9.1, S.3.
[16] Ergebnisprotokoll Sitzung COVID-19 Krisenstab im BMG vom 28.02.2020, Az.: IBP-51000/7#3, Ziff. 9.2, S.3.

Geschäftsbereich den Bedarf im Vergleich zum IST-Bestand für einen Zeitraum von 6 Monaten bis zur nächsten Sitzung am 03.03.2020. Überdies wird das BMG als zentrale Stelle für die Bestandsabfrage der Bedarfsträger (Krankenhäuser oder Arztpraxen) definiert. Das BMI berichtet von Überlegungen mit den Ländern hinsichtlich „der **ultima ratio** (nämlich danach, ob) **unter bestimmten Umständen nach den allgemeinpolizeilichen Generalklauseln der Länderpolizeien Nichtstörer** (z.B. Hersteller oder Händler von Schutzausstattungen, Medikamenten o.ä.) **zur Zurverfügungstellung von relevanten Materialien** heran gezogen werden können (Beschaffungsmöglichkeiten unterhalb der Schwelle hoheitlicher Zwangsmaßnahmen ausgeschöpft)".[17]

In der **dritten Sitzung des gemeinsamen Krisenstabes COVID-19** am **03.03.2020** wird u.a. durch das RKI festgestellt, dass die Lageentwicklung ein Deutschland „noch nicht dramatisch, aber sehr dynamisch"[18] sei. Darin wird neben der Besprechung eines Ausfuhrverbotes und Genehmigungsvorbehaltes von Exporten von Schutzausrüstungen durch das BMWi auch die **zentrale Beauftragung**[19] **der erforderlichen Schutzausstattung** für den Gesundheitsbereich (Krankenhäuser, Praxen etc.) sowie für die anderen Bundesressorts **durch das BMG ab 04.03.2020** festgelegt.[20] Die „**Mindestbeschaffungsvolumina** (mind. 200 Mio. Euro) sind geschätzt

- 150 Mio. OP-Masken
- 10 Mio. Schutzmasken „FFP2" (5 Mio. Gesundheitsbereich + 5 Mio. Bedarf anderer Bundesressorts) und
- 5 Mio. Schutzmasken „FFP3" (2,5 Mio. Gesundheitsbereich + 2,5 Mio. Bedarf anderer Bundesressorts). (...) Sofern in diesem Zusammenhang nur durch Teiltranchen abgedeckt, **kommen Bedarfsvolumina aus den bis 3. März 2020 zu meldenden Bedarfen aller Bundesressorts hinzu,** etwa mindestens 3 Mio. „Infektionsschutzsätze-komplett" für die Bundespolizei."[21]

Überdies wird festgelegt, dass das **BAAINBw (BMVg) die zentrale Beschaffung** übernimmt und dafür den Lead in der Abstimmung mit dem Zoll-BeschA und BeschA BMI zu Lager- und

[17] Ergebnisprotokoll Sitzung COVID-19 Krisenstab im BMG vom 28.02.2020, Az.: IBP-51000/7#3, Ziff. 9.6, S.4.
[18] Ergebnisprotokoll Sitzung COVID-19 Krisenstab im BMI vom 03.03.2020, Az.: IBP-51000/7#3, Ziff. 2, S.1.
[19] Gemeint ist: Beauftragung der Beschaffung durch die Beschaffungsbehörden des Bundes.
[20] Ergebnisprotokoll Sitzung COVID-19 Krisenstab im BMI vom 03.03.2020, Az.: IBP-51000/7#3, Ziff. 4.2, S.2.
[21] Ergebnisprotokoll Sitzung COVID-19 Krisenstab im BMI vom 03.03.2020, Az.: IBP-51000/7#3, Ziff. 4.2, S.3.

Transportmodalitäten durchführen soll, weil das BMVg diesen Aspekt nicht selbst übernehmen kann. Weiterhin werden **alle Ressorts gebeten, Logistikaspekte hinsichtlich Lagerung und Verteilung** zu prüfen. Das BMWI erhebt zudem das Vorhandensein von Rohstoffen für die Herstellung von Schutzausstattungen und das BMI **prüft die Sicherstellung/Beschlagnahmung** von Schutzausrüstungen, Vorprodukten oder Produktionsmitteln. Dazu übermittelt das BMG eine Liste mit Herstellern und Händlern von Sanitätsprodukten. Nachdem die Länder die Ergebnisprotokolle nur zur Kenntnis übersandt bekommen haben, wurden diese nun bis 09.03.2020 gebeten, Verbindungspersonen für die Teilnahme an Krisenstab-Sitzungen zu benennen.

In der 4. Gemeinsamen Sitzung des **Krisenstabes COVID-19 am 05.03.2020** berichtet das BMVg darüber, dass hinsichtlich der am 04.03.2020 adressierten Beschaffung in Amtshilfe bereits Kontakte zu Händlern bestehen und Produktionsmengen sowie Beschaffungsmengen abgeglichen werden. Zudem wurden zwischen BAAINBw, GZD und BeschA Produktkategorien abgeglichen und aufgeteilt. Das **BeschA** des BMI wird gebeten bis 09.03.2020 ein **Konzept zur „(dezentralen) Lagerhaltung und Verteilung (Logistik) der zu beschaffenden Schutzausrüstung** zu erstellen und vorzulegen". Zudem wird das BMG gebeten, einen Vorschlag für einen Verteilungsmechanismus (inkl. ggf. Priorisierung) bis 09.03.2020 zu erstellen.[22] Es wird festgehalten, dass es sich bei der Beschaffung persönlicher Schutzausrüstung (PSA) um erforderliche Sofortbeschaffungen mit krisenbedingter Dringlichkeit handelt.

Am **08.03.2020** stirbt der erste Deutsche aus dem Kreis Heinsberg an den Folgen von COVID-19. **Ab 10.03.2020** wird COVID-19 in allen 16 Ländern nachgewiesen.

Am **12.03.2020** stuft die WHO die Verbreitung des neuen Coronavirus **als Pandemie** ein, die sich bis dahin in 115 Ländern ausgebreitet hat. Ab dem 14.03.2020 dürfen EU Bürger nicht mehr in die USA einreisen. **Fast alle Länder beschließen, Schulen und Kitas bis Ende der Osterferien zu schließen.** Am **16.03.2020** verkündet die Bundeskanzlerin die Schließung von Restaurants, Clubs, Diskotheken, Freizeitparks und anderen Einrichtungen. Geöffnet bleiben nur jene, die zur Grundversorgung notwendig sind. Am **17.03.2020** ändert das Robert-Koch-Institut **die Gefahrenstufe für Deutschland auf „hoch"** und der Präsident des Robert-Koch-Institutes, [redacted] **prognostiziert am 18.03.2020 bis zu 10 Mio. Infektionen in**

[22] Ergebnisprotokoll Sitzung COVID-19 Krisenstab im BMI vom 05.03.2020, Az.: IB6-51002/1#3, Ziff. 4.1/27/28, S.2.

Deutschland, sollten die Maßnahmen zur Eindämmung nicht greifen (vgl. RKI-Pressekonferenz mit [redacted] am 17.03.2020).

Am **19.03.2020** erfolgt die **Fernsehansprache der Bundeskanzlerin** und **ab 22:03:2020 trat der 1. Lockdown (bis 4.05.2020)** in Kraft.

Chronologie von Entscheidungen

04.02.2020	**apl-Antrag** über **23 Mio. EUR** beim BMF (Genehmigung 13.02.2020) zu diversen Maßnahmen, etwa Einrichtung einer Taskforce beim RKI
14.02.2020	Treffen des BMG Abt. [redacted] mit Lieferanten/Herstellern von PSA, Vertretern Länder, Krankenkassenverband zur Bestandslage PSA. Hierbei Informationen über Produktion von 60-80% in China und beobachtbare Aufkäufe von Lagerbeständen durch andere EU Mitgliedsstaaten. Blitzumfrage bei Krankenhäusern zeigt, dass 70 % Lieferschwierigkeiten PSA haben und 60 % ihren Lagerbestand für unzureichend halten.
19.02.2020	**apl-Antrag** über **50 Mio. EUR** beim BMF (Genehmigung 04.03.2020) zur Implementierung einer Response Strategie bei der WHO.
26.02.2020	Sitzung im BMI zur Lage und Gründung COVID19-Krisenstab auf Sts-Ebene (BMI/BMG)
28.02.2020	Festlegung, dass die Beschaffungen für Bund und Länder durch die Beschaffungsämter des Bundes (BAAINBw, GZD und BeschA) erfolgen sollen.
03.03.2020	Krisenstab legt fest, dass die geschätzten Mindestbeschaffungsvolumina für 3 Monate zentral durch BMG festgelegt und danach durch BMVg (mit BAAINBw) beschafft werden. Geschätzter HHM Bedarf 200 Mio. EUR. Die Beschaffung soll vom BAAINBw zentral koordiniert werden zw. GZD und BeschA: FFP2/FFP3 15 Mio. Stk. MNS 150 Mio. Stk.
03.03.2020	**apl-Antrag** über **275 Mio. EUR** beim BMF (Genehmigung 04.03.2020) für PSA Beschaffung i.R. Amtshilfe (250 Mio. EUR) und Aufklärungskampagnen (50 Mio. EUR).
04.03.2020	Amtshilfeersuchen an das BMVg zur Beschaffung PSA mit den Mindestbeschaffungsmengen + anderer Produkte.
05.03.2020	Krisenstab: BMVg berichtet über Beschaffungsaktivitäten und drei identifizierte Lagermöglichkeiten. Das BMI wird gebeten, ein Logistikkonzept für die Lagerung und Verteilung beschaffter PSA zu erstellen. Das BMG wird gebeten, einen entsprechenden Verteilschlüssel für das Gesundheitswesen (Priorisierung) zu konzipieren. Beides soll bis 9.03.2020 vorliegen.
06.03.2020	BM a.D. möchte einen Sachstand über die Beschaffungsmengen haben. Die gemeldeten kontrahierten Mengen stellen den BM nicht zufrieden. Beabsichtig sei es, am 11.03.2020 mit Lieferanten über bestehende Herausforderungen zu sprechen.

07./08.03.20 BM a.D. spricht mit Unternehmern: Möglichen Lieferanten (basierend auf der Liste der Abt. aus Februar 2020) und Anderen. Er fordert konkrete Angebote an und erhält diese.

08.03.2020 BM a.D. informiert AL über seine Wochenend-Aktivitäten und seinen Entschluss, dass das BMG jetzt selbst operativ beschaffen solle. Zudem übersendet er die ihm bereits vorliegenden Angebote zur Prüfung und Kontrahierung.

09.03.2020 BM a.D. bespricht sich mit AL, AL und weiteren Teilnehmenden seines Hauses zur eigenen operativen Beschaffung. Die Abteilung lehnt dies grundsätzlich ab, aus Ermangelung von Erfahrungen und geeignetem Personal (weil im BMG kein Arbeitsmuskel für ein derartiges Projekt vorhanden ist).

Ab 09.03.2020 schließt BMG den ersten Vertrag als Dringlichkeitsvergabe. Für die Direktbeschaffungen wurde zudem (offensichtlich zunächst formlos) die Lieferung an, Lagerung bei und Distribution durch ab 10.03.2020 vereinbart (dies ergibt sich aus dem Schriftverkehr BMI und Stellungnahme AL).

09.03.2020 Haushaltsvorlage an BM a.D. via AL enthält Entscheidungspunkte des BM zur parallelen Direktbeschaffung fest; u.a. Direktbeschaffung mit 5 Anbietern ohne Abwägung mit Volumina 300–500 Mio. EUR. BM a.D. wies an, die Haushaltsmittel würden, so gibt er seine Abstimmung mit damaligem Bundesminister der Finanzen wieder, immer zur Verfügung gestellt werden (Letzteres konnten weder BRH bestätigen noch BMF. Notwendige apl-Anträge wurden zeitnah gestellt). BM a.D. bestätigt Inhalte der Vorlage per Mail 12:50 Uhr.

09.03.2020 apl-Antrag über 500 Mio. EUR beim BMF zur Direktbeschaffung des BMG

10.03.2020 Korrektur des **apl-Antrages** vom 09.03.2020 auf **650 Mio. EUR** beim BMF (Genehmigung 12.03.2020). Die Korrektur der Summe und die Ergänzung zur Begründung der Lage in den Krankenhäusern erfolgten durch BM a.D. selbst. Dabei erfolgte auch der Hinweis, dass Verbindlichkeiten sofort eingegangen werden müssten, um Beschaffungsgelegenheiten zu nutzen.

10.03.2020 Weitere Prüfung von Angeboten durch die Abt. als Voraussetzung der Angebotsannahme durch Abt. Hierbei lehnte Abt. unsolide Angebote ab (Zertifikate entsprechen nicht Liefergegenstand, 100% Vorauszahlungen oder fehlende Bonität). Auf dieser Grundlage erfolgte die Beauftragung durch Abt. .

10.03.2020 Krisenstabssitzung: keine Information der anderen Ressorts durch das BMG über die angelaufenen eigenen Beschaffungsaktivitäten. BMI stellt das erarbeitete Logistikkonzept (wie Leistungsbeschreibung an Logistiker) vor. Ein Beschluss über das Logistikkonzept des BMI wird zum 12.03.2020

angekündigt. Das BMG wird nochmals um Vorlage des Konzepts zum Verteilmechanismus für das Gesundheitswesen gebeten.

11.03.2020 [redacted] sendet dem BMG (AL [redacted]) ein Pandemic-Konzept vom 04.03.2020 (Presseankündigung am 28.02.20) zu, ebenso alle Kontaktdaten in der Fa. Ein konkretes Angebot wird für den 12.03.2020 angekündigt. Überdies wird AL [redacted] darüber informiert, dass „einige Lieferanten bereits Kontaktaufnahme mit dem Standort [redacted] gestartet" haben und zahlreiche Fragen hätten. [redacted] bittet deshalb darum, BMG möge den Lieferanten eine konkrete Kontaktadresse zur Bündelung der Anfragen zur Verfügung stellen. [redacted] wirbt in seinem Konzept mit dem Erfahrungshorizont von über 20 Mio. Warenausgängen pro Jahr.

12.03.2020 Krisenstab legt die Verteilung eingehender PSA fest wie folgt: 85 % Gesundheitswesen und 15 % Bundesdienst. BMI wird mit der Umsetzung des Logistikkonzeptes (Ansatz 3; Logistiker und Staat) beauftragt. BMG wird angewiesen, die konkrete Aufteilung BMI/BeschA hierfür zur Verfügung zu stellen.

BeschA hat in Vorbereitung des Logistikkonzepts mit [redacted] und [redacted] Kontakt aufgenommen. Beide Unternehmen haben schriftlich Unterstützung zugesagt. Andere Logistiker wurden angesichts der gigantischen zu beschaffenden und zu verteilenden Mengen als ungeeignet (Stichwort Leistungsfähigkeit) ausgeschlossen.

12.03.2020 Direktbeschaffung BMG bei [redacted] von Handschuhen und Vorbereitung diverser Maskenbeschaffungen), Transaktionsvolumen ca. 174,5 Mio EUR.

13.03.2020 Direktbeschaffung BMG bei der [redacted] von Handschuhen (und Vorbereitung diverser Maskenbeschaffungen), Transaktionsvolumen ca. 1,8 Mio EUR.

13.03.2020 In einem Gespräch mit dem BMI-AL [redacted] im BMG führt AL [redacted] BMG aus, dass [redacted] bereits ohne (förmliche) Beauftragung bei der Annahme von Direktlieferungen unterstütze. Vorausgegangen war die an BMG gerichtete Bitte des BMI, dem BeschA die zur Beauftragung Logistiker erforderlichen Informationen zukommen zu lassen.

13.03.2020 Abteilung [redacted] und [redacted] steuern eine Vorlage an BM a.D. Spahn über Sts [redacted], wonach vorgeschlagen wird, alle Beschaffungsaktivitäten ab sofort einzustellen und (wieder) dem BMVg/BAAINBw überlassen. Das weitere Schicksal dieser Vorlage ist unklar, der Rücklauf in die Abt. [redacted] blieb aus.

17.03.2020 BMG AL [redacted] bittet BMI AL [redacted] darum, dass – abweichend vom erarbeiteten und beschlossenen Logistikkonzept – die [redacted] durch die BeschA beauftragt werden solle. Hierzu wird angekündigt, das Problem im Krisenstab thematisieren zu wollen, um die Beauftragung zur Logistik zu ändern. BMI sammelt Argumente für eine Beauftragung [redacted] und [redacted] durch das BeschA. Um hier einen Konsens mit BMG zu ermöglichen, schlägt BMI eine

befristete, übergangsweise Dringlichkeitsbeauftragung von [redacted] für 4 Wochen vor; danach müsse ein normales Vergabeverfahren erfolgen.

17.03.2020 Im Krisenstab wird BMG gebeten, „mit dem von ihm beauftragten Logistiker" „verzugslos mit der Auslieferung der vom bzw. für das BMG beschafften Waren" zu beginnen.

17.03.2020 **apl-Antrag** über **2,11 Mrd EUR** beim BMF (Genehmigung 20.03.20) zur Direktbeschaffung des BMG, für Institute und Kommunikationsmaßnahmen. Die Summe wurde nach Rücksprache mit dem BM a.D. persönlich angehoben (also weg von konkreten Bedarfszahlen), um einen „angemessenen Finanzierungskorridor" für schnelle Entscheidungen vorzuhalten.

18.03.2020 Besprechung BMI AL [redacted] mit BMG AL [redacted] mit dem Ergebnis, dass **BMG seinen Logistikdienstleister [redacted] in Eigenregie** beauftragt und damit die Verteilung des 85%-Anteils an das Gesundheitswesen selbst verantwortet. Verteilung innerhalb des Bundes erfolgt durch BMI. BMI [redacted] weist BMI [redacted] an, dies als politische Entscheidung zur Kenntnis zu nehmen.

22.03.2020 AL [redacted] informiert die **Vergaberechtskanzlei** [redacted] über die angedachte Lösung der Bedarfsdeckung FFP2 und MNS im **Open-House-Modell** mit der Rahmenbedingung eines Kontrahierungszwanges bei erfüllter Anlieferung bei [redacted] in [redacted] [redacted] wird um Bewertung gebeten, insbesondere zu Vertragsausgestaltung, Möglichkeiten der Mengen-/Zeitlimitierung, vergaberechtlichen Zulässigkeit und Veröffentlichungsweg (Mail 11:38 Uhr).

22.03.2020 [redacted] übersendet (20:12 Uhr) Memorandum zu möglichen Beschaffungsmodellen: Open-House Verfahren (OHV) und Dringlichkeitsvergaben. Es wird auf einen vorgegebenen Vertragszeitraum und auf die europaweite Veröffentlichungspflicht hingewiesen, auf Mengenlimitierung dagegen nicht. Zudem wird allein von der Festlegung eines Maximalpreises gesprochen. Es wird auf logistische Herausforderungen bei Zulassungskriterium Anlieferung an [redacted] in [redacted] hingewiesen.

23.03.2020 AL [redacted] bittet AL [redacted] um Definition der fachlichen Standards für FFP2 und MNS als Grundlage für das OHV als auch Benennung eines Preises auf Basis der Direktbeschaffungen. Abt. [redacted] führt Listen über Preise Projektgruppen und empfiehlt (Stand 17.03.2020) einen FFP2 Preis von 2,50 EUR netto **(also 2,98 EUR brutto)**; der Durchschnittspreis belief sich am 17.03.2020 auf 2,83 EUR netto. AL [redacted] schlägt am 23.03.2020 einen FFP2 Preis von 2,90 EUR (netto) also **3,45 EUR (brutto)** vor.

23.03.2020 AL [redacted] ruft abends in der Abt. [redacted] an und bittet statt o.a. Preis 5,95 EUR (brutto), das entspricht 5,00 EUR (netto), einzutragen, von dort wird die entsprechend der mündlichen Weisung angepasste Tabelle mit Mail um 19:52 Uhr übersandt.

23.03.2020 AL übersendet die Unterlagen (Leistungstabelle) inkl. der 5,95 EUR (brutto) sodann per Mail um 20:44 Uhr an Kanzlei

24.03.2020 AL informiert diverse Mitarbeitende der, BfdH und später Sts mit Mail um 21:02 Uhr, dass auf Basis der Vertragsunterlagen das OHV am Folgetag das OHV starten könne. AL schlägt eine Laufzeit bis 30.04.2020 vor und wird dem BM einen versprochenen „attraktiven Preis" von 3,00 EUR (netto) bzw. **3,57 EUR (brutto)** vorschlagen. Vorhandene HHM laut BfdH 550 Mio. EUR.

24.03.2020 legt BMG **Entwurf Teilnahmeunterlagen** OHV und EU Veröffentlichung vor. In der Version ist noch BAAINBw enthalten. Es wird darauf hingewiesen, dass die fachlichen Vorgaben an die Masken vorab nicht bewertet werden können. Es wird eine Mindestangebotsmenge von 25.000 Stück auf Wunsch BMG aufgenommen.

25.03.2020 **Beauftragung der** nun durch BMG basierend auf einem zwei-seitigen Angebot. Bezahlung Logistikdienstleistungen nach Mengenanfall. Zudem Beauftragung des sog. Logistik-Sourcing durch die (bis zu 1,4 Mrd. EUR).

Der Vergabevermerk wird nachträglich im Dezember 2020 durch den Betriebsführer gefertigt und auf den Monat 12/2020 datiert vom AL gezeichnet. Dieser korrigierte auf Empfehlung das Datum in einer zweiten Version auf den 04.06.2020. (AL bestätigte dies im Gespräch mit der SvB am 10.09.2024).

BMG AL übermittelt dem BMF die Kontaktdaten für die zur Klärung von Zollfragestellungen (Mail 25.03.2020, 10:41 Uhr).

25.03.2020 AL bittet AL'in im BMF um Unterstützung durch Zoll und der GZD bei der Durchführung des Open-House-Verfahrens per Mail um 9:00 Uhr.

25.03.2020 AL informiert BMF (AL'in) sowie zahlreiche Mitarbeitende mit Mail 9:11 Uhr über Entscheidung BM a.D., einen Preis von 4,50 EUR (netto) bzw. **5,36 EUR (netto)** für FFP2/KN95 und Ausschreibungsdauer **30.04.20** aufzunehmen. Die Teilnahmeunterlagen sollen entsprechend ergänzt werden. BMF weist kurz nach 9 Uhr die GZD an, die Veröffentlichung und Abwicklung OHV durchzuführen.

GZD veröffentlicht die Teilnahmeunterlagen der Kanzlei auf der EU-Vergabeplattform am 25.03.2020 abends. Angedacht ist, dass interessierte Unternehmen die Angebotsunterlagen (entworfen von bei der GZD anfordern müssen. Die Kontrahierung erfolgt unter der Maßgabe Lieferung bis 30.04.2020. Angebotsbindefrist ist auf 30.04.2020 festgelegt.

26.03.2020 Die GZD versendet bis 30.03.2020 Angebotsunterlagen. In der Veröffentlichung am 25.03.2020 gab es kleinere systemseitige Formfehler: Etwa Angebotsfrist 30.06.2020. Korrektur erfolgte am 27.03.2020

(transparent) auf der EU Vergabeplattform. Zahlreiche Bieterfragen werden an BMG und von dort an [redacted] übersandt (etwa Fragen zu Qualitätsnachweisen oder Bedenken zur logistischen Kapazität [redacted] in [redacted]

26.03.2020 Offizielles Amtshilfeersuchen an BMF zur Durchführung OHV.

26.03.2020 Entscheidungsvorlage an BM a.D. zur Durchführung OHV.

26.03.2020 BMG Al[redacted] bittet BMI, dass die zentrale Warenbewirtschaftung durch die [redacted] erfolgen möge. BMI weist BeschA entsprechend an. Ähnliche Weisungen erhielten die GZD und das BAAINBw.

26.03.2020 Im Krisenstab berichtet BMG Sts[redacted] von einem generell bestehenden erheblichen Delta zwischen kontrahierten und tatsächlich dann gelieferten Mengen.

27.03.2020 Es folgen tägliche Informationen an BMG durch GZD über Anzahl der Angebote und die damit verbundenen notwendigen HHM.

30.03.2020 BMG Al[redacted] weist GZD (11:04 Uhr) an, keine von Interessenten angefragten Angebotsunterlagen mehr zu versenden.

Aufgrund der überfordernden Angebotsmengen, Liefermengen und notwendigen HHM wird [redacted] mit einer Exit-Strategie beauftragt.

Bis 01.04.2020 gehen zuschlagsfähige Angebote im Wert von 780 Mio. EUR ein (Haushaltsvorsorge bestand nur für 550 Mio. EUR).

30.03.2020 Corona-Kabinett beschließt, dass die operativen Aspekte der Beschaffung von PSA zukünftig in einem ressortübergreifenden Beschaffungsstab abzubilden und dort zu entscheiden. Eine Aufgabenabgrenzung erfolgt in diesem Sinne im COVID-Krisenstab des BMI und BMG am 31.03.2020.

31.03.2020 Direktbeschaffung BMG bei der [redacted] von diversen Masken i.H.v. ca. 243 Mio. EUR.

02.04.2020 [redacted] legt ein Memorandum zur Verkürzung der Angebotsfrist vor. Zum Zwecke der Transparenz und Gleichbehandlung soll **Verkürzung** nicht sofort, sondern **erst zum 07.04.2020** wirken.

02.04.2020 **apl-Antrag** über **2 Mrd. EUR** (inkl. 500 Mio. EUR VEs) beim BMF (Genehmigung 07.04.20) zur Deckung Beschaffung aus OHV (1 Mrd. EUR) und „Tender-Verfahren" =Beschaffung heimisch gefertigter PSA (0,5 Mrd. EUR + 0,5 Mrd. EUR VEs).

03.04.2020 BMG bittet GZD, umgehend neue Angebotsfrist bis 07.04.2020 zu veröffentlichen.

04.04.2020 GZD bittet um entsprechend angepasste Unterlagen. Dabei wurde die Angebotsfrist bis 08.04.2020 und die Angebotsbindefrist bis 10.04.2020

festgelegt. Lieferzeitraum bleibt bei 30.04.2020; Avisierungszeitpunkt bis 27.04.2020.

03.04.2020 Veröffentlichung der **neuen Teilnahmeunterlagen mit Angebotsfrist 08.04.2020**. Zudem werden die Angebotsunterlagen mit veröffentlicht. Kontrahierung erfolgt durch die GZD bis nach 10.04.2020. Bei über 1.000 Angeboten werden **738 Verträge** im Volumen von ca. **6,427 Mrd. EUR** geschlossen.

FFP2/KN95/N95	1.024.999.199 Stück
MNS	1.024.211.810 Stück
Schutzkittel	53.901.000 Stück

Vor jeder Kontrahierung wurde BMG vorab befragt; insbesondere wegen HHM.

07.04.2020 **Beauftragung des Wirtschaftsprüfungs- und Beratungsunternehmens** [redacted] als „Betriebsführer"; u.a. mit der Sichtung Rechnungen, rechnungsbegründende Unterlagen und sachlich-richtig-Zeichnung. Rechnungsüberweisung erfolgt auf dieser Grundlage weiterhin durch GZD.

07.04.2020 Im COVID 19-Krisenstab berichtet das BMF über die Durchführung eines sog. Open-House Verfahrens (OHV) mit einer enormen Anzahl an interessierten Lieferanten. BMWi, BMAS und AA wünschen sich mehr Transparenz zu den Beschaffungsaktivitäten des Bundes.

09.04.2020 Beginn der **Vertragsschlüsse im sog. Unternehmensnetzwerk:** Unternehmen wie [redacted], [redacted], [redacted] und [redacted]. Diese Unternehmen nutzen ihr Einkaufsnetzwerk (insbesondere in CHN) und kontrahieren laut Mustervertrag direkt mit dem Bund seit 30.03.2020. Auf Wunsch der [redacted] wurde die Unternehmen von jeglicher Haftung befreit. Die Liquidität vor Ort (in China) wird über ein Treuhandkonto [redacted] sichergestellt [redacted]

09.04.2020 Im COVID19-Krisenstab wird durch das BMI über eine Gründung einer „Taskforce Beschaffungen" informiert. Zudem informiert das BMI, dass das OHV nach einer Kontrahierung von jeweils 400 Mio. Stk FFP2 und MNS geschlossen worden sei. Die tatsächlichen Zahlen passen nicht zu den kontrahierten Mengen, die sich laut GZD tatsächlich auf 1.024.999.199 Stk FFP2 und 1.076.211.810 Stk. MNS beliefen.

10.04.2020 Ab 10.04.2020 **begannen die Lieferungen aus dem OHV** an [redacted] Es zeigt sich, dass [redacted] außerstande ist, die kontrahierten Mengen aus der Amtshilfe, Direktbeschaffungen BMG und aus dem OHV zu bewältigen. Beschwerden häufen sich bei der GZD und dem BeschA.

15.04.2020 **Information an GZD** Rechnungslegungsprozess über [redacted] Zuvor war als Rechnungsadresse [redacted] vermerkt, die aber die zahlungsbegründenden

Unterlagen nebst Rechnungen überwiegend erst nach dem Zahlungsziel an die GZD übersandte.

15.04.2020 Im Zuge der Vereinbarung im Kabinett wird zusammen mit dem BMWK das sog. Tender-Verfahren aufgebaut: BMWK unterstützt heimische Unternehmen beim Aufbau von Produktionskapazitäten für PfH und MNS Masken. Mit diesen Unternehmen werden **ab 15.04.2020 Rahmenverträge zur Lieferung von Masken bis 2021** geschlossen.

15.04.2020 Direktbeschaffung BMG bei der [redacted] von diversen Masken i.H.v. ca. 340 Mio. EUR.

15.04.2020 **apl-Antrag** über **7,8 Mrd. EUR** (inkl. 0,5 Mrd. EUR VEs) beim BMF (Genehmigung 20.04.20) zusätzlicher HHM Bedarf

- für OHV 5,5 Mrd. EUR (bis 8.04.20)
- für Amtshilfe 300 Mio. EUR
- für Tenderverfahren 500 Mio. EUR (+1 Mrd. VE)
- für Direktbeschaffungen BMG 1,5 Mrd. EUR.

Antrag basiert auf einer gebilligten Vorlage des BM a.D. vom 14.04.2020.

16.04.2020 Direktbeschaffung BMG bei der [redacted] von 750.000 Stk. FFP2 Masken i.H.v. ca. 0,9 Mio. EUR.

18.04.2020 [redacted] zieht die [redacted] **zur Bewältigung der Logistikherausforderungen hinzu**, um [redacted] zu entlasten. Die [redacted] hatte am Wochenende 08.03. und am 08.04.2020 dem BM a.D. ihre Unterstützung angeboten.

22.04.2020 [redacted] erstellt eine **Kommunikationslinie für die** [redacted] da diese die angebotenen Anlieferungen bis 30.04.2020 logistisch nicht bewältigen kann. Hiernach soll [redacted] den anliefernden Unternehmen **individuelle Lieferslots im Mai 2020** vergeben, sofern diese vertragsgemäß a) die Lieferung bis 27.04.2020 avisieren konnten und b) bis 30.04.2020 auch tatsächlich hätten liefern können.

24.04.2020 Direktbeschaffung BMG bei der [redacted] von fast 20 Mio. Stk FFP2 Masken i.H.v. ca. 107 Mio. EUR (Lieferungen bis März 2021).

24.04.2020 Direktbeschaffung BMG bei der [redacted] von diversen Masken i.H.v. ca. 430 Mio. EUR.

27.04.2020 Direktbeschaffung BMG bei der [redacted] von diversen Masken i.H.v. ca. 108.000 EUR.

28.04.2020 COVID19-Krisenstab: BMG berichtet über die Probleme mit dem chinesischen Zoll. Zudem, betreffend das Open-House Verfahren mit Lieferung bis 30.04.2020, auch von den damit verbundenen logistischen Problemen. Gerade die Qualitätsmängel stellen TÜV. vor große Herausforderungen. Daher werden die Länder gebeten, bei der Qualitätsabnahme zu unterstützen, um den Flaschenhalseffekt des TÜVs zu mindern.

29.04.2020 Direktbeschaffung BMG bei der [redacted] von diversen Masken i.H.v. ca. 1,74 Mio. EUR.

12.05.2020 Im COVID19-Krisenstab informiert BMG, dass die strukturierte Beschaffung von PSA zum Teil beendet wird, da inzwischen Mengen geordert sind, die den Bedarf bis Spätherbst 2020 decken. So melden etwa die Kassenärztlichen Vereinigungen, dass über ausreichend PSA verfügt werden kann. Zudem hat die heimische Produktion (Tender) mit Lieferungen ab August 2020 gestartet. Es wird über die Absicht des Aufbaus einer strategischen nationalen Reserve (NRGS) informiert. Ab Juni wird zudem die Auslagerung der Beschaffung aus dem BMG an einen externen Dienstleister angekündigt. Zudem wird informiert, dass mehr Desinfektionsmittel als lagerbar bestellt worden sei. BMG schlägt daher vor, dies möglichst zu reduzieren.

26.05.2020 Im COVID 19-Krisenstab schlägt das BMG vor, überbeschafftes Desinfektionsmittel in die NRGS zu überführen.

04.06.2020 Direktbeschaffung BMG bei der [redacted] von diversen Masken i.H.v. ca. 1,43 Mio. EUR.

19.06.2020 Im COVID 19-Kristenstab informiert das BMG, dass es sein Corona-Lagezentrum auflösen und alle weiteren Aktivitäten in reguläre Referatsstrukturen zurückführen werde.

ab 21.09.2020 Tatsächlich mangelfreie Liefermengen aus dem OHV belaufen sich (Ende KW 39 2020) laut [redacted] auf

FFP2/KN95/N95	232,4 Mio. Stk. (23 % des Zuschlagsvolumen)
MNS	63,2 Mio. Stk. (6,2 % des Zuschlagsvolumen)
Schutzkittel	0,03 Mio. Stk.

Damit 77% bzw. 93 % nicht werthaltige Angebote.

Beschaffung von Persönlicher Schutzausrüstung im BMG

Allgemein

Mit der Festlegung der Zuständigkeit des BMG und BMI für den gemeinsamen COVID-19-Krisenstab der Bundesregierung am **28.02.2020** begann in besonderem Maße auch das Engagement des BMG. Zuvor „forderte [der damalige Bundesgesundheitsminister] nach Presseberichten am Abend des 26.02.2020 die Gesundheitsminister der Länder im Rahmen einer Telefonkonferenz auf, Pandemiepläne zu aktivieren und deren mögliches Inkrafttreten vorzubereiten, während die Weltgesundheitsorganisation zu diesem Zeitpunkt noch keine Pandemie ausgerufen hatte". Nachdem bereits zu diesem Zeitpunkt Einigkeit bestand, dass die Beschaffungsämter des Bundes (BeschA, BAAINBw und GZD) die Beschaffung auf Basis der Bedarfsermittlung ausführen sollten, wurde in der Krisenstabssitzung am **03.03.2020** festgelegt welche Bedarfsmengen zunächst durch ein Amtshilfegesuch an das BMVg von den Beschaffungsbehörden des Bundes (BAAINBw, BeschA und GZD) zu beschaffen sind.

„Die **Mindestbeschaffungsvolumina (mind. 200 Mio. Euro)** sind geschätzt

- **150 Mio. OP-Masken**
- **10 Mio. Schutzmasken „FFP2"** (5 Mio. Gesundheitsbereich + 5 Mio. Bedarf anderer Bundesressorts) und
- **5 Mio. Schutzmasken „FFP3"** (2,5 Mio. Gesundheitsbereich + 2,5 Mio. Bedarf anderer Bundesressorts). (...) Sofern in diesem Zusammenhang nur durch Teiltranchen abgedeckt, **kommen Bedarfsvolumina aus den bis 03.03.2020 zu meldenden Bedarfen aller Bundesressorts hinzu**, etwa mindestens 3 Mio. „Infektionsschutzsätze-komplett" für die Bundespolizei."[23]

Wie im Krisenstab festgelegt, stimmten sich die drei Beschaffungsbehörden eng ab und teilten etwa die Produktsegmente nach entsprechender Expertise untereinander auf. Es wurde einvernehmlich – auch durch das zuständige BMWi – festgestellt, dass es sich bei der Beschaffung der Persönlichen Schutzausrüstung um erforderliche Sofortbeschaffungen, mit krisenbedingter Dringlichkeit handelt.[24]

[23] Ergebnisprotokoll Sitzung COVID-19 Krisenstab im BMI vom 03.03.2020, Az.: IBP-51000/7#3, Ziff. 4.2, S.3.
[24] Ergebnisprotokoll Sitzung COVID-19 Krisenstab im BMI vom 03.03.2020, Az.: IBP-51000/7#3, Ziff. 3.2, S.2.

Im BMG werden sowohl der Beschaffungsstab als auch eine ad-hoc Arbeitsgruppe in der Abteilung [redacted] gegründet, die parallel zum eigentlich für Beschaffung zuständigen Referat für Vergaben ihre Tätigkeit aufnimmt.

In der Folge der Festlegungen des gemeinsamen COVID-19 Krisenstabes am 03.03.2020 hatte das BMG sich auf Sts-Ebene mit einem **Amtshilfeersuchen** vom **04.03.2020** an das BMVg gewandt. Hierin wurde auf die Sitzungen des Krisenstabes am 28.02.2020 und 03.03.2020 Bezug genommen und es wird um Amtshilfe für die schnelle Durchführung der Beschaffung und Lagerung Persönlicher Schutzausrüstung gebeten[25]. Dieses Vorgehen war bereits zuvor, im Februar 2020, auf Arbeitsebene zwischen den Beschaffungsbehörden und dem BMG abgestimmt worden.

Die Ergebnisse der ersten Bedarfsanalyse als Bedarf an Persönlicher Schutzausrüstung (PSA) flossen wie folgt ein; teilweise nicht nachvollziehbare Meldungen wurden ergänzt und zudem im Sinne einer Leistungsbeschreibung präzisiert (Anforderungen):

1. Schutzbrillen: 1,2 Mio Stück
2. Vollgesichtsmasken: 60.000 Stück
3. **FFP2: 10 Mio Stück**
4. **FFP3: 6 Mio Stück**
5. **OP-Masken (MNS): 150 Mio Stück**
6. Schutzkittel: 3,5 Mio Stück
7. Ganzkörperschutzanzug: 300.000 Stück
8. Einmalhandschuhe: 350 Mio Stück
9. Probenentnahme Materialien: 100.000 Stück
10. Desinfektionsmittel: 1,5 Mio Liter für die Hände, 5 Mio Liter für die Flächen.

Bei den Leistungsanforderungen für die Produkte 1.-8. wurden neben konkreten Normen/Standards stets die Qualitätsoption „oder gleichwertige Normen" ergänzt.

Der BRH stellte insoweit fest, dass neben der Beauftragung der o.a. Mengen an PSA und Hilfsmittel zudem „**unabhängig von weiteren Bedarfsanalysen**" die Annahme von allen „aktuellen seriösen Angebote[n] zur Lieferung von Schutzmasken für die Deckung des Bedarfs

[25] BMG Sts [redacted] an BMVg Sts [redacted] zur Amtshilfe BMVg, nachrichtlich an Sts [redacted] (BMI) und Sts [redacted] (BMF), vom 04.03.2020

im Rahmen der Regelversorgung – vorbehaltlich weiteren Mehrbedarfs aufgrund der drohenden Ausweitung der Corona-Virus-Infektion" **insbesondere hinsichtlich des Angebotes der** [redacted] vom 03.02.2020 angewiesen wurde, um „ein positives Signal an Gesundheitseinrichtungen und die Öffentlichkeit zu senden".[26]

Die enorme **Abweichung von der Mindestbedarfsfeststellung des COVID-Krisenstabes** vom 03.03.2020 im Laufe der nächsten Wochen begründete das BMG gegenüber dem BRH mit Beschaffungsschwierigkeiten. Diese hätten bei gleichzeitig steigenden Versorgungsengpässen für die Bediensteten im Gesundheitswesen zugenommen.

Der COVID-Krisenstab stellte in diesem Zusammenhang zwar die Dringlichkeit der Bedarfsdeckung fest, so dass „(d)amit (...) die **vergaberechtlichen Besonderheiten entsprechend dem BMWI-Schreiben** zur Flüchtlingskrise vom **09.01.2015**"[27] gelten, nahm jedoch von den konkret getroffenen Bedarfsmengenfeststellungen nie Abstand.

Die Finanzierung des zunächst auf **200 Mio. EUR** geschätzten Haushaltsmittelbedarfes für die Beschaffung der festgestellten Bedarfsmengen wurde im Rahmen der Sitzung des Krisenstabes am 03.03.2020 durch das BMF vorsorglich in Höhe des notwendigen apl-Antrages (Antrag auf außerplanmäßige Ausgaben nach Art. 112 GG) zugesagt.

Direkt am 03.03.2020 wurde ein entsprechender apl-Antrag in Höhe von 275 Mio. EUR für die PSA Beschaffung (250 Mio. EUR) und Kommunikation (25 Mio. EUR) gestellt und am 04.03.2020 durch das BMF genehmigt[28]. Die Unterrichtung des Haushaltsausschusses erfolgte am selben Tage.

In dem im Nachhinein am 27.04.2020 gefertigten Entscheidungsvermerk zu diversen Beschaffungen wurde festgehalten, dass die laufenden Erhebungen bei den Ressorts und den Ländern insbesondere Änderungen bei den Stückzahlen als auch beim Bedarf an zusätzlichen Produkten ergeben können.[29]

---

[26] BMG Sts [redacted] an BMVg Sts [redacted] zur Amtshilfe BMVg, nachrichtlich an Sts [redacted] (BMI) und Sts [redacted] (BMF), vom 04.03.2020, Ziff. 2.

[27] BMG Sts [redacted] an BMVg Sts [redacted] zur Amtshilfe BMVg, nachrichtlich an Sts [redacted] (BMI) und Sts [redacted] (BMF), vom 04.03.2020, Ziff. 3.

[28] [redacted]

[29] BMG Sts [redacted] an BMVg Sts [redacted] zur Amtshilfe BMVg, nachrichtlich an Sts [redacted] (BMI) und Sts [redacted] (BMF), vom 04.03.2020, Ziff. 4 und 5.

In der 4. Gemeinsamen Sitzung des **Krisenstabes COVID-19** am **05.03.2020** berichtet das BMVg darüber, dass hinsichtlich der am 04.04.2020 adressierten Beschaffung in Amtshilfe (durch die regulären Beschaffungsbehörden) bereits Kontakte zu Händlern bestehen und Produktionsmengen sowie Beschaffungsmengen abgeglichen werden. Zudem wurden zwischen BAAINBw, GZD und BeschA die Produktkategorien final abgeglichen und aufgeteilt. **Das BeschA des BMI** wird gebeten, **bis 09.03.2020** ein **Konzept zur „(dezentralen) Lagerhaltung und Verteilung (Logistik)** der zu beschaffenden Schutzausrüstung zu erstellen und vorzulegen". Zudem wird das BMG gebeten einen **Vorschlag für einen Verteilungsmechanismus** (inkl. ggf. Priorisierung) bis 9.03.2020 zu erstellen. Es wird erneut festgehalten, dass die Beschaffung Persönlicher Schutzausrüstung zu den erforderlichen Sofortbeschaffungen mit krisenbedingter Dringlichkeit gehört.

Das BAAINBw sandte ab dem 04.03.2020 täglich Sachstandsberichte hinsichtlich bereits vertraglich gebundener PSA Artikel und den avisierten Lieferzeitpunkten und über erfolgte Lieferungen. Es fasste dabei die tagesaktuellen Meldungen der anderen beiden Beschaffungsbehörden zusammen.

Dem Beschaffungsvermerk von Al. [redacted] Al. [redacted] an den Bundesminister vom 27.04.2020 ist zu entnehmen, dass dieser über den Sachstand zur Beschaffung von PSA des am 04.03.2020 beauftragten BAAINBw informiert war. Al. [redacted] hatte dazu unter dem 06.03.2020 berichtet.

Daraufhin hat der damalige BM persönlich am 07. und 08.03.2020 Interessenten auf Anbieterseite angeschrieben und sie zu Angeboten von PSA aufgefordert[30]. Al. [redacted] wurde dann am 08.03.2020 telefonisch durch den Bundesminister über dessen Entscheidung informiert, dass das BMG „ab sofort Persönliche Schutzausrüstung auch selbst kauft; er bat um fachliche Prüfung der von ihm eingeholten Angebote".[31]

Im Tagesbericht des BAAINBw vom 10.03.2020 weist dieses auf die Herausforderungen für die Beschaffung von PSA hin, da die globalen Lieferketten der vornehmlich in China hergestellten Endprodukte bzw. Teilprodukte durch die Schließung der großen Umschlagshäfen massiv gestört waren. So sei der Abschluss von Verträgen schwierig und die Marktverfügbarkeit von PSA-Produkten eingeschränkt.

[30] [redacted]
[31] [redacted]

Die Entscheidung des Bundesministers vom 08.03.2020, dass das BMG direkt selbst in die Beschaffung einsteigt, wird in einem ein auf den 27.04.2020 datierten Entscheidungsvermerk festgehalten, der indes nicht gezeichnet wurde. Gründe hierfür sind nicht bekannt.

Vom Fahrplan für die to do's, wie er nach den vorliegenden Protokollen des COVID-Krisenstabs verabredet war, wich das BMG mehrfach ab und machte dies auch nicht nachträglich im COVID-19 Krisenstab transparent. Insbesondere ergibt das Ergebnisprotokoll vom 10.03.2020 keine Änderung der Zuständigkeiten hin zu einer Beschaffung durch das BMG selbst. Gleiches gilt im Ergebnis für den im Beschaffungsvermerk notierten Aspekt, dass die Entscheidung des Bundesministers, das BMG werde nun selbst beschaffen, „nach politischer Vorklärung mit dem BMF" erfolgt sei.[32] Unterlagen, die eine solche Abstimmung belegen, wurden bislang nicht aufgefunden.

Auf Basis des durch das BMG bei den Bundesressorts und Ländern erfragten geschätzten Sechs-Monats-Bedarfs wird davon abgeleitet der Drei-Monats-Bedarf (Beschlusslage der Bundesregierung) an PSA für die Bundesbehörden sowie die stationäre und kassenärztliche Versorgung ermittelt:[33]

- Bedarf an 75 Mio. PfH
- Bedarf an 200 Mio. MNS

Hierauf wurde das Amtshilfeersuchen an das BMVg – für die drei Beschaffungsämter des Bundes zusammen – am 17.03.2020 aktualisiert. Weitere Anpassungen der Bedarfsmengen erfolgten im April 2020 in Telefonschalten mit den Ländern.

Mit der Entscheidung des Bundesministers, dass das BMG ab dem 09.03.2020[34] über die Bemühungen der Beschaffungsämter des Bundes hinaus selbst PSA beschaffen werde,

---

[32] [redacted]

[33] BRH 2021, S. 11: „Bei der Beantwortung von Anfragen Dritter verwies das BMG darauf, dass Länder, Krankenhäuser und Arztpraxen in der Verantwortung verblieben, selbst bestmöglich Schutzausrüstung zu beschaffen und ihre üblichen Lieferanten zu bitten, sie zu informieren, sobald die benötigte Schutzausrüstung wieder lieferbar sei."

[34] BRH 2021, S. 15: Bereits zwei Tage nach dem Amtshilfeersuchen an die Beschaffungsämter vom 04.03.2020 zeigte sich der Bundesminister für Gesundheit besorgt über den Stand der angelaufenen Beschaffungen. Am folgenden Wochenende nahm er Kontakt mit möglichen Lieferanten für PSA auf und berichtete, er habe mit dem BMF politisch abgestimmt, dass das BMG parallel zu den Beschaffungsämtern selbst PSA erwerben werde. Er erbat die Bedarfsermittlung der zuständigen Abteilung 1

wurden ineffiziente und zum Teil auch ineffektive Maßnahmen in Gang gesetzt, die Mittel im Umfang von über 11 Mrd. EUR vertraglich gebunden haben. So resümiert der BRH in seinem Bericht vom 16.06.2021, „das führte nicht nur zu hohen Beschaffungsausgaben für den Bundeshaushalt, sondern auch zu Annexkosten in dreistelliger Millionenhöhe. Der Mittelansatz war hier nicht nur ineffizient, weil die PSA vielfach bis heute nicht zur Pandemiebekämpfung eingesetzt wurde."[35]

In den Monaten März und April 2020 wurden folgende Vergaben parallel – neben den Beschaffungsaktivitäten der Beschaffungsämter des Bundes – und ohne Blick auf den erhobenen Bedarf vorgenommen:

I. Direktbeschaffungen durch das BMG
II. Unternehmensnetzwerk: Rahmenvereinbarung mit deutschen Großunternehmen zum Abschluss von Lieferverträgen im Namen BMG
III. Beauftragung Logistikunternehmen [redacted]
IV. Sog. „Logistik Sourcing" (=Beauftragung der [redacted] zur Beschaffung und Anlieferung von PSA)
V. Open-House-Verfahren[36] über die Generalzolldirektion (GZD) vom 25.03. bis 08.04.2020 für Schutzmasken und Schutzkittel zu festen Preisen und Lieferbedingungen (etwa PfH für 4,50 EUR (netto); MNS für 0,60 EUR (netto) bei Lieferung bis 30.04.2020).
VI. Tender-Verfahren: Ausschreibung für Textilunternehmen, es ging dabei um Bewerbungen für Aufträge speziell zur inländischen Produktion von Schutzmasken und -kitteln bis 07.04.2020.

Bei den Verträgen zu den Beschaffungswegen II und III wurden die Unternehmen zudem von jeglicher Haftung mit der Begründung freigestellt, dass weder ein Logistikanbieter noch die Firmen im Unternehmensnetzwerk über Erfahrungen mit PSA verfügten[37]. Ebenso wurde von

---

und machte sie zur Grundlage auch der ressorteigenen Beschaffungstätigkeit neben den Anstrengungen der Beschaffungsämter. Am 09.03.2020 begann das BMG mit der Direktbeschaffung. Erste Verträge schloss es ab dem 11.03.2020."

[35] BRH-Bericht vom 16.06.2021, S. 7.

[36] Der BRH geht davon aus, dass Firmen, die im OH Verfahren dabei waren bei Lieferschwierigkeiten vom Vertrag zurückgetreten sind und dann über das Unternehmensnetzwerk angeboten haben. Auf jeden Fall sei der Preis im Durchschnitt 28 % niedriger als über das OH Verfahren.

[37] BRH-Bericht vom 16.06.2021, S. 4.

sehr hohen Vorauszahlungen, etwa beim Logistik-Sourcing berichtet, wie weiter unten noch darzustellen sein wird.

Im Folgenden werden, zur Wahrung der Übersichtlichkeit, die rekonstruierbaren Entscheidungsabläufe zu den jeweiligen Beschaffungsthemen im BMG näher beleuchtet.

I. Direktvergaben

Innerhalb von wenigen Wochen, ab dem 09.03.2020, hat das BMG, auf Weisung des damaligen Bundesministers, über 48 Verträge zur Lieferung von PSA mit einem Gesamt-Volumen **von mehr als 2 Mrd. EUR (brutto)** im Rahmen von sogenannten Dringlichkeitsvergaben (§14 Abs. 4 Nr. 3 VgV bzw. § 8 Abs. 4 Nr. 9 UVgO) abgeschlossen.[redacted] Dabei wurden folgende Mengen kontrahiert bzw. nach Anpassungen geliefert:

	SOLL (Vertrag)	IST (Liefermengen)
MNS	590.000.000	824.794.850
PfH (FFP 2)	329.445.000	395.707.161
PfH (FFP 3)	1.500.000	10.000

Die Durchschnittspreise beliefen sich nach dem BRH Bericht vom 16.06.2021 auf 3,39 EUR für PfH und 0,49 EUR für MNS.[39] Bereits mit den Direktbeschaffungen, neben den Beschaffungen aus den Amtshilfeersuchen an die Beschaffungsämter des Bundes, hat das BMG die im COVID19-Krisenstab festgelegten Mindestbedarfsmengen um ein Vielfaches übertroffen.

Sog. Dringlichkeitsvergaben sind vergaberechtlich ausnahmsweise zulässig, um einen temporär befristeten, dringlichen Bedarf – hier an PSA – zu decken. Die Dringlichkeit des Bedarfes wurde für die Beschaffung von PSA im Rahmen des sog. COVID-Krisenstabes unter Anwesenheit des Staatssekretärs des für das Vergaberecht zuständigen Bundeswirtschaftsministeriums festgestellt.

Mit zunehmend kontrahierten und gelieferten Mengen an PSA, spätestens aber mit den massiven Liefermengenzuläufen Ende März 2020 im Rahmen des später zu behandelnden Open-House-Verfahrens (OHV) hätte die Grundlage insbesondere für Dringlichkeitsbeschaffungen ab April 2020, insbesondere mit Preisen oberhalb jener, die im

[38] [redacted]

[39] BRH Bericht 2021, S. 23.

Open House Verfahren ausgelobt worden waren, mit guten Gründen hinterfragt werden können oder sogar müssen.

Die Entscheidung des damaligen Bundesministers, selbst und unmittelbar in die Beschaffung einzusteigen, überraschte selbst das eigene Ministerium. Sie wurde getroffen, nachdem nur wenige Tage zuvor Mindestbedarfsmengen in Amtshilfe zu beschaffender PSA an die Beschaffungsämter des Bundes zur Beschaffung adressiert worden waren. Der damalige Bundesminister begründete seine Entscheidung mit dem fehlenden Vertrauen in die Leistungsfähigkeit der Beschaffungsämter des Bundes.

Er entschied, dass er mit seinem Bundesministerium die Aktivitäten neben dem weiterlaufenden Amtshilfeersuchen nun selbst in die Hand nehmen werde. In seinem 2022 veröffentlichten Buch liest sich das so, dass „zugespitzt formuliert, (...) Masken scheinbar immer noch so geordert [wurden], wie man ansonsten in Friedenszeiten Helme für die Bundeswehr beschaffte" und ihm „bald klar [geworden sei], dass das so, also auf den herkömmlichen Wegen und mit den eingefahrenen Verantwortlichkeiten nichts werden würde – jedenfalls nicht in ausreichenden Maß und nicht in der notwendigen Geschwindigkeit."[49]

Hierzu hat er persönlich am Wochenende des 07. und 08.03.2020 zahlreiche Unternehmen in Bezug auf die Lieferungen von PSA kontaktiert und mit diesen vorvertragliche Rahmenbedingungen besprochen bzw. sie zu Angeboten aufgefordert. Die Ergebnisse dieser Aktivitäten würden, so im auf den 27.04.2020 datierten Vermerk festgehalten, am 08.03.2020 dem AL [redacted] des BMG präsentiert, d.h. dieser würde über die getroffene Entscheidung, operativ selbst zu beschaffen, informiert.

Diese schnelle Abfolge von Ereignissen/Entscheidungen zwischen dem 04. und dem 08.03.2020, die über das Wochenende, ohne ersichtlichen äußeren Impuls und in Abweichung von einer innerhalb des COVID-Krisenstabes vereinbarten Aufgabenteilung erfolgte, wirft die Frage nach der dabei getroffenen Abwägung auf.

Der Verweis auf eine Sachstandsinformation zu kontrahierten Mengen, die das BAAINBw bis Freitag 06.03.2020 erstellt hatte und über die der AL [redacted] seinen Minister unterrichtete, machten immerhin, nach nur zwei Tagen in einem zu diesem Zeitpunkt äußerst herausfordernden

[49] Jens Spahn „Wir werden uns einander viel verzeihen müssen", Heyne Verlag, 2022, S. 68)

Marktgeschehen, dem BM die bisherigen Kontrahierungserfolge transparent. Kurzgefasst: Der Minister musste wissen, dass die Beschaffungsbehörden in kürzester Zeit schon ziemlich weit gekommen waren – trotz aller ihnen möglicherweise entgegengebrachten Skepsis hinsichtlich eines unterstellten „Mindsets".

Der BMG-interne Schriftverkehr lässt Skepsis gegenüber der Leistungsfähigkeit der Beschaffungsbehörden erkennen, die auch anekdotisch bis heute bestätigt wird und an der selbst die ermittelten und dem damaligen Bundesminister als durchaus positiv präsentierten Sachstände zum Nachmittag des 6.03.2020 nichts ändern konnten. Er behielt seine Skepsis gegenüber der Leistungsfähigkeit der beauftragten Beschaffungsbehörden des Bundes bei. Außerdem gelangte er zu der Überzeugung, dass er selbst und sein Bundesministerium, ungeachtet völlig fehlender Beschaffungserfahrung und ohne Arbeitsmuskel die Herausforderung erfolgreicher bewältigen könnten. Die am 06.03.2020 vom BAAINBw abgefragte Sachstandsübersicht sollte ursprünglich, so erinnerte sich der AL [redacted] zur Grundlage für ein am 10.03.2020 angedachtes Treffen des Bundesministers mit potentiellen Lieferanten aus Deutschland werden, um ggf. bestehende Herausforderungen bei der Beschaffung mit diesen zu erörtern.

Die am Wochenende des 07. und 08.03.2020 erhaltenen Angebote übergab der damalige Bundesminister seiner Abteilung [redacted] mit der Bitte, diese zu sichten und zu prüfen. Die Abteilung [redacted] befasst sich u.a. mit der Preisbildung von Arzneimitteln bzw. allgemeinen Regelung rund um Medizinprodukte.

Hierzu gehörten u.a. Angebote

- der [redacted] vom 09.03.2020 mit einem Angebot für 40 Mio. Stück Masken zum Stückpreis von 5,50 EUR unter 100 % Vorkasse. Hier ging es um Masken des Herstellers 3M;
- der chinesischen [redacted] vermittelt durch [redacted] für u.a. 5 Mio. N95 Masken (zum Stückpreis von 5,65 EUR) und 0,5 Mio. FFP3 Masken (zum Stückpreis von 5,35 EUR);
- der [redacted] vom 08.03.2020 mit einem Angebot für u.a. 20 Mio. Stk 3M N95 Masken zum Stückpreis von 4,25 EUR;
- der [redacted] (Desinfektionsmittel und OP-Sets);

- der [redacted] vom 09.03.2020 über 40 Mio. Stk FFP2 Masken zum Stückpreis von 5,80 EUR;
- der [redacted] vom 08. und 09.03.2020 über diverse Schutzanzüge zu Stückpreisen zwischen 1,95 EUR und 3,30 EUR.

Bereits diese kleine Auswahl belegt hinsichtlich der geforderten Preise, dass die unternehmerische Chance der Gewinnoptimierung aus der Notsituation des Staates durchaus unterschiedlich genutzt wurde.

Im weiteren Verlauf wurden durch die Abteilung [redacted] Plausibilitätsprüfungen der Angebote, vor allem der Zertifikate, vorgenommen und auch Rücksprachen mit den Anbietern geführt. Aus dieser Perspektive akzeptable Angebote wurden an die Abteilung [redacted] zum Vertragsschluss übergeben. Hierzu bestand die klare Order, dass ungeachtet von parallel vorliegenden Angeboten mit völlig unterschiedlichen Preisen, alle Angebote, die plausibel erscheinen, anzunehmen seien. Die Vergaben erfolgten - auch in Kenntnis des Vorliegens zahlreicher Angebote - als Dringlichkeitsvergabe im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb. Verhandlungsaktivitäten - etwa zum Preis - konnten nicht festgestellt werden.

Die Entscheidung des damaligen Bundesministers, in Eigenregie zu beschaffen, wurde durch den damaligen Beauftragten für den Haushalt (BfdH) und Referatsleiter BMG [redacted] als Leitungsvorlage zusammengefasst und auf dem Dienstweg via UAL [redacted] und AL [redacted] dem Minister vorgelegt[41]. Darin wird festgehalten: „Weisung Min, dass Beschaffung eingeleitet wird, bevor eine formale Haushaltsermächtigung vorliegt (BM Scholz und BM Spahn haben mdl. Einvernehmen erzielt); Vorbereitung der Aufträge mit den fünf Anbietern Volumen rd. 300 - 500 Mio. €; Nach Kenntnis [redacted] gibt es bisher nur Angebote und es wurden keine rechtsverbindlichen Aufträge erteilt. (Konkretisierung durch UAL [redacted] läuft; [redacted] arbeitet zu, Ziel: Auftragserteilung noch heute); Keine Abwägung der vorliegenden Angebote gegeneinander; es wird parallel gekauft, was angeboten wird.; Absicherung durch kursorische rechtsanwaltliche Überprüfung. (AL [redacted] hat RA tel. beauftragt); Einrichtung von Notaranderkonten. Auszahlung an jeweiligen Lieferanten erst nach Eingang der Ware in D und Abnahme (AL [redacted] hat tel. bei Notar angekündigt. Hinweis: Berechnung von Negativzinsen erwartbar.); Grundsätzliche Info BMF auf Arbeitsebene (ist durch RL [redacted] erfolgt); Antrag auf

[41] [redacted]

apl.-Bewilligung an BMF m.d.B. um nachträgliche Befassung des HhA setzt voraus, dass Gesamtsumme bekannt ist, deshalb Antrag wohl nicht mehr heute möglich. [redacted] entwirft zus. mit Abt. [redacted] Begründung); Beauftragung BMVg / Beschaffungsämter aus apl.-Bewilligung 250 Mio. € (zzgl. 25 Mio. € Info-Maßnahmen) läuft unabhängig von dieser Aktion weiter."[42] Weiter ergänzt der damalige BfdH, dass er angesichts der fehlenden Haushaltsmittel die formal vorgesehenen Rechtsakte nur auf Weisung der Leitung vornehmen dürfe. Er endet mit der Feststellung, dass er unterstellt, dass diese Weisungen vorliegen.

Der damalige Minister billigt die Mail-Vorlage per Mail am 09.03.2020, 12:50 Uhr, mit den Worten: „Ausdrücklich einverstanden. Bitte so zügig vorgehen. Finanzminister ist von mir persönlich informiert und so einverstanden JS"[43] Der damalige BfdH versendet diese Mail, welche er vom Al. [redacted] erhalten hat, an diverse Kollegen mit den Worten „(...) mit beiliegender Korrespondenz ist abgesichert, dass die unkonventionelle Verfahrensweise durch Weisung Min. abgedeckt ist. (...) Min. hat übrigens explizit den Betrag von 500 Mio. genannt. (...) Sollten Ihre Berechnungen zu höheren Beträgen führen, müsste die Kompatibilität mit der Ansage vom Min. noch geprüft werden."[44]

Die mit der Umsetzung befassten Mitarbeitenden der Abteilung [redacted] versuchten von Anfang an, die Aufgabe mangels Expertise und Kapazitäten abzuwenden und den damaligen Bundesminister dazu zu bewegen, stattdessen die Expertise der Beschaffungsbehörden weiter zu nutzen. So steuerten Al. [redacted] und Al. [redacted] nach der ersten Woche eigener Erfahrung mit Direktbeschaffungen eine Doppelvorlage auf den Dienstweg an den damaligen Bundesminister ab. Zum einen verwies diese Vorlage auf die positiven Ergebnisse der Beschaffungen durch die Beschaffungsbehörden im Rahmen der Amtshilfe und zum anderen auf die dann erfolgte[45] Anhebung der Mengen in der Amtshilfe. Vorgeschlagen wurde, diese zu erhöhen und „parallel Kontakte zu Anbietern zur Unterstützung des BAAINBw weiter zu nutzen, sie aber für die Kontrahierung an BAAINBw zu verweisen".[46] Ob und wie über diese Vorlage entschieden wurde, lässt sich nicht mehr nachvollziehen. Es liegt derzeit nur der Text, jedoch kein Zeichnungsverlauf und kein Rücklauf vor. Es kann festgestellt werden, dass die Abteilung [redacted] in der Folge auch weiterhin Angebote nach Plausibilitätsgesichtspunkten prüfen

[42] [redacted]
[43] [redacted]
[44] [redacted]
[45] BRH Bericht vom 16.06.2021, S. 13
[46] [redacted]

musste. Allerdings deutet die Umsetzung der vorgeschlagenen Mengenerhöhung der in Amtshilfe erbetenen Beschaffungsmengen auf eine entsprechende Leitungsbefassung hin, außerdem wurden einzelne Angebote auch an das BAAINBw zur weiteren Bearbeitung abgegeben. Zudem erfolge die ebenfalls in der Vorlage vorgeschlagene Erhöhung einzelner Produktmengen mittels Amtshilfeersuchen des BMG an BMVg auf Sts-Ebene mit Schreiben vom 17.03.2020.

Auch nach Beendigung des Open-House Verfahrens und in Kenntnis der in diesem Zusammenhang enormen kontrahierten Mengen bis 10.04.2020 wurden weitere Verträge geschlossen, so etwa mit den [redacted] und [redacted] am 24.04. 2020 im Wert von jeweils 107 Mio. bzw. 430 Mio. EUR. Die letzte Dringlichkeitsbeschaffung erfolgte, nach den Listen der Abteilung [redacted] am 04.06.2020 mit einem Volumen von 1,43 Mio. EUR. Ein konkreter, noch zu bedienender Bedarf an PSA kann jedoch nur als schwierig bewertet werden – spätestens ab dem 08.04.2020 (Schluss des OH-Verfahrens) und in Kenntnis der auf diversen Wegen kontrahierten Mengen und insbesondere bei Beachtung des wettbewerbsrechtlichen Vergaberechts.

Bemerkenswert sind dabei einzelnen Dringlichkeitsvergaben an Unternehmen, die der damalige Bundesminister selbst angebahnt hatte.

Am 07.04.2020 beauftragte das BMG das Unternehmen [redacted] mit der Beratung bei der Dokumentation, Aufbereitung und Weiterentwicklung der Beschaffungsprozesse, da das BMG hierzu keine eigene Aktenführung aufzubauen vermochte. Am Ende wurden laut dem BRH Bericht vom 16.06.2021 für 103 Beschaffungsvorgänge Unterlagen erstellt[47]. Darin enthalten sind auch die in der Folge zum Teil noch darzustellenden Direktvergaben an Anwaltskanzleien, Logistikunternehmen und Unternehmensberatungen. An dieser Stelle soll es aber zunächst nur um die Direktvergaben zur Beschaffung persönlicher Schutzausrüstung gehen.

Unter den krisenbedingten Dringlichkeitsvergaben befinden sich u.a. Verträge mit der [redacted] oder [redacted]. Insbesondere Verträge, die nach dem 08.04.2020 geschlossen wurden, erscheinen unter dem Gesichtspunkt des fortbestehenden Bedarfs zweifelhaft.

[47] BRH Bericht vom 16.06.2021, S. 15.

In der Folge werden zwei Beauftragungen beispielhaft näher betrachtet, deren Umstände später auch Gegenstand von staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen, des Untersuchungsausschusses des Freistaats Bayern, aber auch (in einem Fall) von rechtskräftigen Verurteilungen wurden.

a. Vertrag mit der [redacted]

Die 2016 gegründete Schweizer [redacted] belieferte im März 2020 neben der Schweizer Armee auch das Bundesministerium für Gesundheit und die Gesundheitsministerien des Landes Nordrhein-Westfalen und des Freistaats Bayern mit PSA (Masken, Schutzanzüge, Einmalhandschuhe). Anders, als zunächst in Aussicht gestellt, lieferte [redacted] (neben der anderen PSA) keine FFP3-Masken[48] oder Atemschutzmasken der Firma 3 M, sondern FFP2/KN95- sowie OP-Masken aus China.[49] Wie diese Produktänderung von der avisierten Qualität abweichend, dem BMG plausibel gemacht wurde, haben die Untersuchungen bisher nicht ergeben.[50]

Insgesamt wurden [redacted] Verträge mit der [redacted] über die Beschaffung und Lieferung verschiedener PSA geschlossen. Bereits als die [redacted] zur Unterstützung des Logistikers [redacted] beauftragt wurde und in Kenntnis der massiven kontrahierten Mengen im Open-House-Verfahren adressierte der AL [redacted] des BMG ein Angebot der [redacted] direkt an den damaligen Bundesminister über die Lieferung weiterer Masken für einen Stückpreis in Höhe von [redacted] für 100 Mio. Stück FFP2-Masken. Diesem stimmte der damalige Minister am 21.04.2020 zu.[51]

Prominenz erlangte der Fall durch die Vermittlungstätigkeiten von [redacted] vor allem aber durch die Höhe der Provisionen [redacted] die [redacted] (im Folgenden: [redacted]) für ihre Ansprache der erwähnten drei Gesundheitsministerien von der Firma erhielt und die für sie letztlich zu einer Verurteilung wegen Steuerhinterziehung führten.[52] Die Provisionen (6% des Auftragsvolumens[53]) entfielen in Höhe von [redacted] auf Vermittlungen an das Bayerische Gesundheitsministerium, in Höhe von [redacted] auf Vermittlungen an das Gesundheitsministerium NRW und im Übrigen auf Vermittlungen an das BMG. Nach den Feststellungen des Landgerichts München I erfolgte die Kommunikation

[48] [redacted]

[49] Vgl. Bayerischer Landtag, Drucksache 18/28880, S. 194-248; [redacted]

[50] [redacted]

[51] [redacted]

[52] Vgl. LG München I, Urteil vom 15.12.2023 – 6 Kls 301 Js 149894/21.

[53] LG München I, a.a.O., Randziffern 24ff., 246, 390, 396-417.

zwischen [redacted] und den Ministerien „in Ergänzung zu entsprechendem E-Mail-Verkehr, mittels WhatsApp-Kommunikation„, vereinzelt auch mittels SMS"[54].

Hierzu wird im Schlussbericht des Untersuchungsausschusses in Bayern aus der SMS-Kommunikation wie folgt zitiert: „Lieber Jens, ich erhalte gerade die Information, dass 5 Millionen Schutzmasken zu normalen Preisen über einen Großhändler beziehbar seien. Je 1 Million gehen nach Bayern und NRW. Ich weiß nicht, ob tatsächlich Nachschubprobleme bestehen, wenn ja, dann bitte mir bald Bescheid geben, ob die restlichen 3 Millionen gebraucht werden, ich würde dann Kontakt herstellen. Ich bin nur Übermittler der Nachricht und in keiner Weise finanziell oder sonst involviert. Bei Interesse bzw. Notwendigkeit bitte mir kurzfristig Bescheid geben. Wenn kein Bedarf, dann gehen sie morgen nach Österreich. Beste Grüße und alles Gute für Deine Arbeit in schwierigen Zeiten: [redacted]", worauf es einige Tage später ein persönliches Telefonat gegeben hätte.[55]

Wegen der etwa zeitgleichen Lieferungen von [redacted] an die Schweizer Armee wurden 2024 in der Schweiz strafrechtliche Ermittlungen aufgenommen, und zwar wegen möglichen Verstoßes gegen Art. 157 Ziff. 1 CH-StGB, den dortigen Wucherparagraphen.[56]

Dem Schlussbericht des bayerischen Untersuchungsausschusses zufolge wurden dabei mangelhafte Lieferungen, die das Land Bayern abgelehnt hatte, dem BMG angeboten und diesem auch geliefert. So wird im Schlussbericht vermerkt, „insbesondere an eine Warnung des StMGP oder des LGL, dass ab dem 21.April 2020 eine in Bayern fachlich abgelehnte Lieferung von 500 500 KN95-Masken durch die [redacted] Trading das Lager des BMG in Apfelstädt erreichen könnte, hatte der Zeuge Spahn keine Erinnerung".[57]

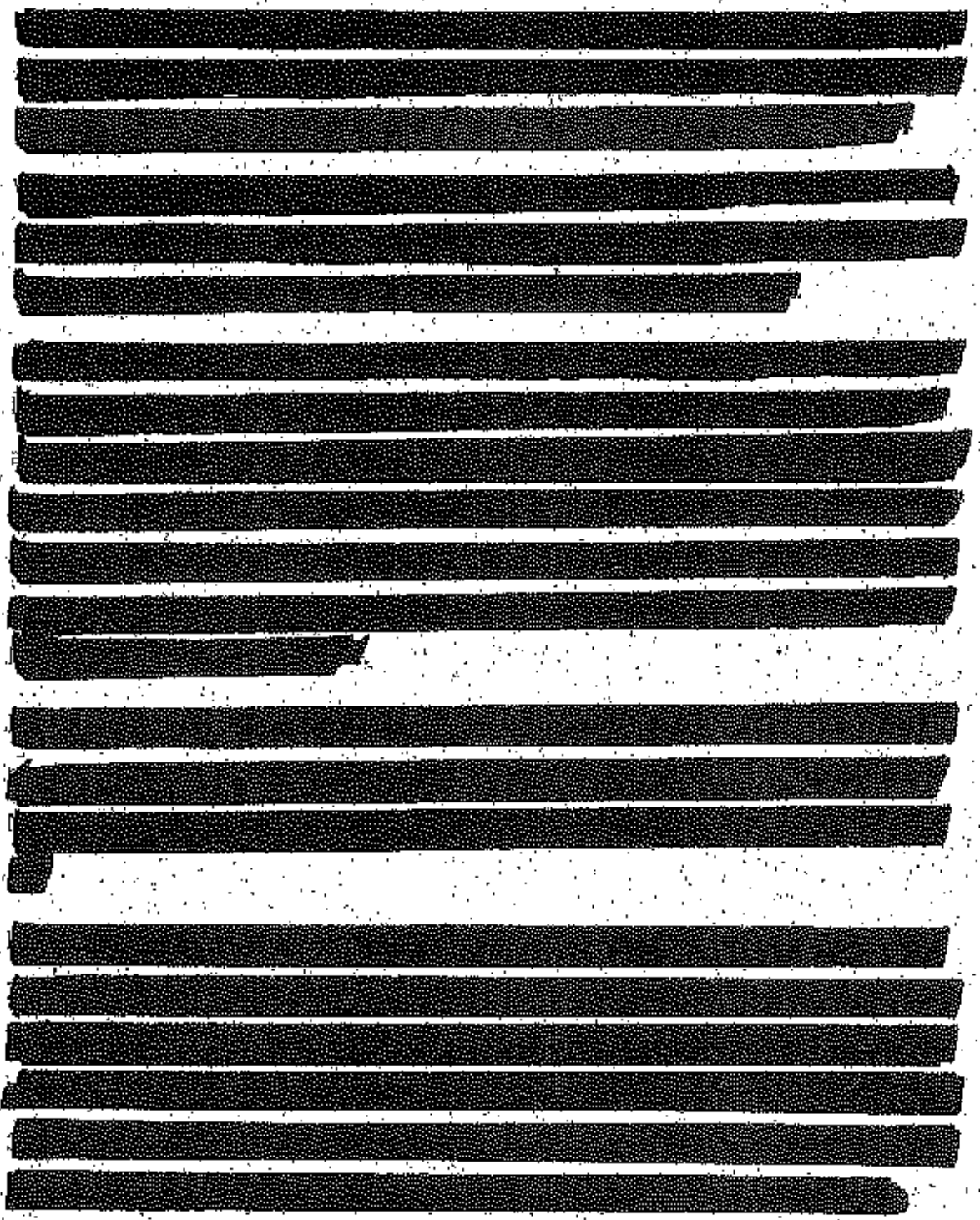
---

[54] LG München I, a.a.O., Randziffern 84, 226, 403.

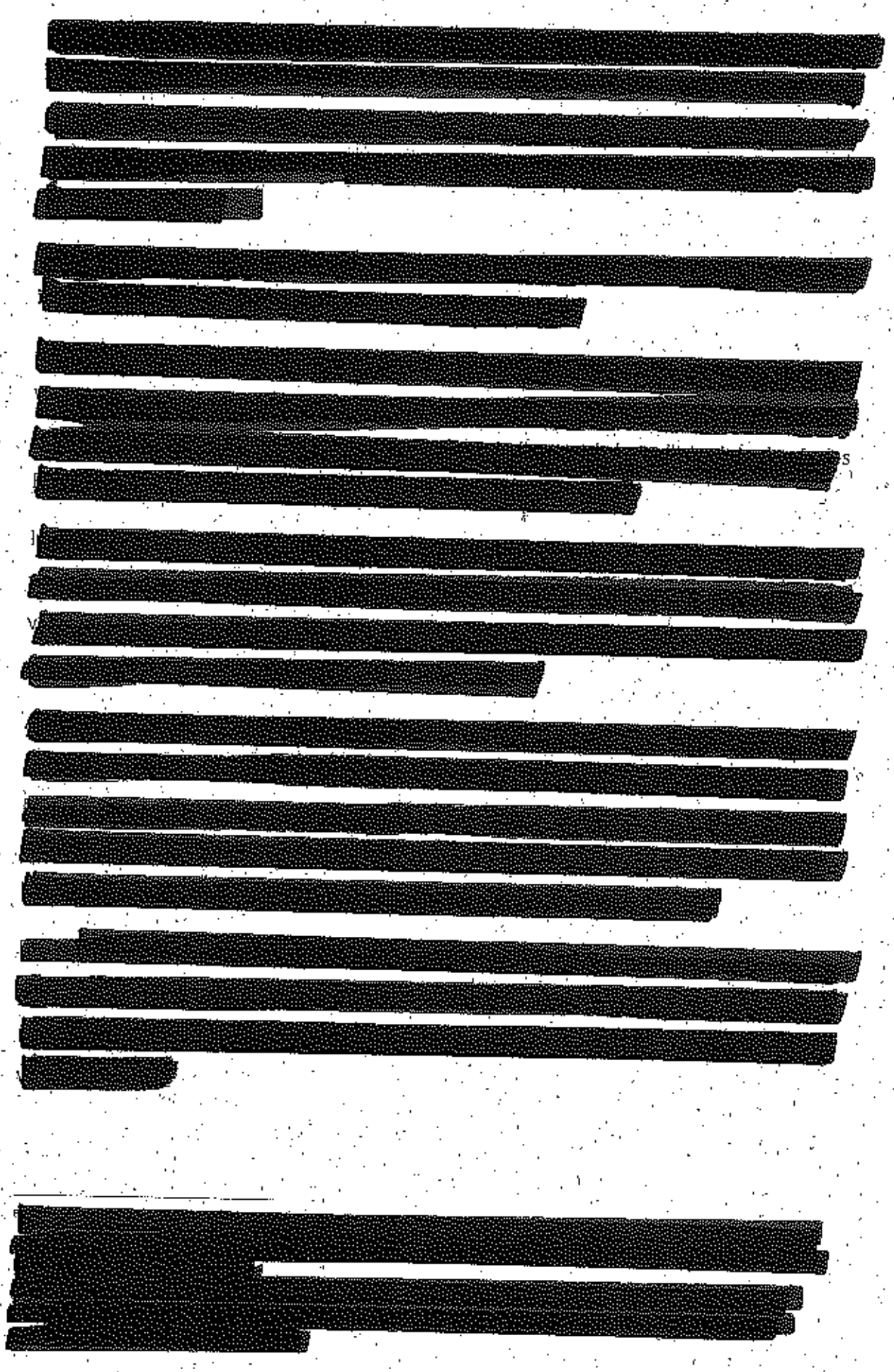
[55] Schlussbericht des Untersuchungsausschusses zur Untersuchung eines möglichen Fehlverhaltens der zuständigen Staatsbehörden des Freistaates Bayern, der zuständigen Ministerien, von Abgeordneten, Staatsbediensteten und politischen Entscheidungsträgerinnen und -trägern bei der Vergabe, Vermittlung und Annahme von Aufträgen und Vertragsabschlüssen und bei der Veranlassung wirtschaftlicher Entscheidungen (Drs. 18/18474, 18/19471) „Maske" in Bayern (Drs. 18/28880) vom 16.05.2023, S. 546.

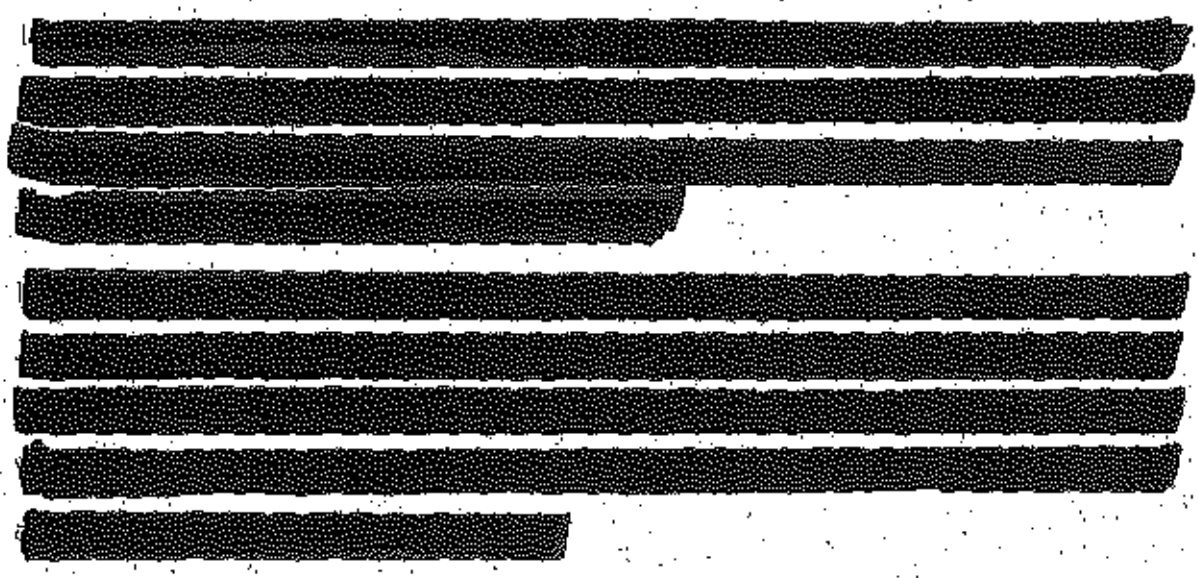
[56] Vgl. Der Spiegel, Heft 32/2024; watson.ch v. 11.08.2024 http://www.watson.ch, abgerufen am 09.12.2024.

[57] Schlussbericht des Untersuchungsausschusses zur Untersuchung eines möglichen Fehlverhaltens der zuständigen Staatsbehörden des Freistaates Bayern, der zuständigen Ministerien, von Abgeordneten, Staatsbediensteten und politischen Entscheidungsträgerinnen und -trägern bei der Vergabe, Vermittlung und Annahme von Aufträgen und Vertragsabschlüssen und bei der Veranlassung wirtschaftlicher Entscheidungen (Drs. 18/18474, 18/19471) „Maske" in Bayern (Drs. 18/28880) vom 16.05.2023, S. 242 und 547.



[redacted]





b. Vertrag mit [redacted]

Mit der [redacted] schloss das BMG im Rahmen der Direktbeschaffung einen Vertrag über die Lieferung von [redacted] Masken der Klasse 2 (FFp2, N95, KN95) ab.[68] Den Kontakt des Unternehmens zum BMG hatte [redacted] hergestellt. Dieser war, zusammen mit [redacted] nicht nur an das BMG, sondern auch an das Gesundheitsministerium Bayern und die Bundespolizei herangetreten. Im Nachhinein stellte sich heraus, dass dies für die Kontaktvermittlungen auf Provisionsbasis geschah. Nicht zuletzt durch die Behandlung im Untersuchungsausschuss des Freistaats Bayern, der sich mit der Beteiligung [redacted] an der Vermittlung von Maskengeschäften mit staatlichen Stellen befasste, gelangte die [redacted] in das Bewusstsein der Öffentlichkeit.

Der Kontakt zu [redacted] kam zustande, indem [redacted] den AL [redacted] im BMG kontaktierte. Dieser teilte am 12.03.2020 [redacted] BM mit [redacted] bietet mir Masken an".[69] Im Folgenden kam es zu einem [redacted] zwischen dem AL [redacted] BMG und [redacted], in dessen Verlauf [redacted] nach einer „Interessenbekundung" des BMG fragte, „wie sie Bayern schon abgegeben" habe.[70] Er führte weiter aus, „wie besprochen, [redacted] Mio. FF 2 und 1,5 Mio. FFP 3".[71] Das bezeichnete wohl die möglich lieferbare Menge. AL [redacted] BMG bestätigte das grundsätzliche Interesse des Bundes und bat um Details zum Preis.[72] Dieser wurde mit [redacted] Euro für die FFP2 Masken und [redacted] für die FFP3 Masken, jeweils netto, benannt.[73]

AL [redacted] BMG gab im Folgenden eine Interessenbekundung mit den vorgenannten Parametern gegenüber [redacted] ab, der seinerseits als Kontakt zur [redacted] fungierte.[74] Im Verlauf kam es zur Vertragsabstimmung zwischen [redacted]

---

68 [redacted]

69 [redacted]

70 [redacted]

71 [redacted]

72 [redacted]

73 [redacted]

74 [redacted]

[redacted] und der Vergabestelle im BMG unter Mitzeichnung des Haushaltsreferats im BMG.[75] Am 28.03.2020 kam es zum Vertragsschluss zwischen dem BMG und [redacted]. Obwohl [redacted] konstant nachgefragt und durchaus Druck gemacht hat, („wäre prima, wenn ich Schreiben bald bekomme";[76] „gibt es in der Sache was Neues. Die Inder werden unsicher wegen der Kapazitäten")[77] ist nicht zu erkennen, dass dieser Druck innerhalb des BMG weitergegeben worden wäre.

Die durch [redacted] gelieferten Masken bestanden nicht alle die durch das BMG veranlassten Qualitätsprüfungen. Im Rahmen der Vertragsdurchführung kam es zu Differenzen. [redacted].[78] Am 02.07.2020 erklärte das BMG in Bezug auf die noch ausstehenden Masken einen Teilrücktritt vom Vertrag. [redacted][79] [redacted] Dass [redacted] für die Kontaktaufnahme/-vermittlung von [redacted] entlohnt wurde, ist aus dem Schriftverkehr nicht ersichtlich.

75 [redacted]
76 [redacted]
77 [redacted]
78 [redacted]
79 [redacted]

c. Vertrag mit [redacted]

Das Unternehmen [redacted] wandte sich im Februar 2020, nach eigener Angabe u.a. auf Vermittlung [redacted], direkt [redacted] an das BMG, [redacted] (Referat [redacted]), und bot medizinische Schutzausrüstung an, u.a. Masken.

Es kam in der Folge zu einer [redacted] Korrespondenz zwischen [redacted] und dem BMG: Mit E-Mail vom 04.03.2020 bat [redacted] BMG darum, eine Liste mit den Masken und sonstigen Gegenständen zu übersenden, bei denen die Firma „die Hand darauf" habe. Die Angebotsannahme werde dann über ihn selbst oder das BMVg erfolgen. Nachdem [redacted] bereits mit einer E-Mail vom 29.02.2020 an [redacted] BMG mitgeteilt hatte, dass eine Reservierung von Ware bei den Produzenten nur gegen Zahlung von Deposit möglich sei, schlug sie mit Mail vom 04.03.2020 dem BMG vor, finanziell in Vorleistung zu treten und die finanzielle Abwicklung über ein Treuhandkonto des Firmenanwaltes abzuwickeln. Daraufhin bat der angesprochene [redacted] um Konkretisierung. Für die Auftragserteilung benötige er die Warenangabe mit Preis sowie den Hinweis, in welcher Höhe eine (An-)Zahlung erfolgen müsse. Am 08.03.2020 kam es zu einem Telefonat des Bundesministers für Gesundheit mit dem CEO [redacted].[89] Im Anschluss an dieses schrieb der BM den CEO [redacted] an und teilte ihm mit, dass man „akut" „mindestens (!)" den Bedarf an 300 Mio. OP-Masken 3 ply oder 5 ply habe und fragt an, „wann und zu welchem Preis?". Mit E-Mail vom 09.03.2020 an den BM bittet der CEO [redacted] diesen um ein „GO". Dieser antwortet ihm, ebenfalls per E-Mail, dass sich seine Leute zeitnah melden werden und man grundsätzlich alle konkret angebotenen Mengen und Produkte abnehmen wolle.

Aus dieser Antwort wird das zu diesem Zeitpunkt vorhandene grundsätzliche Interesse deutlich, eine eindeutige Zusage kann hierin noch nicht gesehen werden. In diesem Verständnis antwortet auch der CEO, der schreibt, er „bespreche es jetzt mit ihren Leuten". BM antwortet daraufhin, dass man nun abschließend klären müsse, wer

[89] Dem BM war das Angebot [redacted] zusammen mit anderen Unterlagen am 08.03.20[redacted] übersandt worden.

abwickle: Zoll, Bundeswehr oder BMG. Auf eine weitere E-Mail des CEO, wie die Transporte zu klären seien, antwortete BM „Ja. Transport klären wir dann. Jetzt will ich erst mal rechtlich verbindlich das Zeug ;-) (...) praktischen Rest mit meinen Leuten klären. Danke!". Anschließend meldete sich der AL BMG per E-Mail beim CEO [redacted] und erklärte „wir übernehmen, es meldet sich gleich die Kontaktperson bei uns zur Klärung aller Details". Der CEO [redacted] übersandte daraufhin eine E-Mail an den AL mit einer neuen „Liste der Verfügbarkeiten". AL verwies ihn in seiner Antwortmail darauf, dass sich eine namentlich benannte Mitarbeiterin des [redacted] BMG um das Angebot kümmern werde.

Die Firma [redacted] hat letztlich den Zuschlag nach Angaben des AL im BMG im Direktvergabeverfahren nicht erhalten, weil sie durch das Vergabeteam als nicht seriös gewertet wurde. Grund dafür sei die vermutete mangelnde Bonität der Firma gewesen.

Nachdem die Firma zunächst einen Mahnbescheid gegen die Bundesrepublik Deutschland beantragt hatte, gegen den diese Widerspruch einlegte, klagt sie nunmehr gegen die Bundesrepublik Deutschland auf Kaufpreiszahlung, hilfsweise auf Kaufpreiszahlung Zug um Zug gegen Herausgabe und Übereignung von Schutzmasken und Handschuhe, weil sie der Meinung ist, dass ein entsprechender Vertrag zustande gekommen sei. Sie beruft sich hierbei auf den vorgenannten E-Mail-Verkehr.

Die Firma [redacted] ist der Ansicht, dass ein Kaufvertrag zwischen ihr und dem BMG [redacted] zustande gekommen sei. Sie sieht spätestens in der E-Mail des damaligen BM vom 09.03.2020, [redacted], eine Annahme zu einem Vertragsschluss mit ihr, wie aus der Klageschrift vom hervorgeht. Leistung und Gegenleistung seien hinreichend bestimmt oder zumindest bestimmbar gewesen. Das BMG verteidigt sich gegen die Klage. Es bestreitet den Abschluss eines Kaufvertrages. Zum einen sei in der durch die Firma [redacted] übersandten Liste kein Angebot, sondern nur eine Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes (invitatio ad offerendum) zu sehen; zum anderen sei auch durch den damaligen BM keine Annahme erfolgt, da dieser zur Klärung vertragswesentlicher Aspekte an seine Mitarbeiter verwiesen hat.

[redacted]

Allerdings wurde es zu einem späteren Zeitpunkt (unstreitig) ein Vertrag in einem weiteren Direktbeschaffungsverfahren mit [redacted] geschlossen. Die Firma hatte dem BMG am 22.03.2020 ein Angebot über 10.000.000 „3-Layer Surgical Face Mask EN 14863 IIR" zu einem Stückpreis von [redacted], 5.000.000 „NIOSH N95 Surgical Mask" zu einem Stückpreis von [redacted], 20.000.000 „Powder free nitrile examination gloves" zum Stückpreis von [redacted], 20.000.000 „Nitrile gloves Disposable Nitrilein spection gloves EN 455/EN 374/EN 388 ASTM D6319 CE certificatin" zu einem Stückpreis von [redacted] und 100.000 „Medical Safety Glasses with FDA and CE Certificate" zu einem Stückpreis von [redacted] unterbreitet. Dieses Angebot nahm das BMG am 24.03.2020 an. Die Lieferung sollte durch Übergabe in der Volksrepublik China an die [redacted] erfolgen. Vereinbart war eine „schnellstmögliche" Lieferung [redacted]. Die Übergabe erfolgte auch im April 2020, der Kaufpreis wurde gezahlt. Die Lieferung der vereinbarten 5.000.000 „NIOSH N95 Surgency Mask", ist [redacted] streitbefangen, [redacted]. Das Verfahren dauert an.

[redacted]

II. Unternehmensnetzwerk: Rahmenvereinbarungen mit dt. Großunternehmen

Im Rahmen der Herausforderungen durch den phasenweise zu verzeichnen gewesenen Zusammenbruch internationaler Lieferketten entstand die Idee, mit deutschen Großunternehmen, die über internationale Einkaufsnetzwerke verfügen, insbesondere nach China, Rahmenverträge zur Beschaffung und Lieferung von PSA zu schließen. Insgesamt wurden 30 Verträge mit sieben Unternehmen zwischen dem 30.03.2020 und dem 10.06.2020 mit einem Auftragsvolumen von insgesamt über 403 Mio. EUR geschlossen:

	SOLL	IST
MNS	327.896.000	328.273.798
PfH (FFP 2)	93.299.600	89.578.352
PfH (FFP 3)	1.800.000	1.800.000

Die Unternehmen lauten [redacted], [redacted], [redacted], [redacted], [redacted] und [redacted] (durch Vermittlung durch die [redacted]. Hervorzuheben ist, dass die [redacted] das BMG mit einer unentgeltlichen Spende von 121 Mio. Stück an MNS unterstützt hat.

Jeder einzelne dieser Rahmenverträge sah jeweils Beschaffungshöchstmengen von 50 Mio. P fH und 100 Mio. MNS zu vorgegebenen Höchstpreisen vor.

Die konkreten Lieferverträge im Auftrag des BMG durften erst nach Einzelgenehmigung durch das BMG abgeschlossen werden.

Die Rahmenverträge wurden bis zum 20.04.2020 geschlossen, also bis zu einem Zeitpunkt, in welchem die im Rahmen des Open-House-Verfahren vorliegenden Angebotsmengen bekannt waren. Diese wurden täglich durch die GZD übermittelt und somit bekannt gegeben, wie die damals befassten Personen im Expertengespräch vom 31.10.2024 berichteten.

Laut Muster-Rahmenvertrag schlossen die im sog. Unternehmensnetzwerk organisierten Unternehmen Verträge direkt für den Bund ab. Auf Wunsch der Unternehmen wurden sie mit der Begründung, dass die Befassung mit PSA üblicherweise nicht zu ihrem Geschäftsinhalt

gehört, zudem von jeglicher Haftung befreit. Den industrieseitig gefertigten Mustervertrag nahm das BMG an. In einer entsprechenden Mail vom 09.04.2020 informiert der zuständige AL [redacted] des BMG den Staatssekretär des BMF über die erbetene Beauftragung von [redacted] und über die Sicherstellung der Liquidität in China durch Treuhandkonten.[81]

Die Kanzlei [redacted] wurde im April 2020 beauftragt, die Zahlungsströme in China zu organisieren. Die Auswahl der Kanzlei beruhte auf ihrer Expertise mit dem chinesischen Recht und ihr Filialnetzwerk in China. Der Geldtransfer erfolgte vom BMG über ein Notaranderkonto in Berlin und D Deutschland sowie D China an den Lieferanten vor Ort. Damit sei Deutschland, anders als andere europäische Staaten, in der Lage gewesen Zahlungen direkt vor Ort in Landeswährung zu leisten.

Gerade auch in der Nachschau attestiert D, dass die im Rahmen des Unternehmensnetzwerkes eingekaufte PSA von vergleichsweise guter Qualität war. Es kam in nur einem Verfahren zu Streitigkeiten.

[81] [redacted]

III. Beauftragung [redacted]

Im Rahmen der Sitzung des COVID-Krisenstabes auf Sts-Ebene wurde am 05.03.2020 festgelegt, dass das Beschaffungsamt (BeschA) des BMI mit der dort vorhandenen Logistikexpertise bis zum 09.03.2020 ein Logistikkonzept für die zu beschaffenden Mengen an PSA erstellen solle. Darin sollte insbesondere auch die anschließende bundesweite Verteilung an notleidende Stellen (z.B. Länder, Kommunen, Krankenhäuser etc.) organisiert werden.

Konkret ist im entsprechenden Ergebnisprotokoll festgehalten, dass **„das BeschA im BMI** (wird) gebeten [wird] **bis 9. März 2020** ein **Konzept zur „(dezentralen) Lagerhaltung und Verteilung (Logistik)** der zu beschaffenden Schutzausrüstung zu erstellen und vorzulegen".[82]

Die anwesenden Vertreter des BMG wurden zeitgleich darum gebeten, einen Verteilmechanismus für die beschaffte Schutzausrüstung zu erarbeiten, also festzulegen, welche Stellen bei der Verteilung priorisiert werden müssen.[83]

Zudem berichtete das BMVg, dass die Lagerung der im Rahmen der Amtshilfe zu beschaffenden PSA an drei Standorten geplant sei.[84]

Am 10.03.2020 wurde das Logistikkonzept des BeschA durch den Vertreter des BMI zumindest zum Teil vorgestellt. Anekdotisch berichtet wird von der Einlassung des anwesenden Staatssekretärs aus dem BMWK, der Vortrag sei hinsichtlich der Detailtiefe für diese Runde ungeeignet. Im Protokoll des Krisenstabes vom 10.03.2020 wird angekündigt, dass der Beschluss über die Umsetzung des Konzeptes in der darauffolgenden Krisenstabsitzung erfolgen werde. Das Logistikkonzept wurde als Anlage zum Ergebnisprotokoll der Sitzung hinzugefügt und allen Mitgliedern des COVID-Krisenstabes zur Verfügung gestellt.[85]

Das BMG wird im Zuge dieser Krisenstabssitzung an die ausstehende Erstellung eines Verteilungsmechanismus erinnert und gebeten, ein solches Konzept nunmehr bis zum 12.03.2020 vorzulegen.[86]

---

[82] Ergebnisprotokoll Sitzung COVID-19 Krisenstab im BMI vom 05.03.2020, Az.: IBP-51000/7#3, Ziff. 27
[83] Ergebnisprotokoll Sitzung COVID-19 Krisenstab im BMI vom 05.03.2020, Az.: IBP-51000/7#3, Ziff. 28, S.2.
[84] Ergebnisprotokoll Sitzung COVID-19 Krisenstab im BMI vom 05.03.2020, Az.: IBP-51000/7#3, Ziff. 4.1, S. 2.
[85] Ergebnisprotokoll Sitzung COVID-19 Krisenstab im BMI vom 10.03.2020, Az.: IBP-51000/7#3, Ziff. 4.5, S. 2
[86] Ergebnisprotokoll Sitzung COVID-19 Krisenstab im BMI vom 10.03.2020, Az.: IBP-51000/7#3, Ziff. 37, S.2.

Das Logistikkonzept des BeschA basierte auf der Annahme, dass die Verteilung und Lagerung erheblicher Kapazitäten von Logistikdienstleistern bedurften. So mussten in Betracht kommende Unternehmen etwa über ein globales Logistiknetzwerk verfügen und zudem Transportwege für die Verteilung in allen Größen und auf allen Verteilwegen (von kleinem Paket bis hin zu großen Luftfrachtmengen) gewährleisten können. Auch, so die Logistiker des BeschA, bedurfte es eines Lagernetzwerks über ganz Deutschland, um die im Krisenstab festgelegten Mindestbedarfsmengen sachgerecht lagern und zügig in der Fläche verteilen zu können.

In diesem Logistik-Konzept wird als oberste Prämisse Folgendes festgehalten:

„Für die **Planung der Logistik** muss unterstellt werden, dass der **Bedarf und die tatsächliche Menge der beschafften PSA initial und im weiteren Verlauf nicht abschließend definiert** werden kann. Auch werden sich die Verteilungsschlüssel und die Ziellokationen in Abhängigkeit von der Lageentwicklung verändern. Die Planung und Durchführung der Logistik stellt somit einen **hoch dynamischen Prozess** dar, welcher fortlaufende und kurzfristige Steuerungseingriffe erforderlich macht."[87]

Das Logistikkonzept umfasste dabei drei Handlungsoptionen für den Krisenstab: 1. Beauftragung von gewerblichen Logistikanbietern; 2. Durchführung durch bundeseigene Kräfte (z.B. THW) und 3. Gewerbliche Beauftragung zusammen mit bundeseigenen Logistikkapazitäten (z.B. THW). Das BeschA empfahl dem Krisenstab unter Abwägung der Vor- und Nachteile die Variante 3. Insbesondere begründete sich die Empfehlung zur Bündelung staatlicher und gewerblicher Kapazitäten mit der hierdurch erhöhten Resilienz durch gesundheitsbedingte Personalengpässe. In dem dazugehörigen Zeitplan wurde deutlich gemacht, dass eine Beauftragung bereits Ende der 12. Kalenderwoche 2020 (also bis 20.03.2020) möglich sei, wenn das BMG entsprechende Produktinformationen wie auch das Verteilungskonzept als Grundlage für die konkrete Beauftragung liefern würde.[88]

Das BeschA-Logistikkonzept sah in allen drei Ausprägungen eine zentrale Logistikkoordinierungsinstanz zwischen allen Playern (Lieferanten, Logistikern, Bund und

[87] [redacted]

[88] Logistikkonzept des BeschA vom 09.03.2020 (Anlage zum Ergebnisprotokoll des COVID-19 Krisenstabes v. 10.03.20).

Ländern) vor, um die Kommunikation und reibungslose Abwicklung aus der übergeordneten Vogelperspektive zu übernehmen.[89] Hier wurde seitens BeschA das Technische Hilfswerk (THW) dem BMI empfohlen. Entsprechend beauftragte BMI das THW bereits am 16.03.2020.[90]

Ungeachtet dieser Ereignisse hatte der damalige Gesundheitsminister bereits am Wochenende 07. und 08.03.2020 nicht nur mit möglichen Lieferanten Kontakt aufgenommen: Neben der Entscheidung, dass sein Ministerium nun auch operativ in die Beschaffung einsteigen würde, bemühte er sich um einen Logistiker, welcher die Vereinnahmung der im Rahmen der Direktbeschaffung zu liefernde PSA vornimmt und schließlich auch die Verteilung verantwortet. Er kontaktierte hierzu offenbar die [redacted] die die Unterstützung auch zusagte. Dies wird unterstellt, weil bereits die ab 09.03.2020 geschlossenen Lieferverträge mit der Lieferadresse der [redacted] versehen waren.

Die [redacted] übersandte dem BMG (AL [redacted]) dann ein auf den 04.03.2020 datiertes Pandemie-Konzept nebst entsprechender Presseankündigung vom 28.02.2020, wie auch alle Kontaktdaten im Unternehmen. Ein konkretes Angebot wurde für den 12.03.2020 angekündigt. Überdies wurde der AL [redacted] darüber informiert, dass „einige Lieferanten bereits Kontaktaufnahme mit dem Standort [redacted] gestartet" und zahlreiche Fragen hätten. Die [redacted] hat in dem vorliegenden Mailverkehr, den Lieferanten lediglich eine konkret benannte Kontaktadresse zur Bündelung der Anfragen zur Verfügung zu stellen. Der AL [redacted] des BMG bekundete hierzu auf Nachfrage, dass ihm die [redacted] bis März 2020 unbekannt gewesen sei und ihm die „Koordinaten von [redacted] durch den vormaligen Bundesminister am 10.03.2020 mitgeteilt worden seien.[91]

Die Beschaffungsaktivitäten des BMG sowie die korrespondierenden mündlichen Vereinbarungen und Gespräche mit dem Logistiker [redacted] wurden durch die Vertreter des BMG in den Krisenstabssitzungen laut der Ergebnisprotokolle vom 10.03.2020 und 12.03.2020 nicht angesprochen. Auch sind keine BMG-seitigen Einwände protokolliert, als das gemeinsam federführende BMI sein Logistikkonzept nach Art einer Leistungsbeschreibung („Was muss ein

[89] Logistikkonzept des BeschA vom 09.03.2020 (Anlage zum Ergebnisprotokoll des COVID-19 Krisenstabes v. 10.03.20).

[90] [redacted]

[91] [redacted]

Logistiker im Rahmen der PSA Beschaffung lösten können") vorstellte. Neben dem Ergebnisvermerk zur Krisenstabsitzung wurde auch ein Auszug zum Logistik-Konzept als Anlage beigefügt und versandt.

Am 10.03.2020 schrieb der Sts des BMG seinen Kollegen im BMVg mit folgendem Inhalt an:

„Lieber [redacted] wir sprachen ja heute im Krisenstab über die Frage der Lieferadresse (und wenn auch nur als Zwischenlösung). Die Kollegen haben für die BMG-Bestellung folgende Lieferadresse ... benannt. (...) Es gibt eine räumliche Nähe zum Hauptlieferanten [redacted]"[92]

Dieser Schriftverkehr enthält also den Antrag, dass, sollte sich das BAAINBw bei der Lagerung seiner Beschaffungen anschließen, dieses gebeten wird, jeweils auch die Leistungsfähigkeit zur Lagerung von Gefahrgütern abzufragen.

Laut der Ergebnisprotokolle wird allerdings weiterhin von der am 03.03.2020 beschlossenen Aufgabenverteilung ohne Anpassung ausgegangen. Die Beschaffungsbehörden beschaffen PSA im Rahmen der Amtshilfe und das BeschA des BMI organisiert darüber hinaus die Logistik.

So wird im Rahmen der Krisenstabsitzung am 12.03.2020 die Bedeutung einer erfolgreichen Verteilung der beschafften PSA unterstrichen und entsprechend im Ergebnisvermerk aufgenommen. Es wird festgelegt, dass 85 % an PSA für die Aufrechterhaltung des deutschen Gesundheitssystems und anteilig nach dem Bevölkerungsanteil vorzusehen ist. Die verbleibenden 15 % der beschafften PSA sind für den Bund und damit die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit des Staates gedacht.[93]

In diesem Sinne wird das BMG gebeten, dem BeschA des BMI die konkrete Aufteilung je Produktgruppen sowie Ansprechpartner für den „85 % Anteil Gesundheitsversorgung" für die Verteilung zu benennen. Das BeschA des BMI wurde zudem beauftragt, die Logistik im Sinne des am 10.03.2020 vorgelegten Logistikkonzeptes in der empfohlenen Variante 3 zu beauftragen. Zudem soll das BeschA die Verteilung des „15 % Anteils" sicherstellen.[94]

Das BeschA nahm unmittelbar nach Kenntnis über die im Krisenstab getroffene Entscheidung am Freitag den 13.03.2020 sowohl telefonisch mit der [redacted] als auch der [redacted] Kontakt auf und stellte dort das im Krisenstab beschlossene Logistikkonzept am 16.03.2020

[92] [redacted]
[93] Ergebnisprotokoll Sitzung COVID-19 Krisenstab im BMI vom 12.03.2020, Az.: IBP-51000/7#3, Ziff. 44, S.2.
[94] Ergebnisprotokoll Sitzung COVID-19 Krisenstab im BMI vom 12.03.2020, Az.: IBP-51000/7#3, Ziff. 45/46, S.2.

als Grundlage für ein Umsetzungskonzept im Rahmen eines Angebotes zur Verfügung. Die damals zuständigen Vertreter des BeschA bestätigten, dass beide Unternehmen „aufgrund ihrer Expertise, bereits bestehenden Geschäftsverbindungen (in Form von Rahmenverträgen), sowie vermuteter Kapazitätsreserven ausgewählt"[95] worden seien. So hätten beide Unternehmen unmittelbar reagiert und eine zügige Prüfung des vorliegenden Konzeptes hinsichtlich Umsetzung zugesagt wie auch weitere schnelle Abstimmungsgespräche angekündigt. [redacted] schreibt hierzu „von der Sache her sind die Anforderungen Alltagsgeschäft bei uns [redacted], und Lösungen sind bereits vorhanden".[96]

Die notwendigen Informationen seitens des Bundes wurden in einem sog. Pflichtenheft noch am 13.03.2020 durch das BeschA zusammengetragen und über das BMI an den Krisenstab adressiert. Darin waren wesentliche Informationen und Aufgaben mit den jeweils hierfür zuständigen Stellen beschrieben, um die Leistung sachgerecht beauftragen zu können. U.a. waren Ansprechpersonen in den Ländern nebst Verteilschlüsseln durch das BMG zu nennen, Verteilschlüssel für den Bund durch das BMI oder Warenwirtschaftsinformationen (inkl. Lieferanten) sollten von den im Rahmen der Amtshilfe beauftragten Beschaffungsbehörden des Bundes zusammen getragen werden.[97] Diese Informationen waren Voraussetzung dafür, dass der mögliche Logistiker die relevanten Parameter für ein Umsetzungskonzept realistisch abbilden und einen solchen Auftrag auch erfolgreich umsetzen kann.

Parallel hierzu adressierte das BMG auch am 13.03.2020 ein bereits am 12.03.2020 im BMG eingegangenes Angebot an den Krisenstab im BMI mit dem Hinweis, dass eine formale Beauftragung zwar noch nicht erfolgt sei, aber die [redacted] bereits Lagerungen vorgenommen hätte.[98] Der AL [redacted] BMG informierte zeitgleich den Geschäftsführer der [redacted], per Mail am 13.03.2020 über die beabsichtigte Beauftragung durch das BMI bzw. eine seiner Behörden.[99]

Hierauf wurde das BeschA mit Mail vom Freitag 13.03.2020, 18:12 Uhr durch das BMI gebeten, für einen begrenzten Zeitraum von vier Wochen die [redacted] – de facto als Übergang bis zur

[95] Gedächtnisvermerk BeschA – [redacted] an BRH vom 23.09.2021.
[96] [redacted]
[97] [redacted]
[98] [redacted]
[99] [redacted]

vergaberechtskonformen langfristigen Lösung – zu beauftragen, sofern die entsprechenden Haushaltsmittel hierfür zur Verfügung gestellt würden.[100] BMG AL [redacted] wurde über diesen Vorschlag telefonisch informiert und informierte den damaligen Bundesminister am 13.03.2020, 17:51 Uhr.

In der Folge, so berichtet der Logistiker der BeschA, beharrte das BMG darauf, dass ausschließlich der vom BMG ausgewählte Logistiker [redacted] im Bereich Lager- und Verteillogistik beauftragt werden sollte. Das BeschA lehnte jedoch die nachträgliche vertragliche Fixierung der bereits durch BMG getroffenen Auswahl und die vereinbarten Konditionen ab.[101] Vielmehr wurde angeboten, die [redacted] im Rahmen der beabsichtigten Ausschreibung neben den in Frage kommenden Logistikunternehmen [redacted] und [redacted] zu berücksichtigen.

Nachdem auf der Ebene der Leitung BeschA aus Sicht des BMG AL [redacted] kein Entgegenkommen erreichbar erschien, kontaktierte er den Abteilungsleiter [redacted] des BMI, welcher fachaufsichtlich für das BeschA zuständig war, und „bittet händeringend, die [redacted] als Logistiker zu beauftragen".[102] Im Zuge eines Gesprächs zwischen BMG AL [redacted] und der damaligen Leiterin des BeschA am 17.03.2020 informiert das BMI [redacted] vorsorglich den im BMI zuständigen Staatssekretär sowie den Krisenstab im BMI über die durch AL [redacted] des BMG gegenüber der Leiterin des BeschA getroffene Ankündigung, hinsichtlich der Ablehnung des BeschA den damaligen Gesundheitsminister informieren und auch im Krisenstab auf einen geänderten Beschlussvorschlag hinwirken zu wollen. In diesem Zusammenhang wurde die Leitung des BMI durch das BeschA darüber informiert, dass unter Hochdruck mit den [redacted] und [redacted] verhandelt werde und fügt die Erwägungen der BeschA für eine Beauftragung beider Firmen zudem zur Kenntnis bei.[103] Die Unterabteilungsleiterin [redacted] im BMI entwarf in diesem Sinne eine entsprechenden Beschlussvorschlag für den gemeinsamen COVID19-Krisenstab[104].

Im Zuge eines Telefonates zwischen dem AL [redacted] des BMG und AL [redacted] im BMI wurde am 18.03.2020 u.a. vereinbart, dass das BMI die Verteilung der 15 % gelieferten PSA an die Bundesverwaltung mit einem durch BMI auszuwählenden Logistiker übernehmen werde. Weiter heißt es in der

100 [redacted]
101 Gedächtnisprotokoll des BeschA [redacted] an BRH vom 23.09.2021
102 [redacted]
103 [redacted]
104 [redacted]

entsprechenden Informationsmail der Unterabteilungsleiterin im BMI: „die 85 % der gelieferten Schutzausrüstungen für die Gesundheitsbranche verteilt BMG durch einen von BMG ausgewählten Dienstleister. Damit hat das BMI nichts zu tun." Die Informationsmail an diverse Referate im BMI schließt mit den Worten „Bitte nehmen Sie zur Kenntnis, dass es sich bei diesen Vorgehen insgesamt um eine politische Entscheidung handelt, die ich Sie hiermit bitte umzusetzen."[105] Die wesentlichen Aspekte, insbesondere die zentrale Belieferung aller zu beschaffenden Waren der Beschaffungsbehörden, wurden durch den damaligen AL des BMI nochmals per Mail vom 26.03.2020 an den AL des BMG zusammen gefasst.

Zu einem späteren inoffiziellen Termin zwischen den Staatssekretären [redacted] (BMI); [redacted] (BMVg) und [redacted] (BMG) am 24. 03. 2020 wird zudem erneut das BMG über die Risiken der zwischenzeitlich beauftragten [redacted] „auf der letzten Meile" durch BMI hingewiesen.[106] Ferner wird deutlich gemacht, dass die anderen Ressorts die Vorbehalte des BMG gegen die Leistungsfähigkeit der Beschaffungsämter des Bundes nicht teilen.

Die Vergabe und Vertragsunterzeichnung zu zwei Angeboten der [redacted] vom 14.03.2020 und 24.03.2020 erfolgte laut nachträglich gefertigtem Vergabevermerk am 25.03.2020 durch den AL im BMG. Darin umfasst waren Beschaffungstransporte PSA aus China und Europa, Lager-, Umschlags- und Distributionsdienstleistungen in Deutschland.[107]

Die Vergabe an die [redacted] erfolgte demnach gem. §§ 119 (5) GWB, 14 (4) VgV im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb. Neben der Beauftragung als zentraler Logistiker für die Vereinnahmung, Lagerung und Distribution der beschafften PSA wurde gleichzeitig die [redacted] mit der Beschaffung von PSA im Auftrag des BMG beauftragt.

Der geschlossene Vertrag umfasste demnach:

1. Beschaffungstransporte von PSA und weiteren Produkten aus China zum Zentrallager in Deutschland
2. Beschaffungstransporte von PSA und weiteren Produkten aus Europa und Deutschland zum Zentrallager in Deutschland
3. Lager-, Umschlags- und Distributionsdienstleistungen in Deutschland

[redacted]

4. Einkaufsdienstleistungen in CHINA

Der geschätzte Auftragswert belief sich laut Vergabevermerk auf mindestens, je nach tatsächlichen Einzelvorfällen, bis zu

a) 52,316 Mio EUR für Logistikdienstleistungen und
b) 1,439 Mrd EUR für eigene Einkaufsdienstleistungen.

Im Rahmen eines Gesprächs mit der Sachverständigen, Beraterin und anderen Mitarbeitenden des BMG erklärte der AL [redacted] am 10.09.2024, dass der entsprechende Vergabevermerk – wie auch die Vergabevermerke für alle übrigen Vergaben – nachträglich im Dezember 2020 durch den Betriebsführer erstellt und von ihm gezeichnet wurden. Aus Versehen habe er den Vergabevermerk für die Beauftragung der [redacted] mit Datum Dezember 2020 gezeichnet. Jedoch hätte er kurze Zeit später sein Versehen bemerkt und zeichnete einen neuen Ausdruck des Vermerkes, mit „Im Auftrag", dattert auf den 06.04.2020, da dies seines Erachtens zeitlich näher am Vertragsschluss läge und daher richtiger erschiene. Dieser Vermerk wurde sodann im Rahmen einer IFG Anfrage dem fragestellenden Journalisten der ZEIT zur Verfügung gestellt.[108]

In diesem, Monate später erstellten, Auswahlvermerk wurde als ein Auswahlkriterium zugunsten der [redacted] festgehalten, dass man einen Partner gesucht hätte, „der bei der Beschaffung von Waren in der Volksrepublik China unterstützen kann (Steuerung der Lieferanten in China, Abholung ab Werk des Lieferanten, Zahlungsabwicklungen)."[109] Weiter wird ausgeführt, dass „bereits im Vorfeld Gespräche mit in Betracht kommenden Logistikdienstleistern geführt (u.a. [redacted] [wurden]. Die Entscheidung sei daraufhin auf den Logistikdienstleister [redacted] gefallen, da dieser bereits im Februar 2020 ein speziell auf Gesundheitsgüter zugeschnittenes Logistikkonzept erarbeitet und veröffentlicht hatte."[110]

Der AL [redacted] im BMG erklärte die Beauftragung der [redacted] durch BMG, also abweichend vom Logistikkonzept und Beschluss des gemeinsamen Krisenstabes, schriftlich am 10.10.2024 wie folgt:

[108] Vgl. Fritz Zimmermann, Die Zeit v. 04.07.2024, S. 3.
[109] [redacted]
[110] [redacted]

Zum Einem sei der Kontakt zur [redacted] durch den damaligen Gesundheitsminister zur Verfügung gestellt worden, nachdem dieser vergeblich versucht gehabt habe, Ansprechpersonen bei [redacted] bzw. [redacted] zu erreichen. Zum anderen hätte er allein [redacted] dazu bringen können, im Rahmen der kurzfristig durch das BMG selbst zu beschaffende PSA in den entsprechenden Verträgen eine einzige konkrete Lieferadresse zu nennen. [redacted] und [redacted] seien dazu nicht bereit gewesen. Des Weiteren sei die Beauftragung als Dringlichkeitsvergabe durch den Beschluss des Krisenstabes vom 12.03.2020 beschlossen worden. Und zudem erfolgte die Beauftragung aus seiner Erinnerung, weil das BeschA über keinen Rahmenvertrag mit der [redacted] verfügt habe und die entsprechenden Haushaltsmittel dem Kapitel 1503 zugewiesen gewesen seien. Zudem sei „der Kontakt mit und die Steuerung von [redacted] direkt über das BMG/den Betriebsführer erfolgt".[111]

Die vorliegenden Unterlagen aus dem Krisenstab und dem BMI belegen weder die unmittelbaren Angaben des AL [redacted] noch die (im Nachhinein) entwickelte Begründung des Vergabevermerkes für die Beauftragung der [redacted]. Diese hatte zwar am 28.02.2020 ein Logistikkonzept für Medizinprodukte angekündigt, also am selben Tag, an dem auch der Krisenstab die Beschaffung einschließlich der erforderlichen Logistikkapazitäten beschlossen hatte. Dieses Logistik-Konzept wurde tatsächlich erstmals am 04.03.2020 verteilt[112]. Es sind deshalb Zweifel angebracht, ob es um ein bewährtes und erprobtes Konzept handeln konnte. Der damalige Bundesminister erinnert sich in einem Interview aus 2021 mit dem Spiegel, dass er „(...) an einem Sonntagmorgen im März vergangenen Jahres (...) angefangen [ich] habe, selbst zum Telefonhörer zu greifen. (...) Und ich habe mit den Chefs von [redacted] und [redacted] gesprochen, damit die Luftbrücke für den Maskentransport wieder steht"[113].

Davon abgesehen lag die Logistikaufgabe aus guten Gründen in der Ressortzuständigkeit des BMI, das – anders als das BMG – über den entsprechenden Arbeitsmuskel, d.h. Sachkompetenz, Leistungsfähigkeit und bestehende Fach- und Branchenkenntnisse verfügte und deshalb schnelle und enge Kontakte zum Logistiksektor in kürzester Zeit herstellen konnte. Avers hierzu legt der (rückdatierte, s.o.) Vergabevermerk des BMG dar, dass die

[111] [redacted]

[112] [redacted]

[113] DER SPIEGEL, „Es funktioniert besser mit jemandem, den man kennt", Interview Jens Spahn mit Melanie Amann und Gerald Traufetter, Ausgabe 13/2021 vom 26.03.2021.

Beauftragung der [redacted] einvernehmlich durch die Bundesregierung und damit auch in Abstimmung mit dem BMI erfolgt sei.

Aus dem Krisenstab und den regelmäßigen Abstimmungen war bekannt, dass die drei beteiligten Beschaffungsbehörden des Bundes entsprechend drei Lagerstätten für deren jeweilige Lieferungen vorhielten. Abstimmungen hierzu hatten bereits ab 03.03.2020 zwischen dem BMVg und BMI begonnen.[114] Diese bekannte Logistikstruktur hätte das BMG für seine Direktbeschaffungen mitnutzen und insbesondere die Lieferadressen „auf dem kurzen Dienstweg" in Erfahrung bringen können.

In den vorliegenden Unterlagen gibt es keinen Hinweis darauf, dass vor der Vergabe im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb an [redacted] eine Markterkundung durchgeführt worden wäre. Das BeschA hingegen hatte mittels Markterkundung als für das in Rede stehende Unterfangen als einzig leistungsfähige Logistiker die arbeitsteilige Beauftragung der mit Abstand größten Unternehmen der Branche, der [redacted] und [redacted] identifiziert.

Auch das Kompromissangebot des BeschA, die [redacted] bei der Wettbewerbsvergabe im Sinne des von der Bundesregierung beschlossenen Logistikkonzeptes mit zu berücksichtigen, lehnte das BMG – ohne Angabe von Gründen – ebenso ab wie eine übergangsweise Dringlichkeitsbeauftragung für vier Wochen durch das BeschA, bis zur langfristigen Beauftragung mittels ordnungsgemäßem Vergabeverfahren.

Damit entschied der damalige Bundesminister, dass, ungeachtet der tatsächlichen und vergaberechtlich stets zu prüfenden Leistungsfähigkeit, ein Logistikunternehmen abseits des erarbeiteten Logistikkonzepts beauftragt wird. Dies geschah, nachdem das zuständige Bundesressort BMI es abgelehnt hatte, die Verantwortung hierfür zu übernehmen. Auch die durch das BMI aufgezeigten Lösungsvorschläge (übergangsweise Dringlichkeitsbeauftragung der Firma [redacted] und Mitberücksichtigung bei späterer Ausschreibung) nahm das BMG nicht in Anspruch. In einem 2021 durch den SPIEGEL geführten Interview gibt der damalige Minister allgemein an, dass „[er] in dieser Zeit feststellen [musste], dass es wesentlich besser

[114] Ergebnisprotokoll Sitzung COVID-19 Krisenstab im BMG vom 03.03.2020, Az.: I8P-51000/7#3, Ziff. 4.3, S. 3 und vom 05.03.2020, Ziff. 4.1, S.2.

funktioniert, wenn das Angebot von jemandem kommt, den man kennt und einschätzen kann".[115]

In der Folge zeigte sich, dass die Einschätzung des hinsichtlich Logistik erfahrenen BeschA zutraf und die Komplexität und die Umfänge nicht durch die [redacted] abgebildet werden konnten. Die Beauftragung für die Lagerung und Verteilung der durch das BMG bis dahin selbst beschafften PSA wäre in diesem Zusammenhang vielleicht noch handhabbar gewesen. Jedoch löste die Entscheidung des damaligen Bundesministers, zusätzlich noch das sog. Open-House-Verfahren durchzuführen, eine Lieferflut aus, die nicht mehr handhabbar war. Gleichzeitig erging an alle Beschaffungsämter die Weisung, zusätzlich noch deren eigene Lieferungen an die [redacted] in [redacted] zu richten. All das führte zum vollständigen Kollaps der Logistikketten und löste diverse Folgeprobleme aus, die teilweise bis heute anhalten.

Bereits mit den Avisierungsterminen aus dem Open-House Verfahren (OHV) bis 27.04.2020 unter der Maßgabe, dass die Aufnahmefähigkeit des Bundes zum 30.04.2020 gewährleistet sein müsse („absolutes Fixgeschäft"), kam es zu ersten Problemen und Beschwerden durch die Lieferanten. Auch die Lieferanten des BeschA, des BAAINBw und der GZD beschwerten sich zunehmend, weil etwa die Lieferungen nicht angenommen werden konnten oder selbst Gefahrgutlieferungen auf offener Straße auf eine Annahme warten mussten.

Daher wurde bereits am 08.04.2020 der Kontakt mit einem weiteren Logistiker [redacted] gesucht, welcher bei der Bewältigung der logistischen Aufgaben helfen sollte. Die entsprechende Einbindung sei nach Angaben des AL [redacted] durch den unterdessen „damals gerade rekrutierten Betriebsführer [redacted] ausgeplant" worden. Die „Zusammenarbeit wurde in einer TelKo ... am Samstagvormittag 18.04.2020" finalisiert.[116] Die Beauftragung erfolgte mit Zeichnung des Rahmenvertrages am 08.05.2020, wobei damit „die gemäß Ziffer 1.1.1 zwischen den Parteien seit dem 20.04.2020 gelebte Vertragspraxis" bestätigt[117] worden sei.

---

[115] DER SPIEGEL. „Es funktioniert besser mit jemandem, den man kennt", Interview Jens Spahn mit Melanie Amann und Gerald Traufetter, Ausgabe 13/2021 vom 26.03.2021. Weiter führt der BM aus, dass „Folge (...) ein angesehenes westfälisches Familienunternehmen in der Gesundheitslogistik [sei], das ich als solches gut kenne." Auf den Hinweis des Spiegel, dass die Inhaber im CDU-Wirtschaftsrat aktiv seien, antwortet er: „Die hätten auch alle bei der Linkspartei sein können, und wir hätten sie damals ausgewählt".

[116] [redacted]

[117] [redacted]

Eine weitere Beauftragung folgte durch Unterzeichnung eines Vertrages mit der [redacted] am 01.09.2020 mit einem rückwirkenden Vertragsbeginn zum 01.07.2020.[118]

Insbesondere die Situation der Annahmefähigkeit der [redacted] kolfabierte nach vorliegendem Schriftverkehr Anfang Mai 2020. So bemängelt das BoschA die Annahmeverweigerung von Desinfektionsmitteln durch die [redacted] mit einer Mail vom 06.05.2020 u.a. wie folgt, „...unsere Auftragnehmer haben uns gestern erneut Probleme bei der Anlieferung von Desinfektionsmitteln angezeigt (..) Seitens der [redacted] ist mitgeteilt worden, dass aktuell nur Kapazitäten für 4 LKW zur Verfügung stehen. (...) Für weitere Lieferungen für die Annahme von Gefahrgütern komplett abgelehnt. (...) Ausgehend von Ihren Mails von Samstag, 17:38 h, und gestern, 11:37 h, war ich davon ausgegangen, dass [redacted] für die Anlifer-Problematik eine Lösung gefunden hat. Nun hapert es offenbar doch an der Umsetzung. Das ist nicht nur für den Bund u. a. aufgrund der zu erwartenden Mehrkosten negativ, sondern schadet auch dem Ruf von [redacted] Das Ausliefer-Problem mit den IBC ist mir bekannt. Ich akzeptiere allerdings nicht, dass dessen „Lösung" („wir nehmen nichts mehr an") zulasten unserer Auftragnehmer und des Bundes erfolgt. Ich bitte dringendst um Abhilfe!".[119] Bereits um 9:57 Uhr antwortet der Verantwortliche der [redacted] u.a: „(...) Daher nochmals zur Klarstellung, wir haben vor dem Hintergrund des Nicht-Abflusses der IBCs in [redacted] (bis Donnerstag) proaktiv eine Lösung konzeptioniert, dass in [redacted] und in [redacted] IBCs gepuffert werden können und ab Mittwoch in [redacted] wieder gewohnt 5 bis 20 Liter Gebinde angenommen & direkt umgeschlagen werden können, d.h. direkt an die Kassenärztliche Vereinigungen und Länder weiterverschickt werden können. Doch nun kommt erschwerend hinzu, dass keine Lieferungen von Desinfektionsmittel mehr von den Empfängern angenommen werden können - der Markt schein gesättigt!" und weiter wird ausgeführt, „Unsere Lösungsvorschläge sind erschöpft, wir haben unsere Kapazitäten für Gefahrgut in der [redacted] vollends (& weit über einen vertraglichen Rahmen) ausgeschöpft! Deshalb bitte ich Sie dringend davon abzusehen, von einer „Rufschädigung" für [redacted] zu sprechen!"[120] Das BMI informiert daraufhin das BMG über die Zustände und den drohenden Produktionsstopp mit erheblichen finanziellen Risiken für den Bund und ersucht das BMG daher (08.05.2020) „für Lagerung und Logistik eine ab Freitag funktionierende, tragfähige Lösung aufzubauen". Weiter wird durch

[118] [redacted]
[119] [redacted]
[120] [redacted]

das BMI angekündigt, dass das BeschA selbst prüft, ob es Lagerkapazitäten bis Freitag anmieten könne bis die [redacted] wieder annehmen kann.[121] Am Ende gelang es dem BeschA bis Ende der Woche, entsprechende Lagerkapazitäten anderweitig anzumieten.[122]

Anschließend musste das Lager der [redacted] durch das BeschA bis 30.09.2020 vom dort gelagerten Desinfektionsmittel beräumt werden, was nicht die [redacted] umsetzte, sondern ein anderes Unternehmen, das in einer durch das BeschA durchgeführten Markterkundung deutlich günstiger angeboten hatte.

[121] [redacted]
[122] [redacted]

IV. Logistik-Sourcing durch die [redacted]

Nach ersten Überlegungen aus dem März 2020 zur Nutzung internationaler Netzwerke von großen deutschen Unternehmen zur PSA-Beschaffung, gab in diesem Zusammenhang auch die bereits als Logistiker tätige [redacted] hierzu entsprechend ein Angebot zum 24.03.2020 ab, welches laut Übersicht des Betriebsführers am 31.03.2020 in einem Rahmenvertrag vereinbart wurde.[123]

Es folgten demnach am 01.04., 14.04. und April 2020 weitere Nachträge zum Rahmenvertrag. Im ersten Nachtrag vom 02.04.2020 wurden die Maximalpreise (3,05 EUR für FFP2 Masken und 0,53 EUR für OP-Masken) erhöht. In einem dritten Nachtrag wurde etwa die „Aufnahme des „Open-House-Überlaufs und weiteren Einzelaufträgen" vereinbart. Dieser Rahmenvertrag wurde demnach am 05.05.2020, nach entsprechendem Beschluss des Bundeskabinetts, gekündigt.[124] Gleichwohl finden sich in den vom Betriebsführer erstellten Übersichten auch Verträge nach dem 05.05.2020 mit vier Unternehmen im Wert von über 43 Mio. EUR, deren Bedarfe und Grundlage angesichts der vorliegenden Unterlagen fraglich bleiben.[125]

Im Rahmen einer Kommunikation zwischen dem Eigentümer der [redacted] dem damaligen Bundesminister und dem AL [redacted] wird deutlich, wie angespannt die Liefersituation Ende März 2020 wahrgenommen wurde. Der Bundesminister schreibt darin an den AL [redacted] und Inhaber der [redacted] „Der Druck beim Thema PSA und Transparenz wächst. Können wir jeden Abend (oder jeden Morgen) eine Übersicht an Länder und BMF/BKAmt verschicken, wieviel jeweils ausgeliefert wurde (...) und wie das Volumen der geschlossenen Verträge bis April oder Ende Mai ist?"[126]

Daraufhin informiert AL [redacted] den Verteilerkreis „Chef, vor zehn Minuten hat mich [redacted] informiert, daß uns Amerikaner eine bereits bezahlte Lieferung (1,5 Mio. Masken/10 Mio $) abgegriffen haben. Ich habe darauf jetzt auch nur die Antwort, daß wir bei dem zuverlässigen

[123] [redacted] Timeline „Meilensteine in der Zusammenarbeit zwischen dem BMG und [redacted] vom 08.10.2020.
[124] [redacted] Timeline „Meilensteine in der Zusammenarbeit zwischen dem BMG und [redacted] vom 08.10.2020. Dem BRH Bericht von 2021 ist hierzu auf S. 9 zu entnehmen: „Es erweiterte und verlängerte einige Rahmenvereinbarungen und traf Sonderregelungen zum Ankauf zusätzlicher Ware, etwa von Anbietern, die erklärten, die Lieferfristen im Open-House-Verfahren nicht einhalten zu können, und daher neue Verträge im Rahmen des Logistiksourcing abschlossen."
[125] [redacted]
[126] [redacted]

Anbieter [redacted] jetzt einen Kampfpreis bieten und auch [redacted] und den Firmen über 5 € erlauben. Sofort."[127] Diese Mail beantwortet der damalige BM innerhalb von 2 Minuten mit „Ja!!"[128]

Daraufhin erläutert der Inhaber der [redacted] dem Empfängerkreis die Hintergründe zu der durch Dritte abgekauften Lieferung wie folgt: „(...) das Problem bei diesem Lieferanten ist (mal wieder), dass der Kaufvertrag mit einem Zwischenhändler geschlossen wurde, der nicht selber herstellt. Die Vorkasse hat der Zwischenhändler nicht an den Hersteller weitergegeben, daher ist die Lieferung durch die Amis weggekauft worden. Der Zwischenhändler versucht jetzt, die Ware bei einem anderen Händler zu kaufen." Zudem stellt er den neuen Ansatz seiner Fa. [redacted] vor: „unser neues Konzept sieht vor, dass wir DIREKT mit den Herstellern Verträge schließen und die Zwischenhändler erst bei Lieferung mit einer kleinen Provision bezahlen. Das ganze verteilt auf 5-8 Lieferanten, die wir vorgeprüft haben. (...) Damit bekommen wir (...) zusätzlich viel geringere Preise!! (FFP2 unter 2,95 EUR!!)"[129]

So notierte der BRH in seinem Bericht von 2021: „(...) neben der Durchführung von Lager- und Transportleistungen auch Schutzmasken zu beschaffen, und zwar vorzugsweise auf dem chinesischen Markt (Logistik-Sourcing). Ein entsprechender Rahmenvertrag sah eine Abnahmegarantie des BMG für PfH und MNS vor. Am 2. April 2020 wurden die zu beschaffenden Höchstmengen auf 350 Mio. PfH und 700 Mio. MNS festgelegt. Nach den vorgegebenen Höchstpreisen ergab sich aus dieser Vereinbarung ein **mögliches Verpflichtungsvolumen** zu Lasten des Bundeshaushalts **von mehr als 1,4 Mrd. Euro.**"[130]

Wie bereits zuvor angemerkt, lässt sich diese Beauftragung in Kenntnis der parallelen Beauftragung international aufgestellter Deutscher Großunternehmen und deren Netzwerke im Unternehmensnetzwerk (und diverser weiterer Aktivitäten) gemessen am tatsächlichen Bedarf nicht schlüssig nachvollziehen. Weder bestand ein zusätzlicher Bedarf an den am 02.04.2020 festgelegten Mengen, noch ist das Verpflichtungsvolumen schlüssig. Auch entsprechend konkret zugewiesene Haushaltsmittel und Verpflichtungsermächtigungen können nicht nachvollzogen werden.

---

127 [redacted].

128 [redacted].

129 [redacted]

130 BRH Bericht nach § 88 Abs. 2 BHO über die Prüfung der zentralen Beschaffung von persönlicher Schutzausrüstung für das Gesundheitswesen, 16.06.2021, S. 18.

„Dem BMG war bekannt, dass weder der Logistikanbieter noch die Partner im Unternehmensnetzwerk über eigene Expertise bezüglich der Herstellung oder Qualitätsprüfung für PSA verfügten und keine besonderen Zulassungen oder Lizenzen für den Import oder den Handel mit diesen Waren besaßen. Es stellte daher die privaten Beschaffungspartner von sämtlichen Pflichten aus der Gewährleistung und Produkthaftung für die im Auftrag oder namens des Bundes gekaufte Ware frei. Ansprüche aus den Liefervereinbarungen, etwa nach Mängelrügen oder Minderleistungen, gingen auf den Bund über und waren vom BMG in eigener Rechtswahrnehmung zu verfolgen."[191]

Dies wird auch durch die zuvor wiedergegebene Kommunikation zwischen dem damaligen Bundesminister, dem Inhaber der [redacted] und dem AL [redacted] erkennbar. Die fehlenden Erfahrungen des BMG im Einkaufsgeschäft führten de facto zu verschiedenen experimentellen Ansätzen in der Krise.

Diese Thematik bindet bis heute massive Kapazitäten des Bundes. So sind zahlreiche sog. Schiedsgerichtsverfahren in China aus Streitigkeiten zu Lieferungen aus dem Logistik-Sourcing anhängig:

Es handelt sich nach hiesiger Kenntnis um derzeit elf Schiedsverfahren, die aktuell vor Schiedsgerichten in China verhandelt werden; zwei weitere könnten noch hinzukommen. Das Volumen beträgt derzeit ca. 193 Mio. EUR. Es handelt sich um Rückforderungen, weil die Verträge seinerzeit gegen Vorkasse des Bundes eingegangen wurden. Darüber hinaus erhofft man sich den Ersatz von 10 Mio. EUR etwa für Anwaltskosten, Gutachten und weiter vorzuhaltende Lagerkapazitäten. Die weiteren zwei Schiedsverfahren werden durch die auch im Übrigen mandatierte und auf chinesisches Recht spezialisierte Kanzlei [redacted] visiert und dem BMG angeraten.

Gegenstand der anhängigen Schiedsverfahren in China sind ca. 132 Mio. mangelhafte Masken und diesbezügliche Kaufpreis-Rückforderungen der [redacted] Die Ansprüche können wegen eines Abtretungsverbots nicht direkt durch den Bund selbst verfolgt werden. Das einschlägige Schiedsstatut basiert auf den Regeln der China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC) und ist sowohl zeit- als auch aufwandsintensiv. Hierfür fallen derzeit Anwaltskosten für die mandatierte Kanzlei [redacted] an und Lagerhaltungskosten, welche für die

[191] BRH Bericht nach § 88 Abs. 2 BHO über die Prüfung der zentralen Beschaffung von persönlicher Schutzausrüstung für das Gesundheitswesen, 16.06.2021, S. 11.

Dauer und bis zur endgültigen Klärung weiter erforderlich bleiben werden. Die streitgegenständliche PSA befindet sich in Deutschland. Hinzu kommen Kosten für zahlreiche Gutachten eines Sachverständigen der THW Aachen und 598 Laborprüfungen von 31.000 Masken.

Die Besonderheit liegt darin, dass aufgrund des erwähnten Abtretungsverbotes die [redacted] die diese Verträge im Rahmen des Logistik-Sourcing geschlossen hat, aktiv legitimiert bleibt und alle relevanten Prozesshandlungen, z.B. die Mandatierung einer Anwaltskanzlei, weiterhin selbst (jedoch im wirtschaftlichen Interesse des Bundes) durchführen muss.

Die Einzelheiten zu der Position und den Rechten des BMG und die Frage, ob dies z.B. auch Gegenstand etwa mit Flege geschlossener Vergleiche oder sonstiger Absprachen ist, bleibt zu klären. Hinsichtlich der bisher bekannten rechtlichen Details zu den laufenden Schiedsverfahren wird auf das Kapitel Schiedsverfahren verwiesen.

V. Das Open-House-Verfahren

Aufgrund der hohen Divergenz zwischen kontrahierten und tatsächlich gelieferten Mengen aus den Verträgen der beauftragten Beschaffungsbehörden und auch des BMG selbst, traf der damalige Bundesminister die Entscheidung, ein Open-House Verfahren durchzuführen. So ist dem für sachverständige Beraterin gefertigten Vermerk vom 19.09.2024 folgende ex post Lagebeschreibung zu entnehmen: „Die Versorgung mit und Versorgungsprognose zu Corona-Schutzausstattung (insbesondere Partikelfiltrierende Halbmasken, OP-Masken) waren trotz der seit dem 9. März 2020 laufenden Beschaffungsmaßnahmen des BMG ab der Woche vom 16. März besorgniserregend und gaben Anlass zu sofortigen Verbesserungsmaßnahmen."[132]

Das Open-House-Verfahren ist ein außerhalb des kartellrechtlichen Vergaberechts praktiziertes Zulassungsverfahren. Es wird vornehmlich durch Krankenkassen bei sog. Rabattverträgen eingesetzt, wobei Abnahmemenge und konkrete Firma dann jeweils in den Apotheken auf Basis des vorliegenden ärztlichen Attestes erfolgt (also bedarfsgerecht). Es konnte bisher nicht geklärt werden, warum die Entscheidung für ein OH-Verfahren zur Beschaffung von PSA im März 2020 fiel. Dem Vermerk des BMG [redacted] vom 19.09.2024 ist zu entnehmen, dass „das BMG (...) im Rahmen des Vorhabens „Zukunftsregion Digitale Gesundheit" (ZDG) mehrere Open-House-Verfahren durchgeführt [hätte], die eine mengenmäßige Beschränkung enthielten. Auch diese Open-House-Verfahren wurden bereits durch die Kanzlei [redacted] konzipiert und begleitet". Weiter wird ausgeführt, dass das Ziel des Open-House-Verfahrens gewesen sei, einen Anreiz zu setzen, möglichst schnell und zuverlässig zu den vorgegebenen Preisen zu liefern. „Gleichzeitig sollten auch bisher unerkannte und insbesondere innereuropäische Marktakteure erreicht und Zahlungen per Vorkasse vermieden werden."[133]

Auf Entscheidung des Bundesministers wurde die Kanzlei [redacted] durch AL [redacted] mit Mail vom 22. 03. 2020, 11:58 Uhr, mit der Prüfung folgenden Anliegens beauftragt:

„Herr Minister Spahn ist in cc. Ich skizziere die angedachte Lösung: Open house-Modell für den Produkttyp FFP2-Schutzmasken und 3ply (Mund-Nasen-Schutz-Masken/Op-Masken);

[redacted]

[redacted]

Kontrahierungszwang des Bundes bei Erfüllung der Bedingung: Anlieferung der Ware im Zentrallager unseres Logistikers [redacted] in [redacted] Möglichkeit der Mengen- oder Zeitlimitierung. Vergaberechtlich möglich wegen Gleichbehandlung aller Beteiligter. Veröffentlichung BMG-Homepage, Amtsblatt EU, BeschA-Plattform."[134]

Das daraufhin erstellte und am 22.03.2020, 20:12 Uhr, an das BMG übersandt Memorandum der Kanzlei [redacted] enthält neben Ausführungen zum Open-House-Verfahren explizit auch noch einmal einen Verweis auf die sog. Dringlichkeitsvergaben. Zudem wird etwa beim Zulassungskriterium „Lieferfähigkeit" ausgeführt, dass „der Vertrag allerdings erst mit denjenigen Unternehmen geschlossen werde, welche die Atemschutzmasken auch tatsächlich anliefern. Vor Aufnahme in das Vertragssystem muss daher eine Prüfung seitens des Auftraggebers erfolgen, ob die Bedingungen erfüllt sind. Hiermit sei ein nicht unerheblicher logistischer Aufwand verbunden, da der Vertragsschluss dann vor Ort vollzogen werden müsste."[135] Daher wurde in eben diesem Memorandum empfohlen, das Open-House-Modell so auszugestalten, dass „sich die Zulassungskriterien auf die bloße Akzeptanz der aufgestellten Vertragsbedingungen beschränken. Der Abschluss des Vertrages muss sodann mit allen Lieferanten erfolgen, die die aufgestellten Bedingungen erfüllen."[136]

Daraufhin wurde [redacted] gebeten, die Teilnahmeunterlagen und den Bekanntmachungstext für das Open-House-Verfahren zu fertigen. Eine erste Version wird mit Mail vom 24.03.2020 übersandt und enthält a) die Aufforderung zur Angebotsabgabe, b) die Teilnahmebedingungen OHV, c) die Leistungsbeschreibung auf Basis des Musters der Abt. [redacted], d) einen Mustervertragstext, e) das Angebotsformular sowie f) ein Hinweisblatt zum Datenschutz.[137] Am 23.03.2020 fand dann innerhalb der Leitung BMG unter Teilnahme AL [redacted] und AL [redacted] eine Telefonkonferenz zum Thema Open-House-Verfahren statt. In der entsprechenden Vorbereitung des AL [redacted] findet sich eine durch das Fachreferat seiner Abteilung befüllte Tabelle mit Beschreibungen der relevanten Produktgruppen (Art Leistungsbeschreibung) Schutzbrillen, FFP2 Masken, OP-Masken, Schutzkittel und Einmalhandschuhe. Hierin enthalten nicht nur die zugelassenen Normen bzw. Standards,

---

134 [redacted]

135 [redacted]

136 [redacted]

137 [redacted]

sondern auch die Einkaufspreise (netto) vor Corona als auch durchschnittlich aktuell vom Stand 17.03.2020. Hintergrund war, dass die für die Länder beschafften PSA-Produkte von diesen ja anteilig erstattet werden sollten und die hierfür zuständige Abteilung gemäß den kostenrechtlichen Vorgaben präzise die Preise zu ermitteln suchte, welche die Länder dann zu erstatten hätten.[138]

Die vorliegenden Unterlagen ergeben zur Preisfestlegung im Open-House-Verfahren für FFP2 oder vergleichbare Masken folgendes Bild:

Der Durchschnittspreis für FFP2 betrug durchschnittlich 2,83 EUR (netto). Die Abteilung [redacted] (Fachebene) wollte den Ländern einen Abgabepreis von 2,50 EUR (netto) je Maske anbieten. Der AL [redacted] schlug wiederum nach eigenen Auskünften am 23.03.2020 dem AL [redacted] mit Blick auf den Durchschnittspreis einen Stückpreis von 2,90 EUR (netto) vor in der Annahme, dass dieser ja überdurchschnittliche Stückpreis attraktiv sein müsste.[139]

Am 23.03.2020 kontaktierte der AL [redacted] die für die Beschaffung zuständige Fachebene der Abteilung [redacted] und bat darum, den Preis für die FFP2 (o.vglb.) Masken auf 5,95 EUR brutto (also 5,00 EUR zzgl. 19 % USt.) zu korrigieren. Das geschah ad hoc, die angepasste Tabelle wurde mit Mail um 19:52 Uhr[140] übersandt, welche der AL [redacted] ebenfalls am 23.03.2020 via Mail um 20:44 Uhr an die Kanzlei [redacted] weiter leitete.

AL [redacted] informierte Rechtsanwalt [redacted] und Angehörige des BMG mit Mail vom 24.03.2020 ungeachtet dessen, dass er ja „dem Chef versprochen habe, morgen früh einen attraktiven Preis vorzuschlagen (3,00 EUR FFP2 sind ordentlich = 3,57 dann im Einkauf) und fährt fort: „(Da) wir ja viele Angebote haben möchten, würde ich jetzt erst einmal auf eine Laufzeit bis 30. April 2020 gehen".[141] Der AL [redacted] des BMG informierte dann am 25.03.2020 [redacted] und einige Angehörige der Abteilungen [redacted] und [redacted] sowie die für die GZD zuständige Abteilungsleiterin im BMF über die Ergebnisse seines Gespräches mit dem Bundesminister wie folgt: „Guten Morgen, nach Entscheidung des Ministers jetzt bitte wie folgt finalisieren: 4,50 EUR (netto) und bis 30.04.2020."[142] Die zwischenzeitliche Korrektur des Preises auf 3,00 EUR (netto) des

138 [redacted]
139 [redacted]
140 [redacted]
141 [redacted]
142 [redacted]

AL [redacted] am 24.03.2020 mit der oben genannten Mail, nachdem der Preis zuvor auf 5,00 EUR (netto) also 5,95 EUR (brutto) abgebildet worden war, lässt sich sinnhaft nicht nachvollziehen. Gleichwohl soll der damalige Minister den Stückpreis in Höhe von 4,50 EUR (netto) also 5,35 EUR (brutto) am 25.03.2020 morgens entschieden haben.

In dem für die sachverständige Beraterin erstellten Vermerk aus dem Referat [redacted] vom 19.09.2024 wird wiederholt, dass die im Open-House-Verfahren vorgegebenen Preise des Bundesministers „im Mittel der damals bekannten Marktpreise"[143] gelegen hätten. In einem dem SPIEGEL gegebenen Interview führt der damalige Minister aus, dass „wir uns gefragt [haben], ob unser Angebot von 4,50 Euro inklusive Anlieferung in Deutschland überhaupt genügend Lieferanten anziehen würde (...) Und dann ist das Unerwartete passiert: Wenige Wochen später machte China die Märkte wieder auf, und die Preise für Masken begannen zu purzeln"[144]. Der vorliegende Schriftverkehr aus der Abteilung [redacted] belegt diese ex-post Begründung für die Entscheidung des Bundesministers nicht, sondern hält ein deutlich niedrigeres Preisniveau fest.

[redacted] wurde, anders als in einem nachträglich für die sachverständige Beraterin gefertigten Vermerk vom 25.10.2024 dargestellt[145], bereits unter Zurverfügungstellung der Tabelle der Abt. [redacted] gebeten, Teilnahmeunterlagen und Bekanntmachungstext für das Open-House-Verfahren zu fertigen. Eine erste Version wird mit Mail vom 24.03.2020 übersandt und enthält a) die Aufforderung zur Angebotsabgabe, b) die Teilnahmebedingungen OHV, c) die Leistungsbeschreibung auf Basis des Musters der Abt. [redacted] d) einen Mustervertragstext, e) das Angebotsformular sowie f) ein Hinweisblatt zum Datenschutz wie auch einen Veröffentlichungstext.[146] Zunächst war u.a. das BAAINBw als veröffentlichte Stelle bzw. „Vergabestelle" wie es in der Aufforderung zur Angebotsabgabe der Kanzlei MWP zu entnehmen ist, genannt. Der AL [redacted] dankt hierfür mit Mail vom 24.03.2020, 21:02 Uhr, und bittet, seine dem damaligen Bundesminister allerdings noch vorzuschlagenden Preise mit aufzunehmen.

---

[143] [redacted]

[144] DER SPIEGEL „Es funktioniert besser mit jemandem, den man kennt", Interview Jens Spahn mit Melanie Amann und Gerald Traufetter, Ausgabe 13/2021 vom 26.03.2021.

[145] [redacted]

[146] [redacted]

Diese lediglich redaktionellen Änderungen wurden übernommen und durch die Kanzlei [redacted] mit Mail vom 25.03.2020, 14:43, Uhr an den AL [redacted] im BMG übersandt. Hierbei taucht erstmals die Generalzolldirektion (GZD) als umsetzende Beschaffungsbehörde des Bundes auf. Zudem weist die Kanzlei ausdrücklich darauf hin, dass „seitens des BMG bzw. Vergabestelle (...) grundsätzlich organisatorisch sichergestellt sein [muss], dass zeitnah ein Zuschlag auf eingegangene Angebote erteilt wird".[147] Hier bestand die Sorge, dass verspätete „Zuschläge" (eine für ein außerhalb des kartellrechtlichen Vergaberechts durchgeführtes Beschaffungsverfahren ohnehin nicht glückliche Formulierung aus dem Vergaberecht) den Lieferanten eine Exkulpation für die Möglichkeit einer nicht rechtzeitigen Lieferung dienen könnten. Präzisionsarbeit hinsichtlich Vertragsschluss und Annahmefähigkeit war im Vorfeld also ein Thema.

Nach Auskunft des BAAINBw habe das BMVg auf Basis der Beratung durch das BAAINBw die angedachte Durchführung des Open-House-Verfahrens insbesondere aufgrund der fehlenden Mengensteuerung, der fehlenden Regelungen zur Qualitätsprüfung als auch aus deren Sicht risikobehafteten Regelungen erfolgreich über den damaligen Sts [redacted] abgelehnt. Weniger erfolgreich, so wurde anekdotisch sowohl von damals im BAAINBw als auch des BeschA befassten Personen berichtet, konnte sich die GZD „wehren", die erst am 25.03.2020 gegen 9 Uhr, also dem Tag der Veröffentlichung, hierüber durch Erlass aus dem BMF informiert und angewiesen wurde, das OH-Verfahren durchzuführen. Hierzu schrieb der AL [redacted] die zuständige Abteilungsleiterin [redacted] im BMF wie folgt an: „..., ich brauche jetzt dringend Ihre Hilfe: Kontakt zum Zoll und Unterstützung bei einem Openthouse-Verfahren, dass wir heute beginnen. Bitte! Ich nehme Sie gleich in die Nachricht dazu rein und melde mich telefonisch im Laufe des Vormittags".[148] Die Abteilungsleiterin des BMF bestätigt die Unterstützung in Amtshilfe 24 Minuten später.[149]

Das Verfahren selbst war wie folgt konzipiert: Die Aufforderung zur Angebotsabgabe sollte zwar auf der digitalen Vergabeplattform der EU hochgeladen werden, Angebote sollten jedoch nur mittels einem zuvor bei der GZD anzufordernden Angebotsformular per Mail eingereicht werden dürfen. Das Vertragssystem würde mit der Veröffentlichung beginnen und mit Ablauf

147 [redacted]
148 [redacted]
149 [redacted]

des durch AL [redacted] vorgegebenen 30.04.2020 enden. Weiter wird in den Teilnahmebedingungen von [redacted] dargestellt, dass der Vertragsschluss mit allen Lieferanten erfolgen solle, welche die Vertragsbedingungen akzeptierten und dies durch ein vollständig ausgefülltes Angebotsformular und den Mustervertrag bestätigten. Zudem wird im von der Kanzlei [redacted] für das BMG erstellten Mustervertrag eine Zahlung binnen einer Woche nach erfolgter Lieferung und Eingang der Ware bei der [redacted] in Aussicht gestellt und es wurde ein Zahlungsvorbehalt bei mangelhafter oder nicht erfolgter Lieferung aufgenommen. Hinsichtlich der Mängelansprüche wird ins BGB (Kaufrecht) verwiesen und zudem wird eine zeitliche Regelung aufgenommen für Rüge-/Mängelanzeigen bei Mängeln, „die nach Ablieferung unter äußerlicher Begutachtung offen zutage treten".[150]

Nach der E-Mail des AL [redacted] vom 25.03.2020 an die für Zollangelegenheiten zuständige Referatsleiterin im BMF beauftragte diese sofort die GZD mittels Erlasses. Am selben Tag sollten die von der Kanzlei [redacted] erstellten Unterlagen veröffentlicht und nach dem konzipierten Prozess durch die GZD durchgeführt werden. Die damit betrauten Beamtinnen der GZD hatten von dem hier durchgeführten Open-House-Verfahren noch nie etwas gehört, geschweige denn zuvor damit zu tun. Für das Verfahren nannte BMG der GZD ein noch verfügbares Haushaltsvolumen in Höhe von 500 Mio. EUR.

Noch am 25.03.2020 abends wurden die seitens BMG zur Verfügung gestellten Unterlagen ohne Änderungen auf der entsprechenden EU Vergabeplattform hochgeladen und waren ab dem 27.03.2020 online[151]. In der ersten Veröffentlichung kam es aufgrund der genutzten IT-Oberfläche und des erheblichen zeitlichen Drucks einer taggleichen Umsetzung, so die GZD, zu Fehlern. So war etwa als Laufzeit des Zulassungsverfahrens der 30.06.2020 statt, wie angedacht, der 30.04.2020 hinterlegt. Zudem seien die Vergabeunterlagen abweichend vom vorgegebenen Prozess auch von der Plattform beziehbar gewesen.[152] Dieses Versehen wurde jedoch umgehend und transparent für alle Interessierten korrigiert, auf den EU Veröffentlichungsplattformen für Vergaben zum 01.04.2020 veröffentlicht und das BMG wurde am 27.03.2020 über die erfolgte Korrektur informiert[153]. Zudem erfolgten mehrfache Klarstellungen über die Veröffentlichungsplattform, so dass für alle Interessierten transparent

---

[150] [redacted]

[151] Bekanntmachungstext der EU Vergabeplattform, ABl./S S62 Nr. 2020/S 062-147548 vom 27.03.2020

[152] [redacted]

[153] Bekanntmachungstext der EU Vergabeplattform, ABl./S S65 Nr. 2020/S 065-15519 vom 01.04.2020

erkennbar war, wie der hier vom Regelverfahren abweichende Angebotsabgabeprozess (nicht digital, sondern via zuvor angeforderte Formulare per Mail) war.

Das entsprechende schriftliche Amtshilfeersuchen, auf dessen Grundlage die Beschäftigten der GZD im Auftrag des BMG tätig wurden, wurde erst auf Nachfrage des BMF am 26.03.2020 durch Sts [redacted] gestellt.[154] Ebenfalls erstellte BMG [redacted] einen einseitigen, nicht unterschriebenen, auf den 26.03.2020 datierten Vermerk zu den Hintergründen des Open-House-Verfahrens.

Unmittelbar nachdem die Veröffentlichung online war, wurde die GZD mit Nachfragen und Anfragen der Angebotsunterlagen überrannt. Das in der GZD ab dem 26.03.2020 extra für das Open-House-Verfahren eingerichtete Team hat nach eigenen Auskünften über Wochen 7 Tage gearbeitet, um die Anfragen und Angebotsflut zu bearbeiten. Die GZD informierte tagtäglich das BMG über die Angebotsmengen und den Stand hinsichtlich der hierfür vorgesehenen Haushaltsmittel.

Erst aufgrund der Nachfragen von interessierten Lieferanten zur Qualitätsprüfung der angebotenen Ware, der gewünschten Form von Zertifikaten oder auch zu Testprodukten zwecks Beprobung scheint die Thematik Qualitätsabnahme in den Fokus geraten zu sein. Ebenfalls, so berichteten die Beamtinnen der GZD, seien von Interessenten Zweifel über die Leistungsfähigkeit des Anlieferungsortes [redacted] aufgekommen. So hätte ein Anbieter etwa nachgefragt, ob in der GZD eine Idee davon bestünde, wie voluminös eine Antonow-Ladung sei und wie diese denn bitte in [redacted] dem Zentrallager und dem in den Vertragsunterlagen genannten Lieferort, angenommen werden solle. Diese Fragen seien durch die GZD an das BMG zur Beantwortung weitergeleitet worden.

Mit Blick auf die erkennbaren Probleme hinsichtlich der Abarbeitung durch die GZD, womöglich nicht auskömmlicher Haushaltsmittel und auch übergroßer Angebotsmengen wurde die GZD vom AL [redacted] des BMG am 30.03.2020, 11:04[155] Uhr gebeten, ab sofort keine Angebotsunterlagen mehr an interessierte Unternehmen zu versenden, so dass erst einmal die Frage nach Verkürzung oder Abbruchs des Verfahrens geklärt werden könne. Eine entsprechende Beauftragung erfolgte erneut an die Kanzlei [redacted]

154 [redacted]
155 [redacted]

Mit Mail vom 31.03.2020 adressiert die GZD zahlreiche Fragen an das BMG. U.a. stellt sie fest, dass dem BMG über die Meldung der vorliegenden Angebote ja u.a. wissen müsse, dass die GZD weiterhin mit Angeboten und Nachfragen überschüttet werde und daher auch mit Blick der unterdessen ausgeschöpften Haushaltsmittel eine zeitnahe Beendigung des Open-House Verfahrens vorschlage. Die GZD erinnerte zudem an die zugesagte Checkliste für die Auftragnehmer zum Lieferprozess und zur Qualitätsprüfung (z.B. Zertifikate); mahnte u.a. die notwendigen Unterlagen und Liefereingangsbestätigung durch die [redacted] für die Rechnungslegung an; bat um direkte Ansprechpersonen bei der [redacted] und wies darauf hin, dass in den Vertragsunterlagen die [redacted] als Rechnungsempfänger hinterlegt ist; d.h. nicht das BMG als Auftraggeber.[156]

Daraufhin fand zwischen der GZD, u.a. dem damaligen Direktionspräsidenten, und dem BMG mit u.a. dem damaligen UAL [redacted] eine Telefonkonferenz statt, deren wesentlichen Einigungen in einem Gesprächsvermerk dem BMG noch am gleichen Tag zur Verfügung gestellt wurden. Danach wurden folgende Punkte besprochen und Vorgehen vereinbart:

„Das BMG lässt derzeit die sofortige Aufhebung des Open-House-Verfahrens insbesondere im Hinblick auf ggf. entstehende Schadensersatzansprüche durch die Anwaltskanzlei [redacted] prüfen. Eine schriftliche Rückmeldung bzgl. des Weiteren Vorgehens an die GZD soll am 01.04.2020 nachmittags erfolgen. Bis dahin soll das Verfahren auf heutige Bitte des BMG fortgesetzt werden, jedoch sollen keine weiteren Unterlagen an Interessenten versendet werden. Die GZD weist daraufhin, dass gemäß der Vergabeunterlagen der Zuschlag allen Bietern erteilt werden muss, die die formalen Anforderungen erfüllen. Es ist demzufolge darin insbesondere weder ein Hinweis enthalten, dass die Zuschlagserteilung von den zur Verfügung stehenden Haushaltsmitteln abhängig ist, noch auf eine maximale Stückzahl der zu beschaffenden Produkte. Der GZD wurde durch das BMF mitgeteilt, dass Haushaltsmittel (HHM) in Höhe von 500 Mio. € für dieses Verfahren zur Verfügung stehen. Die GZD wird deshalb nur Verträge bis zu dieser Höhe schließen. BMG hat heute eine mögliche Ausfallquote von 80 % prognostiziert. Gleichwohl würde hierbei vorab über nicht zur Verfügung stehende HHM verfügt werden. Darüber hinaus besteht eine Schadensersatzpflicht, müsste von Verträgen wegen fehlender HHM zurückgetreten werden. Die GZD bittet das BMG, diesen Umstand in der Entscheidung bzgl. der Aufhebung des Verfahrens zu berücksichtigen. Bis

[156] [redacted]

31.03.2020, 15.00 Uhr, sind 873 Anfragen bei der GZD zwecks Übersendung der Unterlagen eingegangen."[157]

Zum durch den AL [redacted] am Vortag entschiedenen Stopp der Versendung von Angebotsunterlagen wird folgendes festgehalten:

„Die GZD hat bereits am 30.03.2020, 11.05 Uhr, die Versendung der Unterlagen sowie die Zuschlagserteilung gestoppt, da dies im Zuge einer Telko mit dem BMG unter Leitung von Herrn AL [redacted] in dieser Weise entschieden wurde. Hintergrund dieser Vorgehensweise ist, dass bislang die Vergabeunterlagen derart ausgestaltet sind, dass vor Ablieferung der Ware keine Qualitätsüberprüfung stattfindet. Das BMG arbeitet nunmehr ein Informationsblatt bzw. eine Checkliste zur Abwicklung des Lieferprozesses für die Bieter aus. Hierin soll u.a. geregelt werden, dass diese zwecks Qualitätskontrolle vorab ein Muster schicken sollen. Hiermit soll das Risiko minimiert werden, Lieferungen wegen unzureichender Qualität ablehnen zu müssen. Eine solches Dokument sollte der GZD bis zum 31.03.2020 abends durch das BMG übermittelt werden. Ein solches Dokument kann die GZD jedoch erst an die zukünftigen Zuschlagsschreiben anhängen bzw. sollte das Verfahren in der bisherigen Weise fortgesetzt werden, mit der Übermittlung der Vergabeunterlagen versenden."[158] Schließlich wurde noch mitgeteilt, dass man bei den interessierten Lieferanten auf Auszüge aus dem Gewerbezentralregister verzichten werde, da dies zwar in den Datenschutzbedingungen, nicht aber in den bedingenden Teilnahmebedingungen enthalten ist. Dies erklärt sich schlüssig, denn etwa hieraus gewonnenen Erkenntnisse, etwa zur Leistungsfähigkeit und Seriosität der Lieferanten, hätten mangels Regelung in den Teilnahmeunterlagen zu keinem Ausschluss führen dürfen.

Im Verlaufe dieser Prüfung von „Exit-Strategien" und in Kenntnis des Angebots- und Kontrahierungschaos adressierte die Kanzlei [redacted] Nachfragen zu den veröffentlichten Dokumenten an das BMG und dieses an die GZD. Konkret seien auf der EU Vergabeplattform abweichende von der Kanzlei konzipierte Unterlagen veröffentlicht worden. Die Kanzlei kommuniziert die Sorge, dass Angebote auf zum Teil widersprüchliche Angebote abgegeben,

[157] [redacted]

[158] [redacted]

werden könnten.[159] Im weiteren Mailverkehr entgegnete die GZD, dass die an die interessierten Lieferanten versandten Unterlagen, ausschließlich jene der durch die Kanzlei [redacted] erstellten Unterlagen seien und überdies die technische Programmierung auf kartellrechtliche Vergabeverfahren ausgelegt sei. Das hier verfolgte Verfahren und der durch BMG mit der Kanzlei [redacted] erarbeitete Prozess (analog) war so nicht initial (digital) abbildbar. Konkret führt die GZD wie folgt aus: „Es ist zutreffend, dass in unserer Bekanntmachung weitere Unterlagen ersichtlich (Aufforderung zur Angebotsabgabe und Leistungsverzeichnis im aidf-Format) sind. Systemseitig (wegen der verwendeten Vergabemanagementsoftware) war dies auf der Vergabeplattform nicht anders abbildbar, da unsere Vergabemanagementsoftware nicht in der Lage ist, ausschließlich das Bekanntmachungsformular hochzuladen. Das Leistungsverzeichnis war nur rudimentär (nur Nennung der drei Produktbezeichnungen FFP2-Maske, OP-Maske und Schutzkittel) ausgefüllt.

Die Laufzeit des Vertrages (ursprünglich 2.06. bis 30.06.2020) wurde mit Änderungsbekanntmachung vom 27.03.2020 korrigiert (27.03. bis 30.04.2020). Dies wurde dem BMG UAL [redacted] mit E-Mail vom 27.03.2020 mitgeteilt. Weiterhin wurde mitgeteilt, dass das Datum der Bindefrist aus technischen Gründen leider nicht geändert werden konnte. Sämtliche Firmen, die die Unterlagen unter der in der Bekanntmachung mitgeteilten E-Mail-Adresse anfragten wie vorgesehen, erhielten die Nachricht, dass Termine in der Auftragsbekanntmachung z.T. abweichend und aus technischen Gründen nicht anders darstellbar gewesen seien sowie, dass die maßgeblichen Termine den übersendeten Vergabeunterlagen zu entnehmen seien.

„Aufgrund zahlreicher Nachfragen zum festgesetzten Preis und zur Leistungsbeschreibung wurde von uns am 29.03.2020 12:08 Uhr eine Nachricht an alle bereits registrierten und auch zukünftigen Teilnehmer des Verfahrens auf der E-Vergabe-Plattform bekannt gemacht." In dieser Nachricht wurde noch einmal ausdrücklich auf das vorgesehene Prozedere hingewiesen, dass Teilnahmeanträge in diesem Verfahren nicht elektronisch über die E-Vergabe, sondern per E-Mail an folgende Anschrift zu richten sind: openhouse.gzd@zoll.bund.de. Es wurde darauf hingewiesen, dass keine Angebote elektronisch über die E-Vergabe abgegeben werden sollen. Am 30.03.2020 16:53 Uhr und am

[159] [redacted]

31.03.2020 18:00 Uhr wurde jeweils nochmals darauf hingewiesen, dass keine Angebote elektronisch über die e-Vergabe abgegeben werden sollen."[160]

Am 01.04.2020 übersandte die Kanzlei [redacted] ein zweites Memorandum für mögliche Exit-Strategien. Dieses hält fest, dass „ein Ausstieg aus dem laufenden Open-House-Verfahrens durch Verkürzung der noch bis zum 30. April 2020 laufenden Angebotsfrist rechtlich vertretbar abgebildet werden (kann). Eine Verkürzung der Angebotsfrist verlangt eine Änderung der EU-Bekanntmachung sowie eine Anpassung der Teilnahmeunterlagen in Bezug auf die Angebotsfrist."[161] Weiter, so die Kanzlei, müsse die Veröffentlichung noch so lange, hier konkret 3-4 Tage, einen Beitrag zum Vertragssystem ermöglichen, damit interessierte Bieter Angebote erstellen und einreichen können; bei einer Veröffentlichung als Angebotsannahmestopp zum 07.04.2020. Zudem werde explizit nicht empfohlen, einen sofortigen „Aufnahmestopp" zu vollziehen. „Hier bestehe das Risiko, dass hierin ein Auswahlentscheidung zugunsten bereits eingereichter Angebote gesehen wird und somit die Open-House-Kriterien nicht mehr erfüllt würden und der Vorgang insgesamt dem Vergaberecht unterfalle. Bereits geschlossene Verträge wären demnach als vergaberechtswidrige de-facto Vergaben einzustufen."[162] Diese Begründung wird in der rechtlichen Bewertung des Gesamtvorgangs noch näher betrachtet werden müssen, dies gerade in der Abwägung einer Verkürzung im Vergleich zu einem sofortigen Abbruch bzw. des konzipierten Verfahrens insgesamt einschließlich der seither eingetretenen Folgen.

Von einem sofortigen „Aufnahmestopp" rät die Kanzlei [redacted] ausdrücklich ab. Hier bestehe das Risiko, dass hierin ein Auswahlentscheidung zugunsten bereits eingereichter Angebote gesehen wird und somit die Open-House-Kriterien nicht mehr erfüllt würden und der Vorgang insgesamt dem Vergaberecht unterliegt. Bereits geschlossene Verträge wären demnach als vergaberechtswidrige de-facto Vergaben einzustufen.

Noch bevor die GZD über das durch das BMG zu entscheidende weitere Vorgehen informierte, empfiehlt sie per Mail, dass die Verlinkungen der Auftragsbekanntmachungen von der Homepage des BMG als auch der Zollseite entfernt werden sollen. Ebenso sollen andere

160 [redacted]
161 [redacted]
162 [redacted]

Ressorts, welche einen Link zum Zwecke der breiten Bekanntgabe auf ihren Internetseiten haben, diese entfernen. Die GZD hoffte so, die Flut von Anfragen einzudämmen.[163] Der AL [redacted] des BMG bestätigt den Vorschlag und teilt weiter mit „die Lösung (werde) ein Phasing Out bis Di (früher geht es nach Aussagen der Anwälte nicht) sein. Die entsprechende Nachricht laden wir heute auf der Plattform hoch".[164]

In einer anderen Kommunikation von diesem Tage wies der damaligen UAL [redacted] die GZD an, dass weiterhin allen Anbietern die Antragsunterlagen zuzusenden seien, solange das Open-House-Verfahren laufe.[165] Die GZD erwiderte in diesem Zusammenhang, dass schon seit dem 01.04.2020 zuschlagsfähige Angebote für mehr als 100 Mio. FFP2 Masken mit einem Auftragsvolumen von über 676 Mio. EUR vorlägen und bereits Zuschläge im Wert von über 115 Mio. EUR für 17 Mio. Stück FFP2 Masken erteilt worden seien. Und dass somit eine erneute Versendung von Angebotsunterlagen weitere Zuschläge im Sinne der Zulassungskriterien nach sich ziehen würde. Bis 02.04.2020 seien 1.196 Anfragen eingegangen, für die größtenteils noch Antragsunterlagen versendet werden müssten. Selbst bei einer vom BMG vermuteten Ausfallquote von 80 % würde das verfügbare Haushaltsvolumen überschritten werden. Schließlich fragte die GZD konkret an, ob „diese mögliche Entwicklung für den Bundeshaushalt und für das Mengengerüst der FFP2-Masken" dieser Entscheidung (erneuter Versandt von Antragsunterlagen) mit berücksichtig worden sei.[166]

Von da an ändert sich auch die Tonlage weiteren Schriftverkehr. Schon knapp eine Stunde später wird die GZD angewiesen, die Bekanntmachung des Open-House-Verfahrens umgehend vom 30.04.2020 auf den 07.04.2020 zu verkürzen und hierüber direkt zu informieren. Die Antragsunterlagen seien bis zur Angebotsfrist (07.04.2020) zu versenden, aber Zuschläge nur bis zum verfügbaren Haushaltsvolumen i. H. v. 500 Mio. EUR zu erteilen, d.h. entsprechend Verträge zu schließen. Sobald das verfügbare Haushaltsvolumen erreicht sei, solle sich die GZD erneut melden.[167]

163
164
165
166
167

Auf diese Anweisung aus dem BMG kam es zu erneuten Nachfragen der GZD auf „Arbeitsebene", adressiert an einen Referenten des BMG, mit dem Hinweis, dass die GZD einen Versand der Angebotsunterlagen bis 07.04.2020 aufgrund der verfügbaren Ressourcen nicht gewährleisten könne. Zudem sei ein zeitgleicher Versand von Angebotsunterlagen (also Anträgen auf Zulassung zum Verfahren) und Ende der Angebotsfrist bei diesem gewählten nicht digitalen Verfahren sehr unglücklich. Schließlich wird auf die anzupassenden Teilnahmeunterlagen hingewiesen, die noch die alten Daten beinhielten.[168] Der Referent adressiert die Bedenken der GZD an die Kanzlei [redacted] und schlägt vor, dass statt einem Versand der Teilnahmeunterlagen durch die GZD diese ja auch auf der EU-Vergabeplattform zum Download verfügbar gemacht werden könnten und so ebenfalls ohne Benachteiligung für Jeden zugänglich wären.[169]

Daraufhin empfiehlt die Kanzlei [redacted] mit Mail vom selben Abend, dass neben der Bekanntmachung und in den Teilnahmeunterlagen folgender Satz aufgenommen werden solle: „Alle Lieferanten können den Beitritt zum Vertragssystem ~~jederzeit während der gesamten Laufzeit des Vertragssystems~~ bis zum Ablauf der Angebotsfrist beantragen, indem sie ein Angebot einreichen...". Der weitere Hinweis, dass entsprechende Passagen mit Verweis auf Kontaktstellen zur Anforderung der Antragsunterlagen zu streichen sind, deutet darauf hin, dass der Vorschlag aus dem Referat BMG [redacted] (siehe zuvor) angenommen wurde.[170]

Da offenbar keine Rückmeldung hierzu aus dem BMG erfolgte, adressierte der Direktionspräsident mit Mail vom 02.04.2020 die allgemeine Unzufriedenheit aufgrund widersprüchlicher Anweisungen aus dem BMG (einmal die Einstellung des Versandes von Angebotsunterlagen laut AL [redacted] am 30.03.2020 und andererseits die Aufforderung des UAL [redacted] am 02.04.2020 weiter Angebotsunterlagen zu versenden) mit klaren Worten: „Hintergrund für diese Vorgehensweise war, dass einerseits durch die Anwaltskanzlei des BMG geprüft werden sollte, ob zusätzliche Qualitätsnachweise gefordert werden könnten und andererseits, ob das Verfahren aufgehoben werden könnte und ggf. welche Schadensersatzrisiken sich hieraus ergeben würden. Leider hat das BMG nunmehr eine andere Erinnerung an diese Absprache, obwohl der Sachstandsvermerk von BMG akzeptiert wurde."[171]

168 [redacted]
169 [redacted]
170 [redacted]
171 [redacted]

Weiter führt er aus: „[redacted] Hinsichtlich der in Frage stehenden Aufhebung des Verfahrens ist der GZD von BMG keine eindeutige Aussage erteilt worden. Am 02.04.2020 wurde uns von Ihnen mitgeteilt, dass die Entscheidung noch nicht endgültig gefällt wurde. Sodann stand in einer E-Mail von (...) [redacted] (BMG) der Begriff 'Phasing Out' bis 07.04.2020. Dieses ggf. „vergaberechtliche" Konstrukt ist hier nicht bekannt. Ergänzend hierzu kam die Mitteilung, die Unterlagen weiterhin bis zum 07.04.2020 zu versenden und die entsprechende Bekanntmachung zu ändern. Diese Anweisungen des BMG führten zu weiteren Fragen seitens der GZD, insbesondere bzgl. der zur Verfügung stehenden Haushaltsmittel. Mit Stand 01.04.2020 wären Angebote in Höhe von ca. 800 Mio. € zuschlagsfähig. Weitere Angebote liegen vor und befinden sich noch in der Prüfung. Die weiteren Details sind den Anlagen zu entnehmen. Schließlich wurde die GZD vom BMG aufgefordert die Vergabeunterlagen zu ändern, die von der Anwaltskanzlei erstellt wurden."[172] Die GZD kündigte ihr weiteres Vorgehen an; so werde sie bis auf Weiteres keine Angebotsunterlagen mehr versenden und warnte auch vor einer elektronischen Bereitstellung der Angebotsunterlagen als Download. Zudem wurden eindeutige sowie vollständige und umsetzbare Prozesse seitens BMG eingefordert. In diesem Zusammenhang werde die GZD die von Kanzlei [redacted] erstellten Teilnahmeunterlagen nicht selbst anpassen. Auch würden jegliche Nachfragen zu Unklarheiten, betreffend die Teilnahmeunterlagen ausnahmslos an das BMG weitergeleitet. Zudem verwahrte sich die GZD gegen die bisher nicht vorgesehene Rechnungsbegleichung, wofür das BMG nun die Haushaltsmittel übertragen solle.

Daraufhin bekräftigte der UAL [redacted] die Haltung des BMG, antwortete dem Direktionspräsidenten der GZD im Auftrag des AL [redacted] direkt am Folgetag, dem 03.04.2020, und erinnerte nochmals an die bereits am Vortag an die GZD adressierten Bitten. Zudem wurde eine parallele Kommunikation des AL [redacted] mit der Fachaufsicht im BMF (Referatsleitung) begleitend „in Aussicht" gestellt. „Wenn Sie (...) bisher nichts unternommen haben sollten, muss sich die Beendigung Angebotsfrist nun auf den 08. April 2020 beziehen", schloss der UAL des BMG seine Mail.[173] Die in diesem Sinne durch BMG überarbeiteten

[172] [redacted]
[173] [redacted]

Teilnahmebedingungen wurden sodann durch BMG [redacted] am 03.04.2020 an den Direktionspräsidenten der GZD zur Verwendung übersandt.

Die im Sinne der Angebotsfristverkürzung angepassten Teilnahmeunterlagen wurden am 08.04.2020 auf der EU-Vergabeplattform veröffentlicht, nachdem diese am 03.04.2020, 17:08 Uhr entsprechend hochgeladen worden waren.[174] Hierin wurde nicht nur die Angebotsfrist auf den 08.04.2020 verkürzt, sondern es wurde gleichermaßen die Angebotsfrist vom 30.04.2020 auf den 10.04.2020 verkürzt. Außerdem wurden die Kontaktdaten zur Anfrage der Teilnahmeunterlagen gestrichen.

Darüber hinaus erweiterte der damalige BfdH des BMG mit Mail vom 07.04.2020 den Verfügungsraumen von den „mit Mail vom 3.4.2020 zugesagten Verfügungsrahmen von 1.000 Mio. € bis auf weiteres für alle zuschlagsfähigen Angebote, die den festgelegten Regelungen des in Rede stehenden Open House-Verfahrens entsprechen".[175]

Im Rahmen der COVID-Krisenstabssitzung am 07.04.2020 äußerten die Vertreter der Ressorts BMWi, BMAS und AA ihr Informationsbedürfnis zu den laufenden Beschaffungsaktivitäten, welche aufgrund der Aufgabenverlagerung in einen neu zu gründenden Beschaffungsstab seit 30.03.2020 kein Gegenstand des COVID-Krisenstabes mehr sein sollte. In dieser Sitzung ergänzt das BMF zu diesem Informationsbedürfnis, dass nach „dortigen Erkenntnissen zufolge das Open-House-Beschaffungsverfahren geschlossen worden sei, da sich eine hohe Zahl an Bewerbern auf dieses Verfahren hin gemeldet haben".[176]

Mit Ablauf der Angebotsfrist lagen der GZD über 1.000 Angebote vor. Bis zum Ende der Bindefrist am 10.04.2020 wurden **738 Verträge** aus dem Open-House-Verfahren mit einem **Volumen von 6.430.048.060,49 EUR**, also über 6,4 Mrd. EUR, geschlossen. Dabei wurden 1,025 Mrd. Stück FFP2, 1,026 Mrd. Stück OP-Masken und 53 Mio. Schutzkittel kontrahiert.[177] Diese von der GZD erhaltenen Daten weichen von den Unterlagen des BMG, Abt. [redacted] ab[178], ein

[174] Information der EU Vergabeplattform über die Veröffentlichung am 08.04.2020, 9 Uhr (2020/S 070-166698).
[175] [redacted]
[176] Ergebnisprotokoll Sitzung COVID-19 Krisenstab im BMI vom 07.04.2020, Az.: IBP-51000/703, Ziff. 5, S.4.
[177] Übersicht der GZD für die sachverständige Beraterin vom 24.11.2024.
[178] [redacted]

Beleg dafür, dass die Komplexität sehr hoch getrieben wurde, was es schwer machte, den Überblick zu behalten.

In der gemeinsamen Krisenstabssitzung mit dem BMI teilte dieses hierauf bezogen mit, dass das Open-House-Verfahren mit einer Bestellung von je 400 Mio. FFP2- und MNS-Masken beendet worden sei. Angesichts der zuvor genannten tatsächlich kontrahierten Mengen von jeweils mehr als 1 Mrd. Stück muss eine solche Aussage in Anwesenheit der Vertreter des BMG (Sts und AL [redacted] schon verwundern. Es ist nicht ersichtlich, dass eine Richtigstellung erfolgt wäre.[179]

Laut Auskunft der Abteilung [redacted] folgten auf die zuvor genannten kontrahierten Mengen tatsächliche Lieferungen in einem Volumen von zum Beispiel 232,4 Mio. Stk FFP2 (o. KN95/N95) Masken, also nur 23 %[180]. Intransparent bleiben dabei die dann im Rahmen von Vergleichen und nachteiligen Urteilen (nach verlorenen Gerichtsverfahren) angepassten Lieferumfänge (teils Zug-um-Zug).

Die im Kapitel 1503 Titel 684 03 bis 30. März 2020 zugewiesenen planmäßigen und außerplanmäßigen Haushaltsmittel von 4,9 Mrd. Euro für die Beschaffung von PSA, Beatmungsgeräten und antiviralen Arzneimitteln waren durch die eingegangenen Verpflichtungen ausgeschöpft. Am 15.04.2020 beantragte das BMG daher weitere Mehrausgaben in Höhe von 7,8 Mrd. EUR und Verpflichtungsermächtigungen (VE's) bis zu 500 Mio. EUR.

Laut Vermerk des BMG wurde die Beratungsgesellschaft [redacted] bereits am 07.04.2020 mit der Unterstützung des BMG u.a. bei der Zusammenstellung der Rechnungen und zahlungsbegründenden Unterlagen bei der [redacted], die diese Aufgaben nicht bewältigen konnte, beauftragt. Hierbei hätte die [redacted] die sachlich-rechnerisch Richtigzeichnung vorbereitet (damit ist gemeint, dass der Eingang der Ware in der vertraglich vereinbarten Menge und Qualität bestätigt wurde).[181] Im Vorfeld war dem Schriftverkehr der GZD an das BMG zu entnehmen, dass die zur Verfügung gestellten Rechnungen als Grundlage für Zahlungen nicht genügten oder aber unvollständig seien, was dazu führte, dass die

[179] Ergebnisprotokoll Sitzung COVID-19 Krisenstab im BMI vom 09.04.2020, Az.: IBP-51000/7#3, Ziff. 5, S.5.
[180] [redacted]
[181] [redacted]

Zahlungsfrist von 7 Tagen nach Anlieferung überschritten wurde. Auch das deutet darauf hin, dass die avisierten Mengen durch den Zentrallogistiker [redacted] nicht bewältigt wurden.

Jedenfalls entwickelte die beauftragte Beratungsgesellschaft eine auf den 22.04.2020 datierte Kommunikation für die Logistikpartner.

Bereits zu diesem Zeitpunkt war neben der [redacted] auch die [redacted] beauftragt worden, die Logistik im Open-House-Verfahren mit abzuwickeln. Wie die Kanzlei [redacted] bereits im ersten Memorandum deutlich machte, barg der seitens BMG gewählte Ansatz der zugesicherten Annahmefähigkeit bis 30.04.2020 („absolutes Fixgeschäft") eben auch ein Risiko, sollten die damit verbundenen logistischen Herausforderungen sich als nicht beherrschbar erweisen.

In dem von [redacted] erstellen Kommunikationskonzept mit dem Ziel „flatten the curve" wird festgehalten, dass „derzeit die Logistikkapazitäten wahrscheinlich nicht ausreichend" sind und daher Anlieferungen auch nach dem 30.04.2020 bei der Avisierungsanfrage (laut Konditionen bis 27.03.2020) einzuräumen sind. Daneben wird vorgeschlagen, die Qualitätsprüfung über den beauftragten TÜV 24/7 zu organisieren und die Logistikstandorte personell und logistisch (Warteboreiche, Ausschilderungen etc.) zu verstärken.[182] Darin enthalten sind neben den im Zulassungsverfahren hinterlegten Lieferort [redacted] der [redacted] nun auch die Lieferorte [redacted], [redacted] und [redacted] sowie [redacted] Zudem gab das [redacted] Konzept den Logistikern [redacted] und [redacted] den konkreten Wortlaut für die Mitteilungen an die Lieferanten vor, verwies auf die „zwingend logistischen Gründe" zur Lieferung an andere Lieferadressen und Information über Lieferslots. Dabei wurde die Option für Lieferslots nach dem 30.04.2020 eingeräumt, sofern eine Avisierung bis 27.04.2020 und eine vertragskonforme Lieferung bis zum 30.04.2020 tatsächlich möglich sei.[183] Zudem wurde festgehalten, dass es sich etwa nicht um Teillieferungen handele, wenn für Lieferungen von mehr als 5 Mio. Stück Masken aus zwingenden logistischen Gründen und nach vertragsgemäßer Abstimmung mit [redacted] oder [redacted] „die Anlieferung am Bestimmungsort zeitlich versetzt erfolgt".[184]

182 [redacted]

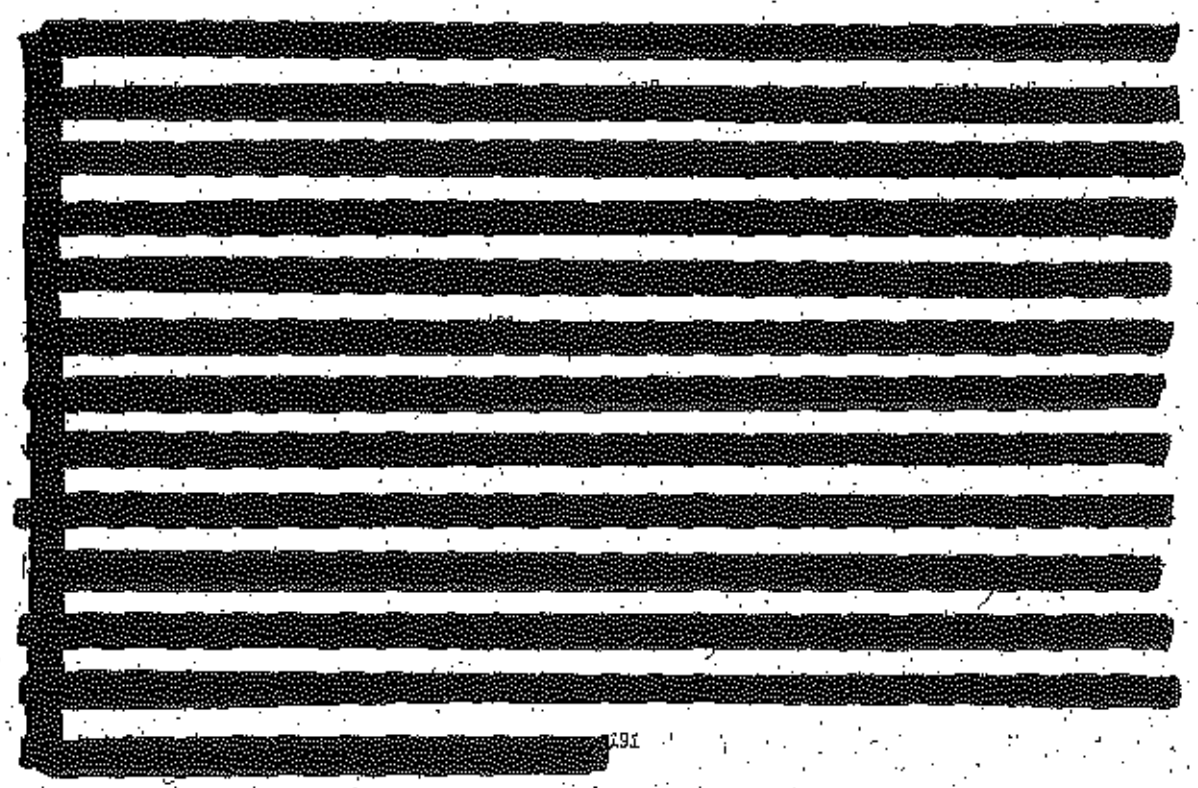
183 [redacted]

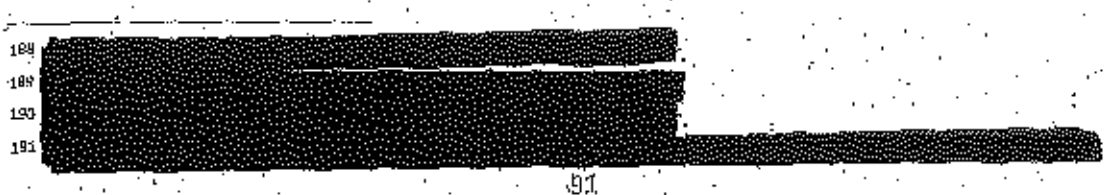
184 [redacted]

Weiter stellte die [redacted] eine aktualisierte Übersicht zu „QnA" im Auftrag des BMG[185] für die Lieferanten zur Verfügung. Sie sollte häufig gestellte Fragen beantworten. Es finden sich Ausführungen zur Frage „Könnte die Maske mit KN95(CHN), aber ohne CE Zertifikat auch akzeptabel sein?". Hierauf wurde wie folgt geantwortet: „Die Bezeichnung KN95 macht keine Aussage über den Maskentyp... Filter dieser Bauart werden sowohl für Masken des chinesischen Standards GB2626-2006 verwendet, deren Bauart vergleichbar ist zu den Masken der DIN EN 149 2001-10 (...). Demnach sind Masken des Standards GB/T 32610-2016 nicht als filtrierende Halbmaske mit vergleichbarer Leistung zur FFP2 Maske einzustufen, sondern als medizinische Gesichtsmaske".[186]

Ferner wird eine offenbar häufig gestellte Frage „In welchen Fällen ist eine Sonderzulassung nach § 11 Abs. 1 MPG für filtrierende Halbmasken nach FFP2 im Rahmen des Open-House Auftrages erforderlich?" beantwortet wie folgt: „Aus unserer Sicht bestehen keine fachlichen Einwände gegen eine Lieferung von Masken, die nachweislich den in der Ausschreibung genannten Standards entsprechen. Wenn diese Voraussetzung erfüllt ist, besteht seit Inkrafttreten der „Verordnung zur Beschaffung von Medizinprodukten und persönlicher Schutzausrüstung bei der durch das Coronavirus SARS-CoV-2 verursachten Pandemie" [welche der damalige Gesundheitsminister erlassen hatte] am 09.04.2020 keine Verpflichtung des Anbieters im Open-House Verfahren zur Beantragung einer Sonderzulassung."[187]

[redacted]


191


191

Exkurs CE-Kennzeichnung und Anforderungen unterschiedlicher Normen

Zur Einordnung der Bedeutung von CE-Kennzeichen und anderen normierten Anforderungen an PSA, insbesondere pfH soll der folgende Überblick dienen. Dieser Abschnitt ist mit der fachlichen Unterstützung der Abteilung des BMG entstanden:

Schutzmasken aus partikelfiltrierendem Material können je nach Schutzzweck und Einsatzgebiet unterschiedlichen Rechtsbereichen zugeordnet werden:

Werden Schutzmasken von medizinischem Personal überwiegend zum Fremdschutz getragen, d.h. mit der medizinischen Zweckbestimmung, die Kontamination einer Operationswunde über Krankheitserreger in der Atemluft des Arztes zu verhindern, so handelt es sich um ein Medizinprodukt, das nach den Anforderungen des Medizinprodukterechts in Verkehr gebracht werden muss.

Partikelfiltrierende Halbmasken (sog. „FFP-Masken", Englisch für: „Filtering Face Piece") für den Eigenschutz sind Gegenstände der persönlichen Schutzausrüstung (PSA) im Rahmen des Arbeitsschutzes, z.B. als Schutz vor Staubbelastung beim Handwerk, aber auch im Gesundheitswesen als Schutz vor luftübertragenen Krankheitserregern.

Daneben gibt es Schutzmasken, die beiden Rechtsbereichen unterfallen, da sie funktionell sowohl als Eigenschutzmaske und damit als PSA, als auch als medizinische Gesichtsmaske zum Fremdschutz und damit als Medizinprodukt eingesetzt werden.

Hersteller von PSA müssen die Verordnung (EU) 2016/425 über PSA befolgen. Die Hersteller müssen mit einem geeigneten Verfahren (Konformitätsbewertungsverfahren) nachweisen, dass die PSA den anwendbaren grundlegenden Gesundheitsschutz- und Sicherheitsanforderungen entspricht. Erst dann kann der Hersteller die Konformitätserklärung abgeben und ein CE-Kennzeichen auf dem Produkt anbringen. Die PSA-Verordnung teilt Schutzausrüstung in drei Risikokategorien ein, für die unterschiedliche Konformitätsbewertungsverfahren gelten: Ab Kategorie II, wie FFP-Masken, ist eine EU-Baumusterprüfung durch eine notifizierte Stelle erforderlich. Die EU-Baumusterprüfung ist der Teil eines Konformitätsbewertungsverfahrens, bei dem eine notifizierte Stelle den technischen Entwurf einer PSA untersucht und prüft und bescheinigt, dass der technische Entwurf der PSA die Anforderungen dieser Verordnung an diese PSA erfüllt.

Diese Prüfung wird durch notifizierte (benannte) Stellen (z.B. TÜV, DEKRA) durchgeführt. Im Anschluss darf der Hersteller seine Masken mit einem CE-Kennzeichen kennzeichnen und in der Europäischen Union vertreiben. Das CE-Kennzeichen trägt die vierstellige Nummer der beteiligten Stelle.

Um die Konformität mit den gesetzlichen Anforderungen nachzuweisen, können Hersteller produktspezifische harmonisierte Normen heranziehen. Die Einhaltung dieser Normen ist jedoch nicht verbindlich, sofern die konkreten Gesundheitsschutz- und Sicherheitsanforderungen erfüllt werden. Die entsprechend auf EU-Ebene definierten Anforderungen an insbesondere die Filterleistung des Maskenmaterials sind in der EN 149:2001+A1:2009 definiert. Dabei müssen FFP2 Masken mindestens 94 % und FFP3 Masken mindestens 99 % der Testaerosole filtern, also den im Anwendungsgebiet des Arbeitsschutzes präventiven Schutz der Maskenträgerin oder Maskenträgers etwa im Umgang mit Ölen, Lacken oder Feinstaub bieten.

Zu Beginn der Corona-Pandemie gab es in Europa einen Mangel an CE-gekennzeichneten Masken. Die EU-Kommission hat daher im Zuge der Pandemie am 13. März 2020 „den Mitgliedsstaaten mit der Empfehlung (EU) 2020/403 Verfahrensvereinfachungen für die Einfuhr und Nutzung von Persönlicher Schutzausstattung aus Staaten außerhalb der Europäischen Union empfohlen und ermöglicht".

Zentraler Inhalt dieser Empfehlung ist eine angemessene Reaktion auf die gesteigerte Nachfrage an PSA und Medizinprodukten. Wesentlich für die Frage der Abweichung sind die Empfehlungen Nr. 7 und Nr. 8, welche den Marktüberwachungsbehörden erlaubt, bereits PSA zuzulassen, die ein vergleichbares Gesundheits- und Sicherheitsniveau gewährleisten, aber nicht vollständig im Einklang mit den Vorgaben der PSA-Verordnung stehen. Ebenso kann PSA auch schon vor der CE-Kennzeichnung in den Verkehr gebracht werden. Die zeitweise und vorläufige Zulassung soll solange die Nachfrage an diesen Produkten decken, bis die reguläre Zulassung nach den aufwändigeren Verfahren der geltenden Verordnungen über PSA und Medizinprodukte durchgeführt wird (Empfehlung Nr. 7). PSA kann nach diesen Leitlinien auch ganz ohne CE-Kennzeichnung in Verkehr gebracht werden, wenn dies in einem staatlich organisierten Beschaffungsvorgang geschieht und neben anderen Voraussetzungen die Abgabe nur an medizinisches Fachpersonal erfolgt (Empfehlung Nr. 8)".

Der erhöhte Bedarf im Rahmen der SARS-CoV-2 Pandemie konnte nur mit Masken gemäß chinesischem Standard GB2626-2006 (neu -2019) gedeckt werden. Diese sind beispielsweise mit Filtervliesen des Typs KN95 ausgestattet. Die chinesische Norm unterscheidet, anders als die europäische DIN EN 149, Filtervliese mit Nachweis für eine hydrophile Filterleistung (KNXX) und Filtervliese mit einer lipophilen Filterleistung (KPXX). D. h. die chinesischen filtrierenden Halbmasken sind nur auf eine der beiden Filterleistungen getestet, die für eine rechtmäßige CE-Kennzeichnung gemäß der DIN EN 149 an FFP-Masken gestellt werden und erfüllen daher nicht die in Europa einschlägigen Normen, welche die Testung beider Filterleistungen verlangen.

Für den Personal- und Patientenschutz im Gesundheitswesen ist für einen effektiven Schutz vor einer Ansteckung mit Atemluft-übertragenen Infektionserregern wie dem SARS-CoV-2 aber nur eine Filterleistung im hydrophilen Bereich erforderlich, weil lipophile Aerosole wie im Handwerk z.B. bei Lackierarbeiten dort nicht zu erwarten sind. Daher ist für diesen Bereich die Leistung einer KN95-Maske gemäß GB2626 vergleichbar zur Leistung einer FFP2-Maske europäischen Standards.

Das BfArM ist laut § 11 Abs. 1 MPG bzw. Art. 59 MDR berechtigt, Medizinprodukte per Sonderzulassung in Verkehr zu bringen. Dies gilt allerdings nur für filtrierende Halbmasken ohne Ventil, weil das Ventil die Fremdschutzwirkung umgeht. Masken mit Ventil erhielten deshalb keine Sonderzulassung des BfArM.

Zwingende Voraussetzung für eine Sonderzulassung als Medizinprodukt war der Nachweis eines anforderungsentsprechenden Sicherheitsniveaus für die Anwendung gemäß der spezifischen, hier medizinischen Zweckbestimmung. Die Entscheidung zur Ausstellung eines Bescheides für eine Sonderzulassung gemäß § 11 Abs. 1 MPG war dabei mit einer Risikobewertung und -abwägung auf Basis eines Prüfberichts eines anerkannten Labors verbunden.

Im weiteren Verlauf der Pandemie wurde dann ein Prüfmaßstab für die Verwendung von Masken (auch ohne CE-Kennzeichen) für die ausschließliche Verwendung im medizinischen Bereich entwickelt. Dem Faktenblatt Schutzmasken des BMG ist hierzu Folgendes zu entnehmen: „Mit Blick auf vielfach unzureichende Dokumente für Masken aus China, das rund vier Fünftel der damaligen Weltproduktion sicherte und bis heute unverändert Hauptexporteur von Masken ist, haben das Bundesinstitut für Arzneimittel und

Medizinprodukte (BfARM), der TÜV Nord und das BMG einen besonderen Prüfmaßstab für Infektionsschutzmasken entwickelt, um die Einhaltung der grundlegenden Gesundheits- und Sicherheitsanforderungen für den bezweckten Einsatz der Schutzmasken als COVID-19-Schutz insbesondere im medizinischen Bereich zu gewährleisten. Der Prüfgrundsatz ist mittlerweile unter dem Begriff CPI (Corona-Pandemie-Infektionsschutzmaske) in der Anlage zu §5b Infektionsschutzgesetz normiert. Insgesamt wurden im Auftrag des BMG über 9.000 Prüfungen von Produkten veranlasst, was innerhalb der EU in diesem Prüfumfang einzigartig sein dürfte. Der CPI-Prüfmaßstab entspricht den wesentlichen Anforderungen, die für die Maskentypen FFP (europäische Norm EN149) und KN95 (chinesische Norm GB 2626) gelten, und ist in insoweit auch deckungsgleich mit dem vom BMAS jetzt vorgetragenen ebenfalls vereinfachten Prüfgrundsatz CPA (CP-Arbeitsschutzmaske). Das für Medizinprodukte zuständige BfArM hat für Schutzmasken, die den hohen CPI-Prüfmaßstäben erfüllen, eine sogenannte Multitypen-Sonderzulassung als Medizinprodukt, also zum Einsatz für den medizinischen Zweck des Infektionsschutzes erteilt. Die Sonderzulassung des BfArM wurde ausdrücklich nur solchen CPI-Masken erteilt, die das entwickelte mehrstufige Prüfverfahren, das autorisierte Prüfinstitute wie z.B. der TÜV Nord oder die DEKRA durchführen, bestanden haben (vgl. im Einzelnen bereits Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage 19/21789). Der CPI-Prüfgrundsatz ist wissenschaftlich abgesichert. Es überprüft speziell die infektionsschützende Wirkung der Masken, insbesondere im Hinblick auf die Normvorgaben für Filterwirkung und Atemwiderstand.

VI. Tenderverfahren: Interessensbekundungsverfahren für Aufträge für die inländische Produktion von Schutzmasken und -kitteln („Produktion in Deutschland")

Die Bundesregierung erwog, angesichts der kollabierenden internationalen Märkte Anreize für den Auf- und Ausbau der inländischen PSA-Produktion zu setzen, um künftig von Störungen der globalen Lieferkette unabhängiger zu werden. Bereits im Ergebnisvermerk zur 9. Sitzung des COVID-Krisenstabes am 26.03.2020 wurde hierzu vermerkt, dass das BMVg eine „Prüfung nationaler Produktionskapazitäten an[regt], die künftig einen Aufbau eines Pandemievorrats – analog zu FRAU [Frankreich] (1,3 Mrd. Masken eingelagert und Eigenproduktion der Armee) ermöglichen"[192]. Das BMWK, so ist dem Ergebnisvermerk zu entnehmen, stellte weiter fest, dass Gespräche mit deutschen und tschechischen Unternehmen gezeigt hätten, dass diese sich Rahmenverträge mit garantierter Abnahme durch den Staat von 2-3 Jahren Dauer wünschten. Der Sts des BMG bat deshalb das BMWK, es möge eine Liste von Firmen erstellen, die bereit seien, ihre Produktion umzustellen (auch im Bereich von Desinfektionsmitteln). Zudem kündigte das BMG an, dieses Thema in mit dem damaligen Chef des Bundeskanzleramtes beraten zu wollen[193].

Im Zuge der Sitzung des Corona-Kabinetts am 30.03.2020 wurden Arbeitspakete auf die Ebene COVID-Krisenstab und Beschaffungsstab verteilt, und zwar nach der Sitzung des COVID-Krisenstabes vom 31.03.2020 wie folgt:

„Der Beschaffungsstab ist u.a. zuständig für die Beschaffungen sowie beschaffungsnahe und unterstützende Fragen, wie z.B. für Angebot an den Bund für die Beschaffung PSA und kritische Güter sowie Unterstützungsbitten an den Bund bei nat./internat. Beschaffungs- und Logistikproblemen[194]". „Der Krisenstab ist für andere ressortübergreifende Themen insbesondere operativer Natur zuständig z.B. für Fragen der Wiederverwendung von Masken etc."[195]. Auf die Frage des BMWi zu den „durch die Wirtschaft angebotene(n) Produktionsumstellungen" im Rahmen der COVID-Krisenstabssitzung vom 02.04.2020 wird es

[192] Ergebnisprotokoll Sitzung COVID-19 Krisenstab im BMI vom 26.03.2020, Az.: IBP-51000/7#3, Ziff. 4, S.3.
[193] Ergebnisprotokoll Sitzung COVID-19 Krisenstab im BMI vom 26.03.2020, Az.: IBP-51000/7#3, Ziff. 4, S.3.
[194] Ergebnisprotokoll Sitzung COVID-19 Krisenstab im BMI vom 31.03.2020, Az.: IBP-51000/7#3, Ziff. 350, S.2.
[195] Ergebnisprotokoll Sitzung COVID-19 Krisenstab im BMI vom 31.03.2020, Az.: IBP-51000/7#3, Ziff. 350, S.2.

entsprechend an den Beschaffungsstab verwiesen.[196] Mit dem Beschluss des Bundeskabinetts vom 03.06.2020, welchen das BMG formuliert und ins Kabinett eingebracht hat, wurde entschieden, dass der Bund künftig stark auf die inländische Produktion von Schutzmasken setze und daher beginnend von Juni 2020 bis zum Jahresende 2021 insgesamt bis zu 3,5 Mrd. Masken produziert und durch den Bund abgenommen würden. Weiter ist zu entnehmen, dass „über neue Fördermaßnahmen des BMWi, die ihre volle Wirkung im Jahr 2021 entfalten [werden], wird die Produktion von insgesamt 7 Mrd. Masken angereizt:

a) „Sprinterprogramm": Förderung von Maschinen zur nationalen/europäischen Herstellung, jährliches Volumen 2,5 Mrd. Masken (geförderte Maschinen müssen ab 01.09.2020 produzieren).

b) mittel bis langfristige Förderung von hochautomatisierten Maschinen, jährliches Volumen ca. 4,5 Mrd. Masken (geförderte Maschinen müssen ab 01.07.2021 produzieren)."[197]

Bereits zuvor war die entsprechende Ausschreibung eines Rahmenvertrages im sog. Tender-Projekt für die Herstellung persönlicher Schutzausrüstung laut Krisenstabsprotokoll vom 07.04.2020 extern über eine beauftragte Rechtsanwaltskanzlei zusammen mit dem für das BMG in Amtshilfe agierenden BVA umgesetzt worden[198]. Dem BRH Bericht aus 2021 ist hierzu zu entnehmen, dass auch diese Vergabe durch die Kanzlei [redacted] ausgeplant wurde und entsprechend etwa Vergabevermerke für das BMG erstellt wurden[199]. Hierzu waren bis 07.04.2020 mehr als 40 Unternehmen mit Textilbezug aufgerufen, Angebote abzugeben. Dies entsprach der Richtlinie des BMWi für die Bundesförderung von Produktionsanlagen von persönlicher Schutzausrüstung und dem Patientenschutz dienender Medizinprodukte und deren Vorprodukte vom 27.04.2020 (zuletzt aktualisiert am 20.05.2020). Die Richtlinie war Ergebnis des BMWi-eigenen Stabes zur Stützung des Produktionsstandortes Deutschland und zum Aufbau weiterer Anreize. In diesem Sinne wurde der Aufbau von heimischen Produktionskapazitäten gemäß dem späteren Kabinettsbeschluss subventioniert.[200]

---

[196] Ergebnisprotokoll Sitzung COVID-19 Krisenstab im BMI vom 02.04.2020, Az.: IBP-51000/7#3, Ziff. 9, S.4.
[197] Beschluss des Bundeskabinetts vom 03.06.2020, S. 3.
[198] Ergebnisprotokoll Sitzung COVID-19 Krisenstab im BMI vom 07.04.2020, Az.: IBP-51000/7#3, Ziff. 5, S.5.
[199] BRH Bericht 2021, S. 9, Fußnote 9.
[200] BRH Bericht 2024, S. 12, Ziff. 2.2.2.3.

Die Vergabe führte dann das BMG in einem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb durch und beauftragte diverse Unternehmen mit der Herstellung und Lieferung von in Deutschland hergestellten Schutzmasken und Schutzkitteln[201]. Die Vergabe erfolgte mittels Losbildung zu den unterschiedlichen Produktgruppen (FFP2 Masken, OP-Masken und Schutzkittel) und enthielt eine Mindestabnahmegarantie der angebotenen Stückmenge je Woche (100.000 Stk Masken bzw. 10.000 Stk Schutzkittel pro Woche)[202]. Nach einer vom Betriebsführer vorgelegten Übersicht wurden am 15.04.2020 mit **37 Unternehmen** Rahmenverträge mit einem **Gesamtvolumen i. H. v. über 1,237 Mrd. EUR (brutto)** geschlossen[203] und es wurde die Herstellung und Lieferung von bis zu 2,458 Mrd. MNS-Masken und bis zu 0,692 Mrd. FFP2-Masken beauftragt. Das Zuschlagskriterium war dabei der Stückpreis.

Hinsichtlich des Bedarfs wurde laut BRH Bericht 2021 „vage auf die „Grundversorgung des deutschen Gesundheits- und Pflegesystems"" abgestellt. Weiter heißt es dort, „vertraglich vereinbart wurde schließlich, dass nach Aufbau der entsprechenden Kapazitäten im zweiten Halbjahr 2020 und im Jahr 2021 insgesamt 692 Mio. PFH (also FFP-Masken), 2,5 Mrd. MNS und 14 Mio. Schutzkittel geliefert werden sollen"[204]

Der BRH kritisiert, dass trotz der langen Lieferzeiträume von über 18 Monaten kein Gesamtkonzept für eine Verteilung erstellt worden ist, was den entsprechenden Bedarf hätte attestieren können. Hierzu zitiert der BRH aus dem „Begleitbericht zu Aktivitäten der Nationalen Reserve Gesundheitsschutz" vom 11.10.2021 an den Gesundheitsausschuss des Dt. Bundestages, Ausschuss-Drs. 19(14)372, S. 31, wie folgt: „Als ‚lesson learned' ist festzuhalten, [für künftige Beschaffungen], differenziert nach Waren, bereits bei Erwerb der Versorgungsgüter eine Abgabe- und Veräußerungsstrategie mit zu bedenken, was ad hoc in der Krisensituation 2020 nicht möglich war, bei längerfristigem Aufbau einer Reserve mit Vorlauf aber möglich ist."[205]

---

[201] BRH Bericht 2021, S. 9.
[202] Präsentation zur Kick-Off-Besprechung Maskenproduktion zwischen BMG und BVA am 29.04.2020, S. 5.
[203] Übersicht Betriebsführer Vertragsübersicht Tenderverfahren vom 16.09.2024. Hier ist zu entnehmen, dass nach Anpassungen, deren Hintergründe weiter im Verborgenen sind, der Gesamtauftragswert auf 1,229 Mrd. EUR (brutto) reduziert wurde.
[204] BRH Bericht 2021, S. 9.
[205] BRH Bericht 2021, S. 9.

Mit Blick auf die Rahmenverträge im Tender-Projekt, die erst zum 15.04.2020, also nach Abschluss des Open-House-Verfahrens und in Kenntnis der allein dort über 738 geschlossenen Verträge erfolgte, kann der Bedarf tatsächlich bezweifelt werden. Gleichwohl ist festzuhalten, dass die im Tenderprojekt erzielten Preise je FFP2 oder vergleichbarer Maske mit 0,91 EUR (netto) bzw. 0,14 EUR (netto) laut BRH Bericht aus 2024, gewichtet nach den Beschaffungsmengen, vergleichsweise am günstigsten[206] waren.

Die schließlich ab Mitte Juni 2020[207] gelieferten Mengen übertrafen am Ende sogar die vertraglich geschuldeten Mengen und zeigten sich mit Anteilen von 39,84 % der FFP2 (o. vglb.) Masken bzw. über 60 % der MNS Masken an den Gesamtliefermengen als besonders effektiver und effizienter Beschaffungskanal.

Im Ergebnis erwies sich also das Tenderverfahren als vielversprechendster Ansatz, auch hinsichtlich des Aufbaus einer nationalen Eigenbefähigung als resilienter Beitrag zur Vorsorge. Haushaltsrechtlich bleibt allerdings anzumerken, dass die Finanzierung „kreativ", also durch die Verwendung hierfür nicht vorgesehener Haushaltsmittel erfolgte, ein Aspekt, den der BRH Bericht in 2021 unter der Ziff. 2.3 hinweist.

Mangels eigenen Verwaltungsunterbaus nutzte das BMG, etwa bei der Rechnungsbegleichung, das Bundesverwaltungsamt (BVA) des BMI als eine Art verlängerte Werkbank und übersandte Rechnungen mit einem sachlich-richtig Vermerk zur Auszahlung.

Die Ausgaben für die PSA-Beschaffung wurden seit März 2020 in **Kapitel 1503 Titel 684 03 „Zuschüsse zur Bekämpfung des Ausbruchs des neuen Coronavirus"** (im Folgenden: Corona-Titel) veranschlagt. Am 15.04.2020 wurde beim BMF die Umsetzung von zusätzlichen Mitteln aus Kapitel 6002 Titel 971 01 für PSA beantragt. Dabei wurde der Bedarf spezifisch für die Beschaffung von Schutzmasken und -kitteln im Tenderprojekt auf 500 Mio. Euro im Jahr 2020 beziffert. Für das Jahr 2021 sei hierfür eine Verpflichtungsermächtigung von insgesamt 1 Mrd. Euro erforderlich. Der verabschiedete Haushaltsplan sah schließlich insgesamt einen **Ansatz von mehr als 4 Mrd. Euro** vor. Die Ausgaben waren gemäß Haushaltsvermerk übertragbar in das Folgejahr und nach den Erläuterungen vorgesehen für die „Beschaffung von PSA, Impfstoffen und sonstiges";

[205] BRH Bericht 2024, Tabelle 3, S. 18.
[207] BRH Bericht 2024, Abbildung 2 S.23

684 03-314 Zuschüsse zur Bekämpfung des Ausbruchs des neuen Coronavirus ..... 4.036.800.000,00 941.050.951,25 -3.113.949.016,75
Soll-Änderung (-504.951.368,00) (-2.808.197.000,00)

Mit der Bereinigungsvorlage wurde zudem in **Kapitel 1503 ein neuer Titel 684 06 „Nationale Reserve Gesundheitsschutz" (im Folgenden: NRGS-Titel)** mit einem Ansatz von 750 Mio. Euro eingeführt. Eine Übertragbarkeit der Ausgaben war hier nicht vorgesehen. Damit sollte der Koalitionsbeschluss vom 03.06.2020 umgesetzt werden. Die Bereinigungsvorlage zu diesem neu eingerichteten Titel enthält folgende Begründung: „Im Falle einer Epidemie steigt kurzfristig der Bedarf an medizinischer Schutzausrüstung. Neben der zusätzlichen Produktion kommt der vorausschauenden Bevorratung eine wichtige Rolle zu. Der Bund wird eine nationale Reserve an persönlicher Schutzausrüstung aufbauen. Dies muss jedoch auch **dezentral** in den medizinischen Einrichtungen und beim Katastrophenschutz der Länder erfolgen. Dies **soll gesetzlich verankert** werden. Der Bund wird die **entsprechende Erstausstattung finanziell** unterstützen. (Finanzbedarf: 1 Mrd. Euro)"[208]

Dem Haushaltsgesetz für 2021 ist folgende Veranschlagung entsprechend zu entnehmen:

684 03-314 Nationale Reserve Gesundheitsschutz ..... 750.000.000,00 749.935.162,91 -64.837,09

Mit der Zahlungsabwicklung der Verträge im Tenderprojekt und der Bewirtschaftung der dafür erforderlichen Mittel aus dem Corona-Titel war, wie ausgeführt, bereits seit dem Jahr 2020 das BVA beauftragt worden. Mit Schreiben vom 22.01.2021 wies das BMG-[redacted]referat [redacted] dem BVA die Mittel für das Haushaltsjahr 2021 formal zur Bewirtschaftung zu.

Die Zuweisung erstreckte sich auf **320 Mio. Euro aus dem Corona-Titel (1503 684 03)** und den gesamten Betrag von **750 Mio. Euro aus dem NRGS-Titel (1503 68406).** Dabei wurde dem BVA vorgegeben: „Die Zahlungen sind zuerst aus dem Titel 684 06 zu leisten, sollte dieser ausgeschöpft sein, so leisten Sie bitte weitere Zahlungen aus Titel 684 03.

Bis Ende 2021 wurden so 99,99 % der für den Aufbau einer NRGS vorgesehenen HHM aus dem Titel 1503 68404 verausgabt. Die HHM aus dem Corona-Titel waren dagegen übertragbar und so konnte man in 2022 wieder über mehr als 4,1 Mrd. EUR verfügen.

[208] Corona-Folgen bekämpfen, Wohlstand sichern, Zukunftsfähigkeit stärken – Ergebnis Koalitionsausschuss vom 03.06.2020, S. 14.

Bis heute existiert bekanntlich keine Rechtsgrundlage für den Aufbau einer NRGS; die Gründe hierfür sind komplex, was insbesondere die Einpassung der NRGS in das föderale System der Bundesrepublik Deutschland betrifft. Ungeachtet dessen wurde mit dem THW eine Lagervereinbarung zur „Vorhaltung von Verbrauchs- und Versorgungsgütern der NRGS" geschlossen. Davon betroffen ist jedoch laut BRH ausschließlich Importware, also keine über das Tender-Verfahren hergestellte PSA. Die Vermutung liegt nahe, dass es sich hierbei schlicht um die Erschließung von Lagekapazitäten für überbeschaffte PSA handelt.

Dieses Vorgehen im Jahr 2021 könnte gegen den Grundsatzverbot der Doppelveranschlagung (§ 17 Abs. 4 BHO) und gegen die Zweckbindung des Haushaltsgesetzgebers nach § 35 Abs. 2 BHO verstoßen haben. Eine Doppelveranschlagung ist demnach nur zulässig, wenn der Haushaltsgesetzgeber dies erkennbar bei der Haushaltsaufstellung gesehen und hingenommen hätte. Hier war jedoch der Wortlaut der betroffenen Titel eindeutig. Zudem steht die Rechtsgrundlage für die im NRGS-Titel hinterlegten Summen bis heute aus.

Der BRH resümiert wie folgt (2024, S. 26):

„Es kam dem BMG erkennbar darauf an, nicht übertragbare Mittel möglichst rasch und vollständig zu verausgaben und im Gegenzug bei dem eigentlich einschlägigen und ausreichend ausgestatteten Corona-Titel Ausgabereste zu bilden. Das erwartet hohe Ausgabevolumen des Tenderprojekts im Jahr 2021 von über 1 Mrd. Euro bot hier die sicherste Methode, die Mittel im NRGS-Titel auf jeden Fall vollständig verausgaben zu können. **Das BMG setzte sich damit unter Verstoß gegen §§ 3, 45 BHO nicht nur über den eindeutigen Willen des Haushaltsgesetzgebers und die sachliche und zeitliche Bindung des Haushaltsplans hinweg.** Es täuschte auch die übrigen Ressorts, indem es über die Mittel für die NRGS im Januar 2021 bereits vollständig verfügt hatte, bevor die eingesetzte interministerielle Arbeitsgruppe überhaupt ihre Arbeit aufnehmen konnte."

Der AL des BMG nahm hierzu dergestalt schriftlich Stellung, dass „wären im Jahr 2021 keine Mittel aus dem Titel 1503 684 06 abgeflossen, hätte das BMG daraus die vom BRH genannten Einsparungen und zum Ausgleich der Globalen Minderausgabe sowie anderweitiger überplanmäßiger Ausgaben nutzen dürfen"[209]. Weiter wird eingeräumt, dass für die Titelbewirtschaftung im BMG dasselbe Referat zuständig sei und man die erforderliche

[209] [redacted]

Dokumentation der Bewertung und Prüfung zu Ausgaben aus zwei Titeln nicht vorgenommen habe.

Diese Einlassungen widerlegen die vom BRH getroffenen Feststellungen zur Verwendung des NRGS-Titels jedenfalls nicht.

Externe Vergabe der Betriebsführerschaft

Als sich im März 2020 die Corona-Krise zuspitzte und das im BMG tätige Team mangels administrativer Ausstattung und operativer Vorerfahrung („Arbeitsmuskel") von der Situation objektiv völlig überfordert war, beauftragte man eine Beratungsgesellschaft mit der erforderlichen Unterstützung. Zunächst sollte deren Aufgabe darin bestehen, die unterdessen angefallene Dokumentation nachzuvollziehen und die entsprechenden Daten aus allen Bereichen zusammen zu tragen.

Die Beauftragung der [redacted] erfolgte sodann mit Angebotsannahme am 07.04.2020 durch den AL [redacted] auf unbestimmte Dauer zu einem Tagessatz in Höhe von 2.177,70 EUR (inkl. USt.)[210].

Auch hier lässt sich die Entscheidungsfindung bzw. die Entscheidung für die seinerzeitige Beauftragung aus den vorliegenden Unterlagen nicht nachvollziehen. Mit einer Mail vom 09.04.2020 dankt der Managing Partner der [redacted] dem AL [redacted] für die Beauftragung und teilt mit, dass man zum 09.04.2020 mit den Arbeiten begonnen habe. „Prioritär kümmert sich ein Team unter der Leitung von meinem Partnerkollegen (...) seit heute Morgen um die Aufarbeitung und Dokumentation der „Altprozesse" um diese sauber zu verakten und „Nachfragesicher" zu machen"[211]. Weiter werden die nach Rücksprache mit dem AL [redacted] ebenfalls aufgenommenen Arbeiten der [redacted] zu den Themen „Projektion Maskenbedarf in 3 verschiedenen Szenarien für Gesamtdeutschland. Vorlage 16.4.; Unterstützung Haushaltsreferat bei Erstellung und Dokumentation Einkaufs- und Zahlungsprozess (Haushaltsreferatsleitung, andauernd); Unterstützung Prozessmanagement, Reporting, Datenbanken, Projektmanagement (..., andauernd); Unterstützung Qualitätsmanagement bei Zulieferern vor Ort mit deutschen Wirtschaftsprüfungsstandard (..., andauernd)" aufgeführt.[212]

Unbenommen dieses laufenden Prozesses übersandte die [redacted] auf ebenfalls 09.04.2020 datiert eine „Änderungsvereinbarung zur Mandatsvereinbarung vom 6. April 2020" an den AL [redacted] des BMG mit der Feststellung, dass dies „die Bedingungen [unserer] Mandatsvereinbarung zur Analyse und Prozessaufnahme im Zusammenhang mit Vergaben von Aufträgen zur

210 [redacted]
211
212

Beschaffung von Leistungen zur Eindämmung der Pandemie und zur Aufrechterhaltung des Dienstbetriebs der öffentlichen Verwaltung (Projekt „Trace") vom 6. April 2020" ändert. Im Wesentlichen werden darin zwei Arbeitspakete ergänzt, einmal „(...) Arbeitspaket Unterstützung im Einkaufsprozess mit Fokus auf Angebotsprüfung, buchhalterische Erfassung der Bestellungen, Rechnungsprüfung und Zahlungsfreigabe (im Folgenden „Arbeitspaket Unterstützung im Einkaufsprozess")". und „Arbeitspaket Reporting, Koordination, Projektmanagement".[213] Diese Arbeitspakete umfassen also das übliche operative Geschäft einer Beschaffungsbehörde, wie etwa die buchhalterische Abbildung von Aufträgen ab dem 09.03.2020 und die Unterstützung bei der Dokumentation und Abwicklung genannter Aufträge, aber auch Aufgaben, die dem bereits beauftragten Logistiker oblägen sollten, wie die Zuordnung von Wareneingängen und erhaltenen Rechnungen. Das Arbeitspaket Reporting, Koordination, Projektmanagement enthält zudem Aspekte. Erstellung einer Abschätzung der Bedarfe als auch die Gesamtkoordination aller am Projekt beteiligten Personen. Dieses Konzept, so legt es der Schriftverkehr nahe, floss in die Beauftragung als Betriebsführer ein, die im Mai 2020 schließlich erfolgte.

Zudem bot die [redacted] mit Schreiben vom 11.05.2020 die Übernahme der Betriebsführung bei der Beschaffung von Schutzausrüstung an, wie einer Vorlage an den Bundesminister, die dieser auch billigte, zu entnehmen ist. In dieser Vorlage wird vorgeschlagen, die Beauftragung zu billigen, um „die Administration dieser Verträge und Distribution der beschafften Schutzausrüstung" zu übernehmen, da diese erheblicher Koordination bedürfen und damit das BMG „wieder die eigentlich ministeriellen Aufgaben umfassend erledigen" könne[214].

Von der Beauftragung ist die „Übernahme aller operativen Prozesse von Betreuung der Funktionspostfächer, Angebotseinholung/Vertragsschluss, über Steuerung von Logistik und Qualitätsprüfung bis zu Rechnungsprüfung, Klärung von Leistungsstörungen und Abrechnung insbesondere mit den Ländern" umfasst. Zudem seien die Dokumentation aller Prozessschritte und regelmäßige Berichte ebenfalls vorgesehen.[215]

Mit der hier in Rede stehenden Beauftragung sollte die zeitlich zunächst unbegrenzte Beauftragung zunächst als Dringlichkeitsvergabe im Sinne des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV für

213 [redacted]
214 [redacted]
215 [redacted]

zunächst 6 Monate und mit einer Verlängerungsoption von weiteren 6 Monaten erfolgen. Der Ministervorlage ist zu entnehmen, dass die Vergütung pauschaliert wurde und dem bereits erfolgreich im Wettbewerb angebotenen Tagessatz von 1.830 EUR pro Vollzeitäquivalent (VZÄ) entsprechen soll. Gleichwohl beträgt der Pauschalfestpreis 11.306.618,40 EUR für die zunächst für 6 Monate angebotenen 46 Vollzeitäquivalente zuzüglich einem einmaligen Sonderaufwand in Höhe von 814.460,00 EUR (für etwa die Einrichtung eines Call Centers, die Rechnungsprüfung Open House-Verfahren und Wareneingangsprüfe Flege)[216].

Mit der Beauftragung der [redacted] wurden ab dem 07.04.2020 faktisch alle operativen Aspekte der Beschaffungsaktivitäten des BMG an einen Berater „outgesourced".

Darüber hinaus wurde [redacted] für die rechtliche Begleitung der „Beschaffungsprozesse" am 07.04.2020 mandatiert. Hierauf aufbauend bot [redacted] mit Schreiben vom 07.05.2020 eine Erweiterung der Mandatierung wie folgt an: U.a. die rechtliche Beratung im Zusammenhang mit der langfristigen Organisation der Beschaffung; rechtliche, insbesondere vergaberechtliche und zivilrechtliche Begleitung der Abwicklung der Open-House-Verfahren und der Tenderverfahren, rechtliche Beratung bei der Gestaltung der Weitergabe der PSA, Durchführung einer Due Diligence der abgeschlossenen Verträge. Diese Vereinbarung soll auf unbestimmte Zeit mit einem Tagessatz von 2.177 EUR (inkl. USt.) abgeschlossen werden. Das Einverständnis hierzu erfolgte mit Unterschrift des AL Z am gleichen Tag[217].

Damit wurde das BMG ab dem 06. bzw. 07.04.2020 intensiv durch Firmen von [redacted] unterstützt und viele Tätigkeiten des BMG im Zuge der PSA Beschaffungen wurden nunmehr von dort übernommen und wahrgenommen.

Mit Blick auf die zunächst erfolgte Vergabe, welche vergaberechtlich nur bis 17.11.2020 als Dringlichkeitsvergabe möglich war, wurde die Betriebsführung einige Monate später im Wettbewerb ausgeschrieben. Dieses Vorgehen als auch der Vorschlag, das Verfahren durch die Kanzlei [redacted] begleiten zu lassen, wurde dem Bundesminister mit Vorlage vom 14.09.2020 zur Entscheidung vorgelegt.[218] Der Leistungszeitraum sollte dabei ein Jahr, also bis 17.11.2021, umfassen, mit der optionalen Verlängerung um jeweils weitere 6 Monate. Im Zuge des offenen Wettbewerbsverfahrens gingen sechs Angebote ein. Obgleich nach dem

215 [redacted]
217
218

Vergabevermerk der Angebotspreis eines anderen Angebots niedriger war, erhielt die [redacted] als wirtschaftlichstes Angebot (Preis x Leistung) den Zuschlag. Das wurde damit begründet, dass das niedrigere Angebot „vor allem hinsichtlich der Projektorganisation etwas schwächer als das Konzept von [redacted][219] gewesen sei. Die Beauftragung der [redacted] erfolgte zu einem Pauschalpreis in Höhe von ca. 11,6 Mio. EUR brutto. Weitere Kosten für vereinbarte Zusatzleistungen konnten bis zu 6,6 Mio. EUR anfallen.

Entsprechend wird die [redacted] weiter ab dem 18.11.2020 mit der Fortführung der Betriebsführung beauftragt.[220]

Die Verlängerung erfolgte mit Schreiben vom 06.11.2021 des Al[redacted] um weitere 6 Monate (also bis 17.05.2022). Zudem erfolgt der Hinweis, dass die beauftragte Aufarbeitung der Dokumentation der Beschaffungsvorhaben im Wesentlichen bis Ende 2021 abgeschlossen sein soll.[221]

Eine weitere Optionsauslösung ab dem 18.05.2022 sollte nach Kenntnis der Vergabestelle nicht erfolgen, da der Projektpartner [redacted] unterdessen zur [redacted] gewechselt sei. Der Projektverantwortliche hatte [redacted] im Sommer 2021 verlassen und war zum 01.02.2022 zu Deloitte gewechselt. Die Beauftragung der [redacted] lief zum 17.05.2022 aus. Hierzu muss angemerkt werden, dass die [redacted] im Zuge der [redacted] ab Mitte 2020 in den Fokus der Öffentlichkeit gerückt war.[222]

Auch das legte einen Wechsel in der Betriebsführerschaft nahe. Diese Haltung der Leitung des BMG wurde dem Al[redacted] kommuniziert.

Da jedoch nach Einschätzung der Abteilung [redacted] eine Fortführung der Betriebsführung durch einen externen Dienstleister „zumindest bis 31.03.2023 benötigt" wurde, sollten die damit verbundenen Leistungen erneut europaweit ausgeschrieben werden, nun mit der Option einer Verlängerung bis 31.12.2023.[223] Es ging lediglich das Angebot der [redacted]

---

219 [redacted]

220 [redacted]

221 [redacted]

222 Wirtschaftswoche „Milliarden-Entschädigung von EY?" vom 22.11.2024; https://www.wiwo.de/unternehmen/dienstleister/wirecard-musterprozess-holen-sich-wirecard-aktionaere-jetzt-eine-milliarden-entschaedigung-von-ey/30097054.html

223 [redacted]

[redacted] in Höhe von 16,9 Mio. EUR brutto inkl. Optionszeitraum ein[224]. Über das Ergebnis der Ausschreibung wurde die Leitung mittels Entscheidungsvorlage vom 04.04.2022 informiert und gebeten, den beabsichtigen Zuschlag zu billigen. Demnach sollte der Leistungsbeginn zum 18.05.2022 stattfinden. Die auf dem Dienstweg zur Amtsleitung über den AL[redacted] laufende Vorlage wurde durch diesen handschriftlich um folgenden Vermerk ergänzt: „Der Vertrag läuft da, wo erforderlich, auf eine Unterbeauftragung zu."[225]

Das ist zunächst nicht bemerkenswert, denn Unterbeauftragungen sind nicht grundsätzlich ausgeschlossen und werden üblicherweise – sofern bekannt – bereits im Rahmen der Angebotsabgabe vorgesehen. Der konkrete Vertrag (§ 5.2) ließ Unterbeauftragungen, welche bei der Angebotsabgabe nicht bekannt waren und erst nach Vertragsschluss beabsichtigt werden, mit vorheriger Zustimmung des Auftraggebers, also hier des BMG, zu. Am 11.04.2022 wandte sich der AL[redacted] an den Projektleiter der [redacted] mit folgendem Wortlaut: „(...) hat Sie informiert, dass wir beabsichtigen, Ihnen den Zuschlag für die Betriebsführungsleistungen zu erteilen. Der Vertrag sieht ausdrücklich vor, dass Sie weitere Nachunternehmer nach Zuschlagserteilung mit Zustimmung des Auftraggebers beauftragen können. Aufgrund der dringend erforderlichen Kontinuität in den komplexen Aufgabenbereichen Rechnungswesen, Qualitätsmanagement und Logistik möchte ich Sie bitten, die [redacted] als Nachunternehmer insbesondere für diese Arbeitspakete zu beauftragen und ihre Arbeitsplanung zu integrieren"[226] Begründet wird die Unterbeauftragung mit der hohen Zufriedenheit mit der Leistung des Teams der [redacted] und dem Bedürfnis kontinuierlicher Zuarbeit hinsichtlich der Zuarbeit zu Rechtsanwaltskanzleien als auch zur Beantwortung von Fragen aus diversen Bereichen. Zuvor, in der Leitungsvorlage, war noch herausgestellt worden, dass das Angebot (von [redacted] „insgesamt von hoher Qualität" sei und deutlich werde, dass „der Bieter sowohl die Herausforderungen als auch die zur Umsetzung des Projekts erforderlichen Maßnahmen identifiziert hat".[227] Noch bevor der Zuschlag und damit die Leistungsfähigkeit des einzigen Bieters erfolgte, fordert der AL[redacted] den Projektleiter der [redacted] auf, die [redacted] entsprechend unterzubeauftragen.

224 [redacted]
225
226
227

Insofern erschließt sich nicht, warum womöglich vorhandene Zweifel an der Leistungsfähigkeit der [redacted] nicht schon im Rahmen der Vergabe selbst adressiert worden waren. Abgesehen davon hatte die Kalkulation der [redacted] selbst keine Unterbeauftragung eingepreist. Die Unterbeauftragung hätte, je nach Umfang, die Kosten für die Leistungserbringung erhöhen und damit den erwartbaren Gewinn für die [redacted] schmälern müssen. Üblicherweise bleibt ein solches Ansinnen nicht ohne Auswirkung auf die ökonomischen Folgen für das Unternehmen, kann also „nicht einfach so" umgesetzt werden.

Mit Ablauf des im April 2022 geschlossenen Vertrages mit der [redacted], einschließlich der heute bekannten Unterbeauftragung der [redacted] zum 31.12.2023, wurde zur Fortführung der Betriebsführung eine erneute externe Vergabe erforderlich, so dass [redacted] seitig der Hausleitung im April 2023 die erneute externe Beauftragung nach europaweitem Vergabeverfahren vorgeschlagen wurde.[228] Zum Bedarf wurde auf die noch laufenden Abwicklungsaktivitäten der PSA Beschaffung aus dem Jahr 2020, insbesondere zu Verwertung und auf zolirechtliche Fragestellungen, verwiesen. Wie bereits in der Vorlage aus dem Jahr 2022 wird auch im Jahr 2023 auf die noch ausstehende Konzeptionierung der Nationalen Reserve Gesundheitsschutz (NRGS) als weiteres Argument für die Erforderlichkeit einer externen Beauftragung verwiesen.

Das war schlüssig, weshalb der Vorschlag der Abteilung [redacted] gebilligt wurde, mittels europaweiter Ausschreibung eine verzugslose Beauftragung eines externen Betriebsführers ab 01.01.2024 zu vergeben[229]. Mit Vorlage vom 08.09.2023 legte das unterdessen innerhalb der Abteilung [redacted] geschaffene [redacted] in Abstimmung mit dem Referat [redacted] eine erneute Entscheidungsvorlage zur Billigung einer Vergabe und zur Einleitung eines Vergabeverfahrens als offenes Verfahren vor. „Die Vergabe soll in der Standard-Verfahrensart „Offenes Verfahren" erfolgen, die die schnellste und einfachste Vergabe in einem offenen Wettbewerb verspricht. Veröffentlichung soll, spätestens am Montag, dem 18.09.2023 erfolgen"[230]. Dabei soll die (neue Formulierung) Unterstützung zur Betriebsführung für das Jahr 2024 mit Optionsverlängerungen für 2025 und 2026 vereinbart werden. Das geschätzte

[redacted]

Auftragsvolumen für alle 3 Jahre betrug 36 Mio. EUR brutto. Die Amtsleitung drang im Zuge der Billigung darauf, deutliche Kostenreduktionen im Rahmen von Verhandlungen zu erzielen.

Unter dem 18.10.2023 gab die [redacted] ein Angebot für die Betriebsführung ab. In der üblichen begleitenden „Erklärung zum Einsatz von Unterauftragnehmern" führte sie mit Deloitte verbundene Unternehmen für einzelne Arbeitspakete auf. Eine Benennung der seit 18.05.2022 tätigen [redacted] als Unterauftragnehmerin unterblieb und wurde erst am 13.12.2024 zusammen mit der zuständigen Vergabestelle des BMG festgestellt.

Die Beauftragung der [redacted] erfolgte erneut, nun ab 01.02.2024 zu einer Pauschalvergütung in Höhe von ca. 10,7 Mio. EUR pro Jahr für 41 Vollzeitäquivalente. Auch aus dem Umsetzungskonzept ergibt sich kein Hinweis auf eine weitere Unterbeauftragung der [redacted].[231]

Wie bereits seit April 2020 wurden die für die externe Betriebsführung anfallenden Kosten als Annex-Kosten der Beschaffungsaktivitäten im Jahr 2020 gewertet und daher aus dem Titel 684 03 gezahlt. Bisher sind ca. 150 Mio. EUR brutto für die externe Beauftragung der Betriebsführung und von Rechtsanwaltskanzleien angefallen[232].

Der weitere Umgang mit der erst jetzt offenbar gewordenen Unterbeauftragung bleibt zu klären. Insgesamt wurden an die [redacted] und die [redacted] (dabei allen Unternehmen im Konzernverbund) bis heute (Stand Juli 2024) fast 119 Mio. EUR gezahlt[233].

In Bezug auf die bis heute nicht vollständig vorhandene Transparenz sollte die nunmehr schon fast fünf Jahre andauernde externe Beauftragung mit Kernaufgaben der öffentlichen Verwaltung (Aktenführung, Rechnungslegung, Haushaltsanmeldungen, Steuer- und Zollangelegenheiten etc.) so zügig wie möglich beendet werden, dies unter Rückführung der verbliebenen Aufgaben in das BMG selbst. Im Weiteren werden Lösungsansätze und Chancen zur Bewältigung der bestehenden Herausforderungen behandelt. Dabei werden kurz-, mittel- und langfristige Ansätze dargestellt werden.

[redacted]

Zusammenfassung zum Themen Vergabeaktivitäten BMG

Mit der Entscheidung des damaligen Gesundheitsministers begann eine Vergabe von Leistungen in kürzester Zeit und in bis dahin nicht gesehenem Volumen. So wurden de facto innerhalb von wenigen Wochen **Verträge im Wert von über 11,628 Mrd. EUR** brutto geschlossen. Die Vergabeaktivitäten – neben den Beschaffungen der Beschaffungsbehörden des Bundes zur Deckung des definierten Drei-Monats-Mindestbedarfs – umfassten dabei:

- Dringlichkeitsbeschaffungen von PSA bei Lieferanten im Wert von fast 2,07 Mrd. EUR brutto;
- die Beauftragung des Logistikunternehmers [redacted] im Wert von mindestens 0,052 Mrd. EUR (laut Vergabevermerk);
- die Beauftragung der [redacted] mit Logistiksourcing, also direkten Beschaffung in China für das BMG im Wert von bis zu 1,439 Mrd. EUR laut Vergabevermerk;
- die Durchführung eines Open-House-Verfahrens im Wert von insgesamt über 6,43 Mrd. EUR brutto;
- die Beschaffung durch das Unternehmensnetzwerk, in welchem große Unternehmen für das BMG am chinesischen Markt beschaffen, im Wert von insgesamt über 0,4 Mrd. EUR;
- die Beschaffung über die subventionierte Herstellung in Deutschland als sog. Tender-Projekt im Wert von insgesamt über 1,237 Mrd. EUR brutto.

Im Rahmen der zahlreichen Beschaffungsaktivitäten des BMG kam es dann zu erheblichen Lieferausfällen, so dass etwa die tatsächlichen Haushaltsmittelbedarfe etwa beim Open-House-Verfahren mit bis heute „nur" 1,44 Mrd. EUR brutto zu Buche schlugen. Hinzukommen aber Haushaltsrisiken aus den laufenden Rechtsstreitverfahren im Wert von bis zu 2,29 Mrd. EUR brutto zuzüglich der Zinsen seit 2020 von bis zu 1,37 Mrd. EUR (= Rechnungsbetrag x (Basiszinssatz + 9 % Punkte) x Verzugstage/365) wie auch Kosten aus den zahlreichen bis heute geschlossenen Vergleichen.

Insgesamt wurde mehr als zwanzigfache des im COVID-Krisenstab festgelegten zu beschaffenden 3-Monats-Bedarfes beschafft. Insbesondere die einzelvertraglichen Beauftragungen über die Beschaffung und Lieferung von Leistungen nach den bekannten im

Open-House-Verfahren kontrahierten Mengen ist nicht nachvollziehbar. So hat etwa die [redacted] im Logistik-Sourcing nach den vorliegenden Unterlagen noch Juni und Juli 2020 zahlreiche Verträge geschlossen. Auch das BMG selbst hat noch im Juni etwa über einen Wert von 1,4 Mio. EUR die Lieferung von Masken direkt bei der [redacted] am 04.06.2020 beschafft[234]. Zu diesem Zeitpunkt waren die logistischen Möglichkeiten bereits kollabiert und zahlreiche Länder hatten bereits im Mai 2020 die Einstellung von Lieferungen mangels Bedarfe erbeten.

Die gelieferte verteilungsfähige PSA ist überwiegend bis heute nicht verteilt worden. Die Annexkosten (Lagerkosten, Anwaltsgebühren, Gutachter oder Betriebsführung) belaufen sich bis heute auf mehr als 0,6 Mrd. EUR.

Viele Aktivitäten gingen an die Grenzen der rechtlichen Vorgaben, was in der Gesamtheit durchaus Fragen aufwirft. So wurden etwa Dringlichkeitsvergaben, die für PSA beschlossen worden waren, auf alle Vergaben ausgeweitet, auch auf jene, die nicht unmittelbar mit der Beschaffung von PSA im Sinne der Festlegung des COVID-Krisenstabes zusammenhingen. Expertise von Logistikern des BoschA und des BMI wurde ignoriert oder übergangen. Und nachdem vieles eintrat, was ex ante im Rahmen von worse case Betrachtungen befürchtet werden musste, wurde dennoch keine Unterstützung durch im Bund vorhandene Expertise eingeholt, sondern man vertraute weiterhin auf externe Beratung von Rechtsanwaltskanzleien oder Beratungsgesellschaften.

Dabei entwickelte sich ein eigenes Betätigungsfeld für die mandatierten Kanzleien und die Beratungsgesellschaften. Es ist anzuraten, den Fokus nach nunmehr ziemlich genau fünf Jahren auf den Aufbau der Eigenbefähigung des BMG zu legen und die Abhängigkeit von externen Dritten auszuphasen mit dem Ziel einer möglichst zügigen Beendigung. Überdies wird zu prüfen sein, welche Auskünfte gegenüber dem Deutschen Bundestag und gegenüber anderen Ressorts nachgeholt und/oder korrigiert werden können/müssen. Neue Perspektiven: Chancen und Herausforderungen

A. Entwicklung und rechtliche Einordnung des Open-House-Verfahrens

[234] [redacted]

Am Sonntag, 22.03.2020, 11:38 Uhr, schrieb BMG AL [redacted] mit einer Mail RA [redacted] an und thematisierte die Idee eines Open House Verfahrens (OHV) zur Maskenbeschaffung. Nicht ersichtlich ist, wie die Idee zur Beschaffung durch ein OHV eigentlich entstanden war.

Ebenfalls am Sonntag, 22.03.2020, 20:12 Uhr richtete [redacted] eine Mail an AL [redacted] Mit dieser Mail wird ein „Memorandum" zu möglichen Beschaffungsmodellen von Atemschutzmasken übersandt. Das Memorandum, ebenfalls auf den 22.03.2020 datiert, stellt auf sieben Seiten zwei als Vergabemodelle bezeichnete Verfahren dar, die **Dringlichkeitsvergabe** und das **Open-House-Modell**. Im Begleittext weist die Kanzlei darauf hin, dass sich die beiden Beschaffungsmodelle Dringlichkeitsvergabe und Open-House-Modell nicht ausschlössen und auch parallel zum Einsatz kommen könnten. Eine Empfehlung für das ein oder andere Modell gab die Kanzlei nicht ab, sondern verwies in der Begleitmail darauf, dass aus ihrer Sicht für die Entscheidung des BMG maßgeblich sein solle, welche Variante sich seitens des BMG mit dem geringsten Aufwand umsetzen lasse und für die interessierten Unternehmen die geringsten Hürden enthalte.

Einschub Open-House-Verfahren

Nach § 97 Abs. 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) werden öffentliche Aufträge im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren vergeben. Das Open-House-Verfahren ist kein kartellrechtliches Vergabeverfahren. Seine Besonderheit besteht, wie der EuGH auf eine Vorlage des OLG Düsseldorf mit Urteil vom 02.06.2026 entschieden hat, darin, dass Open-House-Verfahren keine öffentlichen Aufträge darstellen.[235] Dies gilt unter der Maßgabe, dass das OHV so ausgestaltet ist, dass die öffentliche Einrichtung sich verpflichtet, während der gesamten Laufzeit des Verfahrens mit jedem Wirtschaftsteilnehmer, der sich verpflichtet, die betreffenden Waren zu im Vorhinein festgelegten Bedingungen zu liefern, einen Vertrag schließt, ohne eine Auswahl unter den interessierten Wirtschaftsteilnehmern vorzunehmen; und ihnen während der gesamten Laufzeit des Systems gestattet, ihm beizutreten.[236] Maßgeblich ist mithin, dass seitens des Auftraggebers gerade **keine Auswahlentscheidung** getroffen wird. Mengenlimitierungen bleiben im Open-House-Verfahren grundsätzlich möglich.

[235] EuGH, NZS 2016, S. 542.
[236] EuGH, NZS 2016, S. 542 (543).

Der Vorteil des Open-House-Verfahrens gegenüber z.B. der Dringlichkeitsvergabe liegt darin, dass die Prüfung vergaberechtlicher Ausnahmetatbestände entfallen kann, da es sich gerade nicht um die Erteilung öffentlicher Aufträge im Sinne des Vergaberechts handelt.[237]

Eine Begrenzung der Teilnehmenden findet über den festgelegten Zeitraum statt, während dessen sich die öffentliche Einrichtung verpflichtet, mit jedem, der die festgelegten Bedingungen erfüllt, zu kontrahieren.

In der Praxis entwickelt wurde das Open-House-Verfahren vor allem im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherungen. Hier wurde es seit 2013 in erster Linie zum Abschluss von Arzneimittelrabattverträgen mit Pharmafirmen eingesetzt. § 130a Abs. 8 SGB V berechtigt Krankenkassen, mit pharmazeutischen Unternehmen Rabatte für die zu ihren Lasten abgegebenen Arzneimittel zu vereinbaren. In der Praxis bedeutet das, dass die Krankenkassen für die Arzneimittel der Unternehmen, die Rabatte einräumen, eine vorrangige Abgabe in den Apotheken einräumen. Der Vorteil besteht für die Krankenkassen darin, nur einen rabattierten Preis zahlen zu müssen. Die Pharmaunternehmen können ihrerseits aufgrund der bevorzugten Abgabe in den Apotheken aufgrund der Erfahrungswerte bei den Verordnungen von einer vorhersehbaren Abnahmemenge. Die Apotheken bleiben, wenn sie andere als die rabattierten Arzneimittel ausgeben, grundsätzlich gegenüber den Krankenkassen auf den Kosten sitzen.

Üblicherweise ist damit das Open-House-Verfahren vertraglich so ausgestaltet, dass die dem Verfahren zu den vorgegebenen Konditionen beitretenden Unternehmen erst auf Abruf, also bei Bedarf, liefern.[238] Inhaltlich ähnelt es also einem Rahmenvertrag.

Im vorliegenden Fall war das Open-House-Verfahren so ausgestaltet, dass eine Lieferung nicht bei Bedarf erfolgte, sondern allen Firmen die angebotene Ware auch abgenommen werden musste, soweit sie innerhalb des avisierten Lieferzeitraums lag.

Das Open-House-Verfahren enthielt vorliegend für die öffentliche Einrichtung mithin eine Unkalkulierbarkeit in Bezug auf die Anzahl der Teilnehmenden, mit denen sie kontrahieren muss, wenn diese die Bedingungen erfüllen.

---

[237] Strömer, GuP 2021, S. 178 (182).

[238] Vgl. Strömer, GuP 2021, S. 178 (182); Dreher, NZBau 2019, S. 275 (280).

Mit E-Mail vom 24.03.2020 übersandte [redacted] an AL [redacted] einen Entwurf der Teilnahmeunterlagen sowie der EU-Bekanntmachung für die Durchführung eines Open-House-Verfahrens.

Die Kanzlei verweist darauf, dass die durchführende Beschaffungsstelle noch die vorgesehenen Adressfelder ausfüllen müsse. Zu diesem Zeitpunkt ging [redacted] davon aus, dass die durchführende Beschaffungsstelle das BAAINBw sein werde. Dieses ist als Vergabestelle (ohne Anschrift) im Entwurf eingetragen und gelb markiert ist. Als Lieferadresse befindet sich im Entwurf bereits die [redacted].

Beigefügt ist auch ein Vertragsentwurf, der in § 3.2 auf ein „absolutes Fixgeschäft" abstellt und in § 6 Aussagen zu Mängelansprüchen trifft. Diese Klauseln und ihre Auslegung durch die Zivilgerichtsbarkeit werden später bei den zivilgerichtlichen Verfahren eine große Bedeutung erlangen.

Mit E-Mail vom 24.03.2020, 21:02 Uhr schreibt AL [redacted] an [redacted], dass er erstmal eine Laufzeit für das OHV bis zum 30.04.2020 vorschlage, um viele Angebote zu bekommen. Als Preis beabsichtige er am nächsten Tag, dem BM 3,57 Euro vorzuschlagen. Zugleich verweist er darauf, dass neben dem OHV noch parallel weitere Beschaffungen fortgesetzt werden sollten. Diese E-Mail leitet AL [redacted] am 24.03.2020 um 23:27 Uhr an Sts [redacted] zur Kenntnis weiter.

Mit E-Mail vom 25.03.2020, 14:43 Uhr an AL [redacted] teilt die [redacted] mit, dass der Preis für die FFP2 Maske (4,50 Euro) nun ebenso wie die Angebotsfrist (30.04.2020) angepasst worden sei.

Am 26.03. erfolgt eine Leitungsvorlage des AL [redacted] an BM mit dem Vorschlag, der Durchführung des OHV zur Beschaffung von Schutzmasken zuzustimmen. Durchführen solle das Verfahren die Generalzolldirektion (GZD). Als Vorteil wird angeführt, dass ein hoher Anreiz für (deutsche) Produzenten bestehe, zu den vorgegebenen Preisen abzuschließen. Es wird auf das Risiko hingewiesen, dass nicht absehbar ist, zu wie vielen Vertragsabschlüssen es kommen wird und daher auch nicht, wie viele Haushaltsmittel benötigt werden. BM und Sts [redacted] zeichnen diese Vorlage (grünes Datum ohne Namenszeichen).

Ebenfalls am 26.03.2020, E-Mail um 19:26 Uhr informierte Sts [redacted] den damaligen Sts im BMF, [redacted] darüber, dass das BMG sich entschieden habe, ein OHV durchzuführen und dass die GZD dieses durchführen solle. In cc gesetzt waren die damaligen Sts [redacted] (BMI) und [redacted] (BMVg), also die Sts, in deren Geschäftsbereich sich die beiden anderen möglichen Beschaffungsämter des Bundes, BeschA und BAAINBw, befanden.

Unter dem 01.04.2020 erstellte [redacted] ein weiteres Memorandum. Inhalt ist hier der mögliche Ausstieg aus dem Open-House Verfahren durch Verkürzung der Angebotsfrist.

Aufgrund der Vielzahl der Angebote im Open-House-Verfahren sah sich das BMG außerstande, die Vertragsabwicklung selbst zu bewältigen. Es wurde daher am 07.04.2020 [redacted] beauftragt und übernahm in der Folge die sogenannte „Betriebsführung". Zunächst ging es um die Dokumentation und Analyse der Beschaffungsvorgänge; ergänzend kamen am 09.04.2020 die Unterstützung im Einkaufsprozess hinsichtlich Angebotsprüfung, buchhalterischer Erfassung der Bestellungen sowie die Rechnungsprüfung und Zahlungsfreigabe hinzu. Nachdem sich Anfang Mai 2020 erhebliche Probleme bei der Auftragsabwicklung eingestellt hatten, entstand ein weitergehender Bedarf für externe Unterstützung. Das BMG hat forderte daher am 06.05.2020 [redacted] zur Einreichung eines Angebotes auf. Für den Zeitraum ab dem 16.11.2020 bereitete BMG ein Vergabeverfahren vor.

Einen Nachprüfungsantrag, den die Kanzlei [redacted] aus [redacted] am 11.07.2020 gestellt hatte, wies die Vergabekammer des Bundes mit Beschluss vom 28.08.2020 als unbegründet zurück. Die Dringlichkeit der Vergabe beschränkte sich, so die Vergabekammer, nicht nur auf den Abschluss von Kaufverträgen über Schutzausrüstung, sondern bezog sich auch auf die tatsächliche Abwicklung der diesbezüglichen Verträge im Sinne eines Leistungsaustausches. Das BMG habe [redacted] im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb ohne Einhaltung von Mindestfristen nach § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV vergeben dürfen. Die Vergabekammer führt hierzu aus, dass das BMG hierbei seiner Aufgabe – Gesundheitsschutz der Bevölkerung – nachgekommen sei.

Hinsichtlich des Open-House-Verfahrens selbst hatten die Vertragsunterlagen vorgegeben, dass ein „absolutes Fixgeschäft" vorliege. Ein absolutes Fixgeschäft ist gesetzlich nicht geregelt und wird dann angenommen, wenn die Einhaltung der Leistungszeit so essentiell ist, dass die Leistung zu einem späteren als dem festgelegten Zeitpunkt keinerlei wirtschaftlichen Sinn mehr ergibt.[239] Wird die Leistung in einer solchen Situation nicht rechtzeitig erbracht, wird sie im Rechtssinne unmöglich. Das bedeutet, dass der Schuldner nicht mehr leisten muss (§ 275 Abs. 1 BGB), dafür aber auch keine Gegenleistung verlangen kann (§ 326 Abs. 1 BGB). Dasselbe

[239] Lehrbuchbeispiele: z.B. Geburtstagstorte, Hochzeitskleid.

gilt auch für Schlechtleistung. Gewollt war eine Leistung bis zum 30.04.2020. Spätere Andienungen sollten aus der Sicht des BMG verweigert werden. Problematisch hierbei war allerdings, dass die Leistung – Lieferung von Masken – zu einem Zeitpunkt nach dem 30.04.2020 aufgrund des Andauerns der Pandemie durchaus noch wirtschaftlichen Sinn ergab. Dies war zum Zeitpunkt des Vertragsentwurfs auch ersichtlich, weil absehbar war, dass die Pandemie so schnell nicht beendet sein würde und das BMG parallel zum OH-Verfahren seine sonstigen Beschaffungsaktivitäten fortsetzte. Die Gestaltung des Vertrags als absolutes Fixgeschäft erscheint demnach als jedenfalls nicht selbsterklärend. Mit § 6 des Vertrages wurden die Mängelansprüche bei Anlieferung qualitativ unzureichender Ware geregelt. § 6.1 verweist für diesen Fall auf die gesetzlichen Vorschriften (des Kaufrechts).

[redacted] hatte § 3.2 des Vertrages als „absolutes Fixgeschäft" konzipiert. Dazu in einem Spannungsverhältnis steht der Verweis auf die gesetzlichen Vorschriften im Fall von Sach- und Rechtsmängelansprüchen (§ 6.1), die im Fall einer Schlechtleistung das Rügeregime des Kaufrechts einschließlich des Rechts einer weiteren Andienung vorsehen. Das aber entspricht gerade nicht dem Gedanken eines absoluten Fixgeschäftes, s.o.

Das BMG hat sich dann in der weiteren Abwicklung der Sachmängelfälle ebenfalls nicht auf Unmöglichkeit berufen, sondern jeweils den Rücktritt vom Vertrag erklärt. Dies war, gemessen an der Vorgabe eines absoluten Fixgeschäftes, jedenfalls nicht konsequent.

Die Frage ist, was vorliegend eigentlich vereinbart wurde. Hierzu divergieren die Ansichten.

Die Verfahren begannen meist beim LG Bonn. Die Rechtsprechung der Kammern dieses Gerichts war von Beginn an unterschiedlich. Während die 20. Zivilkammer die Einstufung als Fixgeschäft von Beginn an verwarf, entschied die 1. Zivilkammer zunächst „bundesfreundlich" und bejahte ein Fixgeschäft, das den Bund grundsätzlich auch zum sofortigen Rücktritt im Fall von Sachmängeln berechtigte.

Allerdings sah auch die 1. Zivilkammer das „absolute Fixgeschäft" als offenkundig nicht gegeben an und legte die Klausel wurde trotz der wörtlichen Festlegung um in ein „relatives Fixgeschäft". Es handele sich nämlich um eine übereinstimmende unschädliche Falschbezeichnung (falsa demonstratio non nocet). Es sei erkennbar gewesen, dass der Bund auf den Lieferzeitpunkt besonderen Wert gelegt habe. In der Folge habe er wegen der Vereinbarung eines relativen Fixgeschäftes auch nach § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB ohne

Nachfristsetzung vom Vertrag zurücktreten können. Das relative Fixgeschäft habe auch durch AGB vereinbart werden können. Das Vereinbaren eines Fixgeschäftes sei auch durch AGB möglich. Die Rechtsprechung des BGH, die dies (in einer schon länger zurückliegenden Entscheidung) ausgeschlossen habe, beziehe sich auf eine unterdessen überholte Rechtslage.

Die Fixabrede sei auch durch die dann teilweise aufgrund der Kapazitätsprobleme des beauftragten Logistikers erfolgten Liefertermine im Mai 2020 nicht beseitigt worden. Denn der Bund habe am Fixcharakter festhalten wollen und sei auch nicht verpflichtet gewesen, alle Lieferanten gleich zu behandeln. Im Ergebnis hielt die 1. Zivilkammer die Vertragskonstruktion des Open House-Verfahrens und entschied bis zum Dezember 2023, dass der Bund bei mangelhafter Ware vom Vertrag ohne Nachfristsetzung habe zurücktrete dürfen.

Diese Rechtsprechung gab die 1. Zivilkammer des LG Bonn Ende 2023 auf. Nunmehr vertritt sie nicht mehr, dass es bei einem mangelbedingten Rücktritt aus dem Open-House Vertrag keiner Nachfrist bedürfe. Dies betrifft die unter § 6 des Vertrages genannte Klausel.

Die Kammer modifizierte auch ihre Rechtsprechung zum Fixgeschäft. Offenkundig liege kein absolutes Fixgeschäft vor. Denn der Bund habe auch nach dem 30.04.20 noch Interesse an der Lieferung von Schutzausrüstung gehabt. Aber auch ein relatives Fixgeschäft sei nicht gegeben.

Vielmehr habe der Bund die Rechtsfolgen eines absoluten Fixgeschäftes vereinbaren wollen und dies auch unzweifelhaft zum Ausdruck gebracht. Diese Rechtsfolgen hätten nur für nicht fristgerechte, jedoch nicht für fristgerechte aber mangelhafte Lieferungen gelten sollen. Dies ergebe sich aus § 6.1 des Vertrags, der für Sach- und Rechtsmängel ausdrücklich auf die gesetzlichen Vorschriften verweise. Diese sehen die Rügepflicht ebenso vor, wie ein Recht zur weiteren Andienung.

Seither nimmt die 1. Zivilkammer des LG Bonn an, dass die Rechtsfolgen eines absoluten Fixgeschäftes sich auf die Fälle der Nichtlieferung zum Termin beziehen und insoweit auch einer AGB-Kontrolle standhalten.

Bei Schlechtlieferung nimmt die Kammer an, dass eine Rügepflicht bestand und eine weitere Andienung hätte eingeräumt werden müssen. In diesen Mängel-Fällen sei der Bund demgemäß nicht zum Rücktritt berechtigt gewesen.

Demgegenüber war die Rechtsprechung der 20. Zivilkammer des LG Bonn von vorneherein weniger bundesfreundlich. Das Fixgeschäft (egal ob absolut oder relativ) hätte nicht in AGB

vereinbart werden dürfen, dies wegen unangemessener Benachteiligung der Lieferantenseite, die ihr Recht auf Nachbesserung (= gesetzlicher Regelfall) verliere. Eine Ausnahme sei nur denkbar, wenn Fixgeschäfte branchenüblich wären, was bei Maskenbeschaffung nicht angenommen werden könne.

Im Sommer 2024 befasste sich das OLG Köln in zwei grundsätzlichen Entscheidungen mit dem Open-House-Verfahren. Einer der Fälle [redacted] hatte seinen Ausgang bei der 1., der andere bei der 20. Zivilkammer [redacted] des LG Bonn genommen. In beiden Fällen unterlag der Bund im Wesentlichen. Das OLG hielt die Fixgeschäftsklausel für nicht auslegungsfähig und urteilte, dass sie der AGB-Kontrolle nicht standhalte. In den Fällen mangelhafter Lieferung hätte der Bund, so das OLG, ohne Nachfristsetzung nicht zurücktreten dürfen.

In beiden Fällen ließ das OLG Köln die Revision nicht zu; die Sachen befinden sich im Stadium der Nichtzulassungsbeschwerden.

Angesichts der limitierten Revisionsgründe gem. § 543 Abs. 2 ZPO bleibt das weitere Schicksal dieser Gerichtsverfahren abzuwarten. Ende Oktober 2024 trat als neues Verfahren des BGH das „Leitentscheidungsverfahren" in Kraft, das aufgrund der zahlreichen gerichtlichen Streitigkeiten um das Open-House-Verfahren, die sich in unterschiedlichem instanzgerichtlichen Stadium befinden, einschlägig sein könnte.

Direktvergaben

Parallel zum Open-House-Verfahren setzte das BMG im Jahr 2020 seine Direktbeschaffungsaktivitäten fort. Auch insoweit ergaben sich diverse Rechtsstreitigkeiten und Gerichtsverfahren. Dies betrifft z.B. das Unternehmen [redacted]. Das Unternehmen hatte sich am bereits am 29.02.2020 per E-Mail an das BMG gewandt[240] im weiteren Verlauf kam es dann am 08.03.2020 zu einer telefonischen Kontaktaufnahme des damaligen BM und in der Folge zu einem E-Mail Austausch mit diesem. Die [redacted] erhielt letztlich den Zuschlag im Direktvergabeverfahren nicht, und zwar wegen mangelnder Bonität. Die [redacted] klagte dann auf Kaufpreiszahlung Zug um Zug gegen Herausgabe und Übereignung von Schutzmasken, weil sie der Meinung ist, dass ein entsprechender Vertrag zustande gekommen war. Sie beruft sich hierbei auf ihren E-Mail-Verkehr direkt mit dem damaligen BM und vertritt die Auffassung, dass die Antworten des

[240] [redacted]

damaligen BM bereits als Zusage auf ihr zu sehen seien. Zwar wurden die wesentlichen Vertragsinhalte ausgetauscht, jedoch hatte der BM darauf verwiesen, den Sachverhalt an die Kolleginnen und Kollegen der Vergabezellen weitergeben zu wollen.[241]

B. CISG-Verfahren

Etwas anders gelagert als die „normalen" Verfahren bei den Rechtsstreitigkeiten rund um das Open House Verfahren sind die Verfahren, bei denen das CISG[242], das UN-Kaufrecht, Anwendung findet. Das ist nach Art. 1 Abs. 1 a) CISG dann der Fall, wenn die Parteien ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben, diese Vertragsstaaten sind und einen Kaufvertrag über Waren abgeschlossen haben. Die Niederlassung in verschiedenen Vertragsstaaten liegt in einigen Fällen aus dem OHV-Verfahren tatsächlich vor, so gibt es z.B. Vertragspartner, die ihre Niederlassung in der Volksrepublik China haben. Nach Art. 6 CISG kann die Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts ausgeschlossen werden. Dies muss zwischen den Parteien aber ausdrücklich vereinbart werden. Eine Vereinbarung zum Ausschluss des CISG muss dabei von den Parteien eindeutig und unmissverständlich erfolgen. Nach Auffassung des OLG Köln gilt dieser Grundsatz auch bei der Durchführung eines Open House Verfahrens, wie es der Bund bei der Maskenbeschaffung durchgeführt hat. Bei der Beschaffung von Schutzmasken, deren Produktion zum großen Teil in Asien stattfindet, sei davon auszugehen, dass sich auch im Ausland ansässige Firmen an dem Verfahren beteiligen würden. Auch der Verweis in § 7.3 der Vertragsbedingungen, dass der Vertrag dem Recht der Bundesrepublik Deutschland unter Ausschluss der Kollisionsnormen des internationalen Privatrechts unterliege, ändere nichts an der Anwendbarkeit des CISG, da der Verweis auf das deutsche Recht das CISG nicht ausschließe, da dies durch die Ratifikation selbst zum Bestandteil des deutschen Rechts geworden ist.

Folgt man dieser auch vom BGH vertretenen Auffassung, dass ein Verweis auf die Anwendbarkeit deutschen Rechts noch keine Abwahl des UN-Kaufrechts darstellt, muss ein Ausschluss des CISG unter dessen ausdrücklicher Erwähnung erfolgen. Dies ist durch die Formulierung der Vertragsbedingungen im OHV nicht erfolgt, so dass sich die Verträge, bei denen die Anwendbarkeit des CISG ergibt, nach dessen Voraussetzungen zu bewerten sind.

[241] E-Mail des BM vom 09.09.20, 10:51 „So, bin jetzt vorerst raus hier, praktischen Rest mit meinen Leuten klären.".
[242] United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods.

Ein Unterschied zwischen dem CISG und dem deutschen Schuldrecht besteht darin, dass das CISG die Figur des absoluten Fixgeschäftes nicht kennt. Das CISG kennt bei der Nichterfüllung des Vertrags durch den Verkäufer die Möglichkeit, dass der Käufer die Aufhebung des Vertrags erklärt. Nach Art. 49 Abs. 1 kann der Käufer dies dann tun, wenn die Nichterfüllung eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt oder eine gesetzte Nachfrist fruchtlos verstrichen ist. Eine wesentliche Vertragsverletzung liegt nach Art. 25 CISG dann vor, wenn die Vertragsverletzung für die andere Partei solche Nachteile zur Folge hat, dass ihr im Wesentlichen entgeht, was sie vom Vertrag hätte erwarten dürfen. Das CISG stellt hieran strenge Anforderungen und räumt der Vertragserhaltung grundsätzlich den Vorrang ein, insbesondere, wenn eine Erfüllung durch Nachfristsetzung noch möglich ist. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob durch die Vertragsbedingungen des OHV die Regelungen des CISG wirksam abbedungen werden konnten. Auch unter Anwendbarkeit des CISG können Vertragsbedingungen wirksam vereinbart werden, soweit sie nicht gegen das gesetzliche Leitbild des CISG verstoßen. Ob dies durch die vorgegebenen Vertragsbedingungen im OHV der Fall ist, ist derzeit noch ungeklärt und kann nur durch die Gerichte in den streitigen Verfahren bewertet werden. Das OLG Köln hat allerdings in einer ersten Entscheidung[243] angenommen, dass dies der Fall ist und die Vereinbarkeit von § 3.2 der Vertragsbedingungen aus dem OHV mit dem CISG verneint.

[243] OLG Köln, Urteil vom 09.01.2025 – 8 U 46/23.

C. Preisrechtliche Fragestellungen im Open-House-Verfahren und in allen übrigen Verfahren

Dem öffentlichen Preisrecht, geregelt seit 1948 durch das Preisgesetz,[244] geht es darum, Gefährdungen und ernsthafte Störungen des Wettbewerbs im Sinne einer funktionierenden Marktwirtschaft abzuwehren. Das Gesetz[245] ermächtigt „die für die Preisbildung zuständigen Stellen", Anordnungen und Verfügungen zu erlassen, um Preise festzusetzen oder zu genehmigen. Umfasst sind neben den Preisen auch Mieten, Pachten, Gebühren und sonstige Entgelte für Güter und Leistungen jeder Art, ausgenommen Löhne."[246] Zuständige Stellen waren grundsätzlich die obersten Landeswirtschaftsbehörden und der Bundeswirtschaftsminister.[247] Auf Basis der Ermächtigungsgrundlage des § 2 PreisG wurde am 21. November 1953 die Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen, mit Ausnahme von Bauleistungen, erlassen. Die Vereinbarkeit des Preisrechts mit dem Grundgesetz bestätigte das Bundesverfassungsgericht erstmals am 12. November 1958[248].

Die Verordnung soll nach ihrer Präambel marktwirtschaftliche Grundsätze auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens verstärkt durchsetzen. Gerade bei dysfunktionalen Märkten bieten die Regelungen des Preisrechts für alle Marktteilnehmenden transparent Handlungssicherheit und verhindern unerwünschte Nebeneffekte zu Lasten des Staates, wie Schutz vor Mitnahmeeffekten oder Preistreiberei[249]. Unternehmen sollen an Verträgen mit der öffentlichen Hand verdienen dürfen, gleichzeitig verhindert die VO PR 30/53 volkswirtschaftlich nicht vertretbare Preise und reguliert das wirtschaftliche Risiko für den Staat.

Die VO PR Nr. 30/53 legt bis heute wichtige und bei öffentlichen Aufträgen zwingende Rahmenbedingungen fest. Öffentlicher Auftrag im Sinne der VO PR Nr. 30/53 ist jede

---

[244] Vgl. Michaelis/Rhösa, Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen, 111. AL, August 2024, Präambel, B.I.

[245] Das sog. Übergangsgesetz über Preisbildung und Preisüberwachung (PreisG) wurde am 21.04.1948 verkündet und 1950 von der amerikanischen und britischen auch auf die französischen Besatzungszonen ausgeweitet.

[246] § 2 Abs. 1 PreisG. 1951 wurde überdies festgeschrieben, dass dieses Gesetz bis zum Inkrafttreten eines neuen Preisgesetzes Gültigkeit hat.

[247] Die im PreisG dem Direktor für Wirtschaft erteilte Verordnungsermächtigung ist nach Art. 129 GG auf den Bundeswirtschaftsminister übergegangen.

[248] BVerfGE 8, 274 (314f.).

[249] Hans-Peter Müller, „Vogel friss, oder stirb – oder: Der Spatz in der Hand... Wie das öffentliche Auftragswesen für marktangemessene Preise sorgt", ZfBR 2020, 479, S. 1.

vertragliche Vereinbarung über gegenseitige Leistungsaustauschverhältnisse (Leistung gegen Entgelt) zwischen einem institutionellen öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmen/Anbietenden.[250]

1. Öffentliche Aufträge sind zu Marktpreisen zu vergeben.[251] Dieser sog. Marktpreisvorrang stellt sicher, dass Preisen der Vorzug zu geben ist, die sich im (funktionierenden) Wettbewerb am Markt für die zu beschaffende Leistung bereits gebildet und durchgesetzt haben. In diesem Sinne muss der jeweilige Auftragnehmende in der Lage sein nachzuweisen, dass ein der öffentlichen Hand angebotener Preis regelmäßig auch gegenüber anderen Marktteilnehmern hätte durchgesetzt werden können (betriebssubjektiver Marktpreis). Der Staat als öffentlicher Auftraggeber, soll also an dem Ergebnis des Marktmechanismus (bei funktionierenden Märkten) partizipieren.

2. Sollten ausnahmsweise keine (funktionierenden) Märkte vorhanden sein (z.B. bei Monopolstellung oder weil ein betriebssubjektiver Marktpreis im Einzelfall nicht nachgewiesen werden kann (weder in der angebotenen noch in sonstiger Höhe)), bilden die angemessenen Selbstkosten die zulässigen Preise.[252] Angemessene Selbstkosten in diesem Sinne sind Vollkosten zuzüglich Gewinn (Zuschlag von i.d.R. 5 % auf die Nettoselbstkosten). Die Vollkosten umfassen neben Einkaufs-, Transport- und Weiterverarbeitungskosten auch anteilige übliche Fixkosten. Diesbezüglich gelten als Kalkulationsvorschriften die Leitsätze für die Preisermittlung aufgrund von Selbstkosten (LSP).

3. Die Verordnung ist als „Höchstpreisvorschrift mit Verbotscharakter"[253] ausgestaltet. Sie verbietet sowohl dem öffentlichen Auftraggeber als auch Auftragnehmern „höhere Preise zu fordern, zu versprechen, zu vereinbaren oder zu gewähren, als nach den Bestimmungen der VO zulässig ist (Höchstpreisgrundsatz)".[254] Es handelt sich um ein Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB.

---

[250] Vgl. zum preisrechtlichen Begriff des öffentlichen Auftrags und Anwendbarkeit auf Open House-Verträge Hans-Peter Müller, in: Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller, 10. Aufl. 2024, § 1, Rn. 29 ff. (v.a. Rn. 40e ff.).

[251] S. § 5 Abs. 1 i.V.m. § 4 VO PR Nr. 30/53.

[252] § 5 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53.

[253] S. § 1 Abs. 3 VO PR Nr. 30/53.

[254] Hans-Peter Müller, „Vogel friss, oder stirb – oder: Der Spatz in der Hand... Wie das öffentliche Auftragswesen für marktangemessene Preise sorgt", ZfBR 2020, 479, S. 1.

Das bedeutet, dass „Rechtsgeschäfte, die gegen den Höchstpreisgrundsatz verstoßen, in Bezug auf den unzulässigen Preis grundsätzlich nichtig" sind.[255] Sie werden allerdings nicht rückabgewickelt, sondern anstelle des unzulässig vereinbarten Preises tritt der im Sinne der VO PR Nr. 30/53 zulässige betriebssubjektive Marktpreis (sofern nachgewiesen) oder der auf den angemessenen Selbstkosten des Unternehmens kalkulierte höchstzulässige Selbstkostenpreis. Bezogen auf Transaktionen besteht für den, den zulässigen Höchstpreis überstelgenden Preisanteil kein Rechtsgrund. Überzahlte Beträge sind eine ungerechtfertigte Bereicherung[256] und können durch den öffentlichen Auftraggeber zurückgefordert werden. Der Höchstpreisgrundsatz wirkt sich also nicht anspruchsvernichtend, sondern anspruchsbegrenzend aus.

Die Preisüberwachungsstellen der Länder sind für die Überwachung und Überprüfung der Einhaltung der Grundsätze der VO PR Nr. 30/53 zuständig.

Grundsätzlich erfasst das öffentliche Preisrecht auch alle PSA-Beschaffungen im Zuge der Corona-Krise 2020.

Insoweit führen [redacted] in einem [redacted] Kurzgutachten aus: „Gemäß dem Bedarfsmarktkonzept ist der relevante Markt sachlich, räumlich und zeitlich abzugrenzen. In sachlicher Perspektive geht es eindeutig um Schutzmasken als persönliche Schutzausrüstung im medizinischen Bereich, die den entsprechenden Qualitätsanforderungen genügen. In räumlicher Hinsicht liegt ein globaler Beschaffungsmarkt vor. Die Schutzmasken werden überwiegend auf internationalen Märkten eingekauft (Importbeschaffung), zugleich wird aber auch auf dem nationalen Markt beschafft. Entscheidend ist die zeitliche Abgrenzung des relevanten Marktes. Aufgrund der erheblichen Preisschwankungen im Jahresverlauf kann nicht der übliche Bezugszeitraum eines Kalenderjahres gewählt werden. Vielmehr ist hier ungefähr der Zeitraum des ersten Corona-Lockdowns vom 22.3.- 04.5.2020 relevant. Spätestens mit der Erklärung zur Pandemie am 11.03.2020 ist eine Notlage offiziell bestätigt worden und es hat sich demzufolge ein hoher Maskenbedarf begründet. Als relevanter

[255] Hans-Peter Müller, „Vogel friss, oder stirb – oder: Der Spatz in der Hand... Wie das öffentliche Auftragswesen für marktangemessene Preise sorgt", ZfBR 2020, 479, S. 2.
[256] §§ 812 ff. BGB.

Beschaffungszeitraum sind daher im Kern die Monate März bis Mai des Jahres 2020 anzusehen."[257]

Nach [redacted] könnte also der Wettbewerb für die PSA-Beschaffung im März 2020 nicht funktioniert haben und mithin der Markt gestört gewesen sein. Denn die COVID-Pandemie zog einen enormen Bedarfsanstieg nach sich, auf welchen der Markt (Angebotsseite) erst zeitlich verzögert reagieren konnte. Dieser Effekt verstärkte sich zeitweise noch, weil auch die Angebotsseite durch die Einschränkungen der Pandemie wie Krankenstände oder Lockdowns betroffen war. In dieser Zeit des Übergangs, in welcher die Nachfrage sprunghaft anstieg und parallel die Produktionskapazitäten ausgebaut wurden, um den globalen Bedarf bedienen zu können, könnte ob der skizzierten Asymmetrien ein Marktversagen vorgelegen haben.

Rückblickend ist festzustellen, dass die Nachfrage jedenfalls zeitweise nicht vollständig bedient werden konnte und es daher es zu sehr hohen Preisen des Gutes Masken kam.

Im Schlussbericht des „bayerischen Untersuchungsausschusses heißt es hierzu: „Schutzausrüstung wurde marktübergreifend für alle Nachfragenden zu einem „weltweiten Mangelprodukt", die Preise schossen „enormst in die Höhe". Angesichts der Relevanz der Ware für den Schutz von Menschenleben trat der Preis in seiner Bedeutung für zu schließende Verträge hinter die Aspekte der Lieferfähigkeit und der Warenmenge zurück. Atemschutzmasken wurden zum „Gold der damaligen Zeit", die Knappheit und das Pandemiegeschehen bestimmten preislich den Markt".[258] An anderer Stelle heißt es, dass es „in den ersten Wochen des März 2020 (...) sowohl der Markt für Schutzausrüstung als auch die Lieferketten insbesondere aufgrund des Ausfalls des hierfür zentralen chinesischen Marktes weltweit zusammengebrochen [war]. In einer absoluten Notlage war „der Markt leer gefegt", die Situation verbesserte sich in der Folge nur schrittweise, und „wenn mal ein Vertrag geschlossen wurde, wurden sehr viele nicht erfüllt".[259]

---

257 [redacted]

258 Schlussbericht des Untersuchungsausschusses zur Untersuchung eines möglichen Fehlverhaltens der zuständigen Staatsbehörden des Freistaates Bayern, der zuständigen Ministerien, von Abgeordneten, Staatsbediensteten und politischen Entscheidungsträgerinnen und -trägern bei der Vergabe, Vermittlung und Annahme von Aufträgen und Vertragsabschlüssen und bei der Veranlassung wirtschaftlicher Entscheidungen (Drs. 18/18474, 18/19471) „Masko" in Bayern (Drs. 18/28880) vom 16.05.2023, S. 73.

259 Schlussbericht des Untersuchungsausschusses zur Untersuchung eines möglichen Fehlverhaltens der zuständigen Staatsbehörden des Freistaates Bayern, der zuständigen Ministerien, von Abgeordneten, Staatsbediensteten und politischen Entscheidungsträgerinnen und -trägern bei der Vergabe, Vermittlung und

Die Beschaffung der Masken zur Prävention und Aufrechterhaltung des gesellschaftlichen Lebens war für den Staat zur Prävention und zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit alternativlos. Gleichzeitig konnte der Herstellermarkt nicht schnell auf die sprungartig gestiegene Nachfrage reagieren, obwohl es sich bei PSA um ein Massenprodukt geringer Fertigungstiefe handelt.

Wie dramatisch die Situation wahrgenommen wurde, zeigen auch die Diskussionen im Krisenstab der Bundesregierung, die sich sogar mit der möglichen Bedarfsdeckung durch Beschlagnahme von PSA befassten, ein Weg, der dann aber zugunsten der regulären Direktbeschaffung verworfen wurde.

Die Not der öffentlichen Hände lag weltweit vor und blieb der Angebotsseite natürlich nicht verborgen.

Zeitweise stiegen die Angebotspreise stark an, konnten quasi diktiert werden (z.B. [redacted] in Bayern mit 8,90 EUR/FFP2 oder NRW mit 9,90 EUR/FFP2[260]). Es bleibt für die PSA-Transaktionen aus dem kritischen Zeitfenster um den März/April 2020 also zu klären, ob zum jeweiligen Kontrahierungszeitpunkt ein funktionierender Wettbewerb und Marktpreise bestanden. Das bleibt im Einzelfall, also grundsätzlich für jede Transaktion, zu untersuchen. Das BMWK führt hierzu in einer Stellungnahme vom 03.12.2024 aus, dass „gerade in Krisenzeiten (...) die für die Bejahung der Marktgängigkeit einer Leistung notwendige Funktionsfähigkeit des Marktes nicht gegeben sein [kann] [redacted] Im Umkehrschluss kann aber nicht automatisch davon ausgegangen werden, dass eine Notlage automatisch das Fehlen eines Marktpreises bedingt, dies ist weiterhin im Einzelfall zu prüfen. Falls ein Marktpreis nach § 4 VO PR Nr. 30/53 vorliegt, wäre zudem auch weiterhin zu prüfen, inwieweit der vereinbarte Preis über diesem liegt und gegebenenfalls ein Verstoß gegen das Höchstpreisgebot vorliegt."[261] Hierbei werden ebenfalls Mengeneffekte bei einem Einkauf durch den Großeinkäufer Bund mit Mrd.-Stückmengen zu berücksichtigen sein. Die Stückpreise im Einkaufsbereich sind von daher nicht mit dem Einzelhandelspreis vergleichbar.

Annahme von Aufträgen und Vertragsabschlüssen und bei der Veranlassung wirtschaftlicher Entscheidungen (Drs. 18/18474, 18/19471) „Maske" in Bayern (Drs. 18/28880) vom 16.05.2023, S. 217.

[260] Urteil LG München Az 6Kls 301 Js 1498 vom 15.12.2023.

[261] [redacted]

Der bayerische Untersuchungsausschuss stellte jedenfalls in seinem 2023 erschienen Schlussbericht fest, dass es „jedenfalls bis Mitte April 2020 (...) keinen funktionierenden Markt für persönliche Schutzausrüstung mehr" gab.[262]

Zum selben Ergebnis kommt das Kurzgutachten [redacted] „Liegen besondere Umstände vor, die nicht auf einer natürlichen Marktentwicklung beruhen, wie etwa Naturkatastrophen, politische oder wirtschaftliche Krisen (z.B. durch kurzfristige Verknappung von Ressourcen), kann die Funktionsfähigkeit des Marktes und damit eine unbeeinflusste marktwirtschaftliche Preisbildung beeinträchtigt sein [redacted] Übersteigt die Nachfrage für ein Produkt das Angebot auf dem Markt, wird dessen Preis steigen. Allerdings muss eine Verknappung von Ressourcen (Mangellage) objektiv feststellbar sein und darf nicht als subjektives Marktempfinden zu verstehen sein [redacted] Ein Ausgleich zwischen Angebot und Nachfrage muss nicht mehr zu ausgeglichenen Preisen erfolgen können. Eine Mangellage wird sich üblicherweise nicht nur bei öffentlichen Aufträgen mit unangemessenen Preisen auswirken, sondern ganz allgemein zu einer Störung des wirtschaftlichen Gleichgewichst führen [redacted][263]

Eine Bestätigung der Annahme, dass die Preisbildung für PSA im Zeitfenster März/April 2020 gestört war, ergibt auch Abschlussbericht einer vom BMG selbst beauftragten Studie mit dem Titel „Aktuelle Lieferfähigkeit von PSA im Beschaffungsmarkt des Deutschen Gesundheits- und Pflegosektors" vom 05.08.2020 der [redacted] Danach wird ab der 26. Kalenderwoche 2020, also der Woche 22.-28.06.2020, festgestellt, dass für die Beschaffung von FFP2-Masken und MNS Masken „die vor der Krise etablierten Beschaffungswege für Schutzausrüstung wieder funktionieren und die Märkte die Lieferfähigkeit über das Wettbewerbsverfahren auch ohne staatliche Eingriffe grundsätzlich sichern können".[264] Mithin kommt damit implizit zum Ausdruck, dass das in den Wochen zuvor nicht der Fall gewesen, der Wettbewerb also gestört gewesen sei. Auch der für den bayerischen Landtag tätige Sachverständige [redacted] wird

---

[262] Schlussbericht des Untersuchungsausschusses zur Untersuchung eines möglichen Fehlverhaltens der zuständigen Staatsbehörden des Freistaates Bayern, der zuständigen Ministerien, von Abgeordneten, Staatsbediensteten und politischen Entscheidungsträgerinnen und -trägern bei der Vergabe, Vermittlung und Annahme von Aufträgen und Vertragsabschlüssen und bei der Veranlassung wirtschaftlicher Entscheidungen (Drs. 18/18474, 18/19471) „Maske" in Bayern (Drs. 18/28880) vom 16.05.2023, S. 76/77.

[263] [redacted]

[264] [redacted]

im Schlussbericht mit der Feststellung zitiert, dass es „trotz der im Vergaberecht üblicherweise sehr hohen Rechtsschutzintensität (...) es bei den jeweiligen Beschaffungen von PSA durch den Freistaat Bayern zu Beginn der Pandemie (..) nur zu einer sehr überschaubaren Anzahl von Entscheidungen (..), auch der für die Staatsregierung zuständigen Vergabekammer Südbayern [kam],was als ein sehr starkes Indiz für fehlende Angebotskonkurrenz anderer lieferfähiger Unternehmen im Zeitpunkt der jeweilige Auftragsvergaben angesehen werden konnte"[265].

[redacted] führen hierzu aus, dass „wenn – wie hier – das Korrektiv des Wettbewerbs ausfällt, (...) ein dem Formalziel der Gewinnmaximierung unterworfenes Wirtschaftsunternehmen legitimerweise versuchen [wird], seine privilegierte Marktsituation auszunutzen (MüKo, VgR II, § 5 VO PR Nr. 30/53, Rn 9)."[266] Ergänzend wird auf die Entscheidung des BGH zu § 138 BGB (u.a. Wucher) verwiesen, in welchem die „Grenze des Doppelten" entwickelt worden sei (BGH, NJW-RR 89, 1068).

Das Höchstpreisgebot des deutschen Preisrechts könnte nach alledem von Relevanz für die zahlreichen noch laufenden Gerichtsverfahren um die PSA-Beschaffung aus dem Jahr 2020 sein. Hier sollten zunächst folgende Fallkonstellationen unterschieden werden:

a) Direktvergaben

Im Zuge der Pandemie hatte der COVID19-Krisenstab die unabwendbare Dringlichkeit für die Beschaffung von Persönlicher Schutzausrüstung oder Beatmungs- und Intensivgeräten festgestellt. Neben der danach zulässigen Vergabe im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb hätten jedoch die übrigen Regularien beachtet werden müssen.

Zu den übrigen Regularien gehört, wie dargelegt, das öffentliche Preisrecht, das besagt, dass die jeweiligen Lieferanten den zuständigen Behörden darlegen können müssen,[267] dass sie die (z.B.) dem BMG angebotenen Preise auch sonst am Markt hätten durchsetzen können (Marktpreisvorrang), sofern ein entsprechender funktionierender Markt im Sinne der VO PR Nr. 30/53 bestand. Andernfalls kommen die Selbstkostenpreise auf Basis der VO PR Nr. 30/53

[265] Schlussbericht des Untersuchungsausschusses zur Untersuchung eines möglichen Fehlverhaltens der zuständigen Staatsbehörden des Freistaates Bayern, der zuständigen Ministerien, von Abgeordneten, Staatsbediensteten und politischen Entscheidungsträgerinnen und -trägern bei der Vergabe, Vermittlung und Annahme von Aufträgen und Vertragsabschlüssen und bei der Veranlassung wirtschaftlicher Entscheidungen (Drs. 18/18474, 18/19471) „Maske" in Bayern (Drs. 18/28880) vom 16.05.2023, S. 82.

[266] Kurzgutachten „Maskenbeschaffung durch das Bundesministerium für Gesundheit", Hoffjan/Müller, 02.12.2024, S. 2.

[267] S. zur Nachweispflicht der Unternehmen § 9 VO PR Nr. 30/53.

zur Anwendung. Sollte sich ein Differenzbetrag zum tatsächlich aufgerufenen Preis ergeben, könnte dieser sich anspruchsreduzierend auf die Transaktion selbst auswirken (Bereicherungsrecht). Ggf. kämen, z.B. im Falle der Nicht-Rückforderung auch Mehrerlösforderungen (zugunsten der jeweiligen Landeskasse) nach § 8 des Wirtschaftsstrafgesetzes in Betracht. Dies bleibt je Einzelfall weiterhin zu prüfen.

b) Open-House Verfahren

Im Open-House Verfahren des BMG aus dem März 2020 wurde der Preis für die zu beschaffenden PSA, konkret FFP2 Masken (oder KN95/N95), MNS und Schutzanzüge, jeweils durch das BMG vorgegeben. Auch diese Vorgabe könnte aufgrund der preisrechtlichen Regularien unzulässig und auch dem öffentlichen Auftraggeber nicht gestattet gewesen sein. Insoweit schützt das öffentliche Preisrecht auch den öffentlichen Auftraggeber (vor sich) selbst. Öffentliche Aufträge, die im Rahmen eines Open-House-Verfahrens vergeben wurden, bilden insoweit keine Ausnahme, wie die Stellungnahme des BMWK des zuständigen Referats aus dem Bundeswirtschaftsministerium auf Nachfrage bestätigtet.[268]

Ungeachtet dessen kann nicht nachvollzogen werden, warum die Preisfestlegung für das OHV am 23.03.2020 so, wie geschehen erfolgte, obwohl die Erkenntnis nachweisbar vorhanden war, dass der durchschnittliche Preis im Rahmen der Dringlichkeitsbeschaffungen (Stand 17.03.20) lediglich bei 2,83 EUR (netto) lag. Genau hier wird die Bedeutung des Höchstpreisgebotes in ihrer Wirkung deutlich. Der vom damaligen Bundesminister festgelegte Preis für FFP2 Masken in Höhe von 4,50 EUR (netto) überstieg nicht nur die Empfehlungen der Fachebene um rund 37%. Er könnte auch gegen den als Verbotsgesetz ausgestalteten Höchstpreisgrundsatz verstößen haben.

Bereits im Rahmen der Dringlichkeitsbeschaffungen wähnten sich die potentiellen Lieferanten in für sie sehr günstigen Zeiten und konnten, insbesondere da das Preisrecht damals nicht berücksichtigt wurde, ihre Gewinnvorstellungen geradezu spektakulär durchsetzen. So hat etwa die [redacted] FFP2/KN95 dem Freistaat Bayern Masken für 8,80 EUR angeboten[269]. Die Spanne der Angebotspreise schwankte indes beträchtlich, andere Unternehmen boten PSA zu deutlich günstigeren Preisen an.

---

[268] [redacted]

[269] vgl. Kapitel zu Verträgen mit [redacted] und LG München I, Urteil v. 15.12.2023, A2 6 KLs 301 Js 149894/21, Rn. 24.

Es ist mithin zu prüfen, ob die Preisbildung im Sinne der VO PR Nr. 30/53 einen Effekt auf die Vertragswerte aus dem OH-Verfahren haben könnte. Dies ergäbe sich, wenn ein Durchschnittspreis von 2,83 EUR (netto) oder geringer als Orientierung für das Ergebnis einer preisrechtlichen Prüfung anzusetzen wäre, im Verhältnis zum vorgegebenen Preis in Höhe von 4,50 EUR netto.

Im Falle von nicht funktionierenden Märkten (zum Transaktionszeitpunkt) oder nicht nachgewiesenen (betriebssubjektiven) Marktpreisen, also wenn das Unternehmen nicht nachweisen kann, dass etwa die 4,50 EUR oder ein anderer Preis (netto) pro FFP2 Maske (oder vergleichbarer Standard) auch sonst regelmäßig durchgesetzt werden konnte, könnte die Preisfestlegung im Sinne der VO PR Nr. 30/53 auf den individuellen Beschaffungskosten des Unternehmens sowie seiner sonstigen Kostenanteile im Vollkostenbereich basieren. Da im Open-House Verfahren auch völlig branchenfremde Unternehmen anboten, ist durchaus denkbar, dass der je Vertrag betriebssubjektiv zu ermittelnde rechtlich zulässige Preis sogar noch niedriger liegen könnte.

Das OLG Köln hielt in seinem Urteil vom 21.06.2024 [redacted] u.a. fest, dass in der Konsequenz aus dem OH-Verfahren alle Angebote angenommen wurden und somit kein Wettbewerb zwischen den Teilnehmern stattgefunden hat[270]. Damit kann bereits festgestellt werden, dass kein besonderer Markt durch Vergabe im Wettbewerb geschaffen wurde im Sinne der VO PR Nr. 30/53 und es damit u.U. insbesondere auf betriebssubjektiven Marktpreis ankommen kann i.S.d. Entscheidung des BVerwG vom 13.04.2016.[271]

Die sich beteiligten Unternehmen trugen – so war das Open House Verfahren ausgestaltet – de facto kein Vertragsrisiko, auch dann nicht, wenn sie die Vorgaben nicht erfüllten. Auch Unternehmen, die nicht fristgerecht und in der geforderten Qualität (vorgegebene Normierung) lieferten, setzen ihre Ansprüche gegen den Bund erfolgreich durch. Ein Begleitphänomen dieses bemerkenswerten Ergebnisses sind die in den Rechtsstreitigkeiten um das Open House Verfahren festzustellenden Abtretungsketten und Prozessfinanzierungen. Kurzum der in Aussicht stehende Gewinn attrahiert bis heute sehr diverse Agierende.

[270] OLG Köln, Urteil v. 21.06.2024, Az 6 U 117/23, Rn. 5.
[271] BVerG, Urteil v. 13.04.2016, Az 8 C 2.15.

Insofern ist es aus hiesiger Sicht nicht nachvollziehbar, dass das öffentliche Preisrecht bislang in den rechtlichen Auseinandersetzungen keine Rolle spielte, obwohl es im Ergebnis entweder zu Anspruchsbegrenzungen oder Rückforderungsansprüchen führen könnte. Auch Mehrerlösabforderungen nach dem Wirtschaftsstrafgesetz aus bereits abgewickelten Verträgen sind denkbar, zumal Verstöße gegen die VO PR Nr. 30/53 dem Wirtschaftsstrafrecht unterliegen.[272] Auch dem Schlussbericht des Untersuchungsausschusses in Bayern ist hierzu aus dem Minderheitenbericht Unverständnis wie folgt zu entnehmen: „in seinem Haus [LM für Wirtschaft] gab es auch keine Erwägungen diese Beschaffungen durch die Preisprüfungsstelle kontrollieren zu lassen".[273]

Dies gilt umso mehr als das kumulierte Klagerisiko der in verschiedenen Instanzen gerichtsanhängigen Verfahren etwa 2,3 Mrd. EUR umfasst (ohne Zinsen und sonstige Nebenforderungen). Einen weiterem Aspekt ergeben die Zug-um-Zug-Klagen gegen den Bund, deren Begehr sich in der Sache darauf richtet, gegen den Bund noch heute die Preise aus dem Open-House-Verfahren durchzusetzen. Dem könnte das öffentliche Preisrecht entgegenstehen, das bei der Bewertung der Marktgängigkeit einer Leistung oder eines Produktes auch auf den zeitlichen Bezug abstellt. Insoweit ist festzustellen, dass die Maskenpreise sich ab 2021 und in den Folgejahren auf ein Preisniveau von ca. 0,25 EUR/Stück eingependelt haben."[274]

Der mögliche Einwand widersprüchlichen Verhaltens, also dass die ggf. rechtswidrige Preisvorgabe ja durch den Bund selbst erfolgte, verkennt, dass das Preisrecht sich auch an die öffentlich Agierenden richtet. Ihnen ist es ebenso wie allen anderen Marktteilnehmenden untersagt, Preise in Aussicht zu stellen, die gegen die Vorgaben der VO PR Nr. 30/53 verstoßen.

„Nicht eine angenommene vermeintliche Mangellage, sondern die vom BRH festgestellte massive Überbeschaffung unter Außerachtlassung vorhandener regulativer wettbewerblicher und preisrechtlicher Instrumentarien haben gestiegene Preise provoziert. Hinzu kommt die

[272] s. § 11 VO PR Nr. 30/53 und Gutachten des wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestages vom 10.09.2020, Az WD7-3000-100/20, Ziff. 5, S. 8

[273] Schlussbericht des Untersuchungsausschusses zur Untersuchung eines möglichen Fehlverhaltens der zuständigen Staatsbehörden des Freistaates Bayern, der zuständigen Ministerien, von Abgeordneten, Staatsbediensteten und politischen Entscheidungsträgerinnen und -trägern bei der Vergabe, Vermittlung und Annahme von Aufträgen und Vertragsabschlüssen und bei der Veranlassung wirtschaftlicher Entscheidungen (Drs. 18/18474, 18/19471) „Maske" in Bayern (Drs. 18/28880) vom 16.05.2023, S. 567.

preisrechtlich hochfragwürdige und großzügige Preisvorgabe je Maske im Open-House-Verfahren."[275], so [redacted] in ihrem Kurzgutachten vom 02.12.2024. Denn die Beschaffungsmengen, die das BMG über alle übrigen Beschaffungskanäle akquirierte, wie etwa Logistik-Sourcing, Tender-Verfahren oder Unternehmensnetzwerk, zeigen, dass die Mangellage jedenfalls nicht so ausgeprägt war, wie man vermutet hatte.

Ähnlich wie [redacted] rät auch das zuständige Referat des Bundeswirtschaftsministeriums nun, die zuständigen Preisprüfungsbehörden zu befassen. „Die Preisbehörde entscheidet nach pflichtgemäßem Ermessen, ob sie eine Preisprüfung vornimmt (§ 9 Abs. 3 VO PR Nr. 30/53). Das Ergebnis der Preisprüfung durch die Preisbehörde hat jedoch keine unmittelbaren Rechtsfolgen; stellt die Behörde einen Verstoß gegen das Höchstpreisgebot fest, ist dies dementsprechend nicht nach außen verbindlich. [redacted] Interne Vorprüfungen und die Befassung der jeweils zuständigen Preisüberwachungsstellen sollten nunmehr zügig vorgenommen werden."[276]

„Die Maskenbeschaffung ist augenscheinlich ein Fall von Versagen aufgrund von Nichtrationalität des öffentlichen Auftraggebers. Der öffentliche Auftraggeber beschafft nicht mit eigenen, selbst-erwirtschafteten Mitteln und im eigenen ökonomischen Interesse. (...) Infolge des nicht wettbewerblichen Suchprozesses im Open-House-Verfahren zahlt er einen höheren Preis als im funktionierenden Wettbewerb. (...) Hier zeigt das öffentliche Preisrecht, was es kann, indem es dieses Rationalitätsdefizit der öffentlichen Beschaffung ausgleicht. Der Normzweck der PreisVO stellt gemäß der Rechtsgrundlage – § 2 des Preisgesetzes – die Aufrechterhaltung des Preisstandes dar. Das öffentliche Preisrecht schützt also den Auftraggeber davor überhöhte Preise zu zahlen."[277], so [redacted] im Dezember 2024.

---

[275] [redacted]

[276] Stellungnahme des BMWK Ref. [redacted] vom 03.12.2024, S. 2. Weiter wird ausgeführt: Eine zeitliche Begrenzung für Prüfungsmaßnahmen besteht zwar nicht, solange sie nicht zur Feststellung von Ordnungswidrigkeiten dient (siehe Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller, VO PR Nr. 30/53 § 9 Rn. 139). Sie sollten allerdings innerhalb von zehn Jahren nach der Bezahlung erfolgt sein, da der Auftragnehmer die für die Prüfung benötigten Unterlagen in der Regel nur zehn Jahre aufbewahren muss, § 9 Abs. 1 S. 3 VO PR Nr. 30/53. Zivilrechtliche Verjährungsfristen sind dabei ebenfalls zu beachten.

[277] [redacted]

Vorbehaltlich des Prüfungsergebnisses der zuständigen Behörden und Gerichte könnte am Ende einer Preisprüfung das Ergebnis stehen, dass die von der Klägerseite bisher erwarteten Gewinne sich so nicht realisieren lassen.

Allein der Verweis auf das öffentliche Preisrecht im Sinne der VO PR Nr. 30/53 hat in der Vergangenheit, und zwar gerade in durch Übernachfrage gekennzeichneten Phasen, Wirkung gezeigt, etwa in 2015 bei der kommunalen Beschaffung von Wohncontainern:

Die Kommunen waren seinerzeit gezwungen, im Zuge der Flüchtlingskrise kurzfristig Unterbringungsmöglichkeiten zu (be-)schaffen. Die Anbietenden von Wohncontainern kalkulierten hier bereits hohe Gewinne. Jedoch wies zuständige Referat im BMWK in Abstimmung mit dem Städte- und Gemeindebund in einem Rundschreiben auf die rechtlich bindenden Wirkungen des Preisrechts und die Folgen bei Verstößen hin.[278] Dies wurde dann entsprechend bekannt gemacht. Mögliche Lieferanten von Wohncontainern antizipierten in der Folge die preisrechtlichen Vorgaben und reduzierten ihre Preise entsprechend, da sie eine mögliche Preisprüfung durch die Landespreisprüfstelle fürchten mussten.

Ähnliches wurde anekdotisch aus dem BMWK für die Beschaffung von IT in der Pandemie berichtet. Allein der prominente Verweis auf die VO PR Nr. 30/53 führte insoweit zu für die öffentliche Hand akzeptable(re)n Preisen mit gleichwohl respektablen Gewinnen für den jeweiligen Auftragnehmer.

Entsprechend obiger Ausführungen müssen nun auf Basis anstehender Clusterung Minderungen und Rückforderungen geprüft werden. Priorisiert nach laufenden Verfahren könnten die Preisprüfbehörden um entsprechende Prüftätigkeit ersucht werden. Bei bereits abgewickelten Verträgen, wenn eine zivilrechtliche Rückforderung ggf. nicht möglich wäre[279], bliebe statt der Rückforderungsansprüche aus Preisprüfungen die Mehrerlösabforderung gem. § 8 Wirtschaftsstrafgesetz, die in die Haushaltskasse des jeweiligen Landes überginge.

Das Preisrecht ist ein neben dem Vergaberecht bestehendes Rechtsgebiet, welches sogar vielen öffentlichen Auftraggebern unbekannt ist. So haben etwa die in Amtshilfe beauftragten Beschaffungsbehörden des Bundes ebenfalls diesen Ansatz nicht weiterverfolgt. Entstanden ist das Preisrecht in einer Zeit dysfunktionaler Märkte mit sehr nachteiligen wirtschaftlichen

---

[278] www.vergabeblog.de „DStGB: Anwendung des Preisrechts gegen überteuerte Containerlösungen", 13.10.2015.

[279] Vgl. §§ 814, 817 BGB.

Folgen für die Allgemeinheit. Der Gesetzgeber hat die Grundlage des PreisG bis heute aufrechterhalten, denn Notlagen und disruptive Märkte können sich, wie die kommunale Containerbeschaffung aus dem Jahr 2015 und die PSA-Beschaffung aus dem Jahr 2020 zeigen, aus unterschiedlichsten Anlässen immer wieder einstellen.

Die Aufnahme des Preisrechtsarguments – soweit in der jeweiligen Prozesslage sachgerecht – in die laufenden Gerichtsverfahren wurde unterdessen eingeleitet.[280]

[280] Vgl. Thomas Steinmann, Lauterbach-Anwälte gehen auf Distanz zu Spahns Maskendeals, Capital.de v. 14.01.2025, abgerufen am 19.01.2024.

D. Vergleiche

Im Rahmen der Abwicklung diverser Verträge, insbesondere im Open-House-Verfahren, kam es zu Streitigkeiten, hauptsächlich die Themen fristgemäße Lieferung (Fixgeschäftsproblematik) sowie Sachmängel, gelegentlich auch andere rechtliche Fragestellungen (z.B. Wirksamkeit von (Ketten-)-Abtretungen, anbieterseitige AGB, etc.) betreffend. Eine erhebliche Zahl dieser Streitigkeiten wurde seit 2020 im Vergleichswege beendet.[281] Gerade bei strittigen Tatsachen, kann ein Vergleich i.S.d. § 779 BGB, d.h. ein gegenseitiges Nachgeben mit dem Ziel der Befriedung des Rechtsstreits ein legitimes Mittel zur Beendigung der Sache darstellen. Das gilt insbesondere bei Ungewissheit, also dann, wenn die Verwirklichung eines Anspruchs unsicher ist (§ 779 Abs. 2 BGB).

Vergleiche können außergerichtlich (z.B. als Anwaltsvergleiche) geschlossen oder gerichtlich protokolliert (§ 160 Abs. 3 Nr. 1 ZPO) werden. Mit einer Ausnahme handelt es sich bei den im Rahmen von Streitigkeiten um die PSA-Beschaffungen geschlossenen Vergleichen um Anwaltsvergleiche. Nur in einem Fall aus dem Unternehmensnetzwerk wurde der Streit im Wege eines gerichtlich protokollierten Vergleichs beendet.

Der Bund unterliegt bei Vergleichsschlüssen besonderen Restriktionen, die sich aus der Bundeshaushaltsordnung (BHO) ergeben.

Danach dürfen Vergleiche dürfen nur abgeschlossen werden, wenn das für den Bund zweckmäßig und wirtschaftlich ist (§ 58 Abs. 1 Nr. 2 BHO), also in Summe vorteilhaft ist. Zudem bedürfen Vergleiche gem. § 58 Abs. 2 BHO der Einwilligung des Bundesministeriums der Finanzen. In der einschlägigen Verwaltungsvorschrift zur Bundeshaushaltsordnung vom 14.03.2021 wird dies dahingehend konkretisiert, dass es „einer Einwilligung des Bundesministeriums der Finanzen zum Abschluss eines Vergleichs bedarf", „wenn dadurch der Bundeshaushalt um mehr als 500 000 Euro belastet wird oder über- oder außerplanmäßige Ausgaben oder Vorpflichtungsermächtigungen entstehen"[282].

---

[281] Laut Übersicht des Betriebsführers vom 10.12.2024 gab 134 Vergleichsverhandlungen mit recht unterschiedlichem Ausgang: von keiner Auszahlung bis hin zu Auszahlungsbeträgen größeren Umfangs.

[282] Ziff. 2.2 VV zum § 58 BHO aus Allgemeine Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung (VV-BHO) vom 14.03.2021 in der Fassung des BMF Rundschreibens vom 17.05.2024.

Diese Regelungen erfassen auch die zahlreichen Vergleiche, die das BMG seit 2020 zur Abwicklung seiner PSA- und sonstigen Beschaffungsaktivitäten geschlossen hat.

Das BMG nahm auf Ebene AL [redacted] im Jahr 2020 Kontakt mit dem BMF auf, um zu vereinbaren, dass das BMF darauf verzichtet, in jedem Einzelfall im Rahmen einer Einwilligung gem. § 58 Abs. 2 BHO beteiligt zu werden. Die zuständige Abteilungsleitung im BMF wurde daher mit dem folgenden Vorschlag angeschrieben: „Ich übersende unseren leitungsgebilligten Leitfaden für den Abschluß von Vergleichen im Rahmen des Open-House-Verfahrens. Unsere Anwälte haben überschlägig zwei Szenarien aus Haushaltssicht berechnet. Die entsprechende Übersicht von [redacted] füge ich bei. Auch unter Annahme der ungünstigsten Entwicklung liegen wir noch im Rahmen von Kap. 1503, Tit. 684 03 „Zuschüsse zur Bekämpfung des Ausbruchs des neuen Coronavirus" in der Fassung des Zweiten Nachtragshaushaltsgesetzes 2020. Mein Vorschlag ist, daß BMG Ihnen etwa alle zwei Wochen die Entwicklung in Kennzahlen meldet und eine Fallübersicht übermittelt. Auf der Grundlage des beigefügten Leitfadens beginnen wir umgehend mit Vergleichsgesprächen. Abschlüsse stellen wir bis zu einer finalen Verständigung mit Ihnen unter Vorbehalt."[283] Mit dieser E-Mail wird dem BMF ein Grundsatzvermerk als Basis eines gemeinsamen Verständnisses zu Vergleichen im Open-House-Verfahren beigefügt.

Der Bezugsvermerk enthält (hier auszugsweise) folgende Textpassagen:

„(...) Die Anlieferung der Ware hatte bis zum 30. April zu erfolgen. Als Zahlungsfrist waren 7 Tage nach Anlieferung vorgesehen. Zur Beschreibung der Beschaffenheit der zu liefernden FFP2- und KN95-Masken verwies die Leistungsbeschreibung für die FFP2-Masken auf den Standard EN 149 nach der Verordnung (EU) 2016/425 („PSA-VO") und für die KN95-Masken auf die gleichwertige chinesische Norm GB 2626. Im Open House-Verfahren wurden 535 Lieferanten insgesamt 739 Zuschläge erteilt. **Davon lieferten 361 Lieferanten innerhalb der vorgegebenen Lieferfristen.** Das Gesamtvolumen der angelieferten Masken beträgt über 258 Mio. FFP2-/KN 95-Masken, wobei ganz überwiegend KN 95-Masken angeliefert wurden, und über 65 Mio. OP-Masken. **Sämtliche gelieferten Masken sind nach Anlieferung einer TÜV-Prüfung unterzogen** worden, die in TÜV-Protokollen dokumentiert ist und die z.T. aufgrund der umfangreichen angelieferten Warenmengen bis zu mehreren Wochen gedauert hat. [redacted]

283 [redacted]

[redacted]

[redacted][284]

„Bei der Prüfung der Ware orientiert sich der TÜV Nord an dem in enger Abstimmung mit dem Bundesinstitut für Arzneimittel (BfArM) entwickelten Prüfgrundsatz für Corona SARS-Cov-2 Pandemie Atemschutzmasken („**CPA-Prüfgrundsatz**"), der an den europäischen Standard EN 149 angelehnt ist.(...) **Darüber hinaus wendet der TÜV Nord mit Prüfung der Hydrophobie ein Prüfkriterium an, das weder unter dem CPA-Prüfgrundsatz noch nach dem europäischen und chinesischen Standard vorgeschrieben ist.** Durch dieses Kriterium soll sichergestellt werden, dass die Masken die aus Sicht des BfArM gebotene Konformität mit grundlegenden Gesundheits- und Sicherheitsanforderungen für den bezweckten Einsatz als Covid19-Schutz erfüllen."[285]

„Die **Prüfergebnisse des TÜV werden von so gut wie allen Lieferanten angegriffen**, deren Ware aufgrund der Prüfprotokolle ganz oder teilweise als mangelhaft zurückgewiesen wird (**ca. 180 Lieferanten**): Neben dem grundsätzlichen Einwand, dass das falsche Prüfverfahren angewandt wird, wird oft zusätzlich angegriffen, dass **unabhängig vom angewandten Grundsatz die konkrete Durchführung der Prüfung fehlerhaft** war."[286]

„Die uneingeschränkte Zugrundelegung der TÜV-Prüfergebnisse zur **Begründung der Mangelhaftigkeit birgt vor dem Hintergrund der o.g. Leistungsbeschreibung für das Open-House-Verfahren daher das Risiko**, dass Gerichte dies nicht (uneingeschränkt) anerkennen. Sollte sich dieses Risiko realisieren, müssten die Masken als mangelfrei akzeptiert und neben dem Kaufpreis sehr hohe Verzugszinsen [redacted] sowie angesichts der Streitwerte sehr hohe Gerichts- und Anwaltskosten bezahlt werden."[287]

Schließlich wird folgender Praxisvorschlag unterbreitet:

„Um möglichst viele potentielle Streitfälle schnell erledigen zu können, bitten wir deshalb, dem Abschluss von Vergleichen bei Lieferungen im Rahmen des Open House-Verfahrens auf

[redacted]

284
285
286
287

der Grundlage der Leitlinien unter 2. zuzustimmen bzw. auf die Einwilligung gemäß § 58 Absatz 2 BHO im Einzelfall zu verzichten soweit es um eine der vorgenannten Fallgruppen geht. Fälle von grundsätzlicher Bedeutung oder relevante Fälle außerhalb der vorgenannten Fallgruppen legt das BMG dem BMF zur Einwilligung vor."

Die Frage nach dem „Verzicht der Einzelbewilligung vor Vergleichsschluss" lehnte das BMF ab[288]. Zu den im Grundsatzvermerk breit geschilderten Fallkonstellationen äußerte das BMF sich nicht, sondern stellte fest, dass insbesondere Preisreduzierungen für mangelhafte PSA in der Zuständigkeit des BMG lägen.

Ungeachtet dieser in der Sache ablehnenden Antwort aus dem BMF informierte das für den Haushalt zuständige Referat Sts [redacted] dahingehend, dass diese „eine gute Nachricht [sei], weil sich das BMF nur wenig in die „Vergleiche" einbringen wolle. Auf der Grundlage des Vermerks wird [redacted] den Abschluss der Vergleiche im Rahmen des Open-House-Verfahrens beginnen."[289] Die Klarstellung des BMF zur Einhaltung der Vorgaben aus § 58 BHO beachtete das BMG seit 2020 nicht. Erst im Zuge der aktuellen Untersuchungen griff die Haushaltsdirektorin des BMF den Vorgang mit Mail vom 06.01.2025 wieder auf.[290]

Bis heute wurden, soweit bekannt, durch bzw. im Auftrag des BMG in 134 Fällen Vergleichsverhandlungen geführt.[291] Davon wurden 26 Vergleiche ohne Klageverfahren in den Jahren 2020 und 2021 abgeschlossen, darunter viele mit einem Vergleichswert über EUR 500.000 und einige im zweistelligen Millionen-Wert. Der zuständige BfdH konnte selbst eine Liste mit 95 Vergleichen vorlegen, was die schwierige Informationslage im BMG unterstreicht.[292]

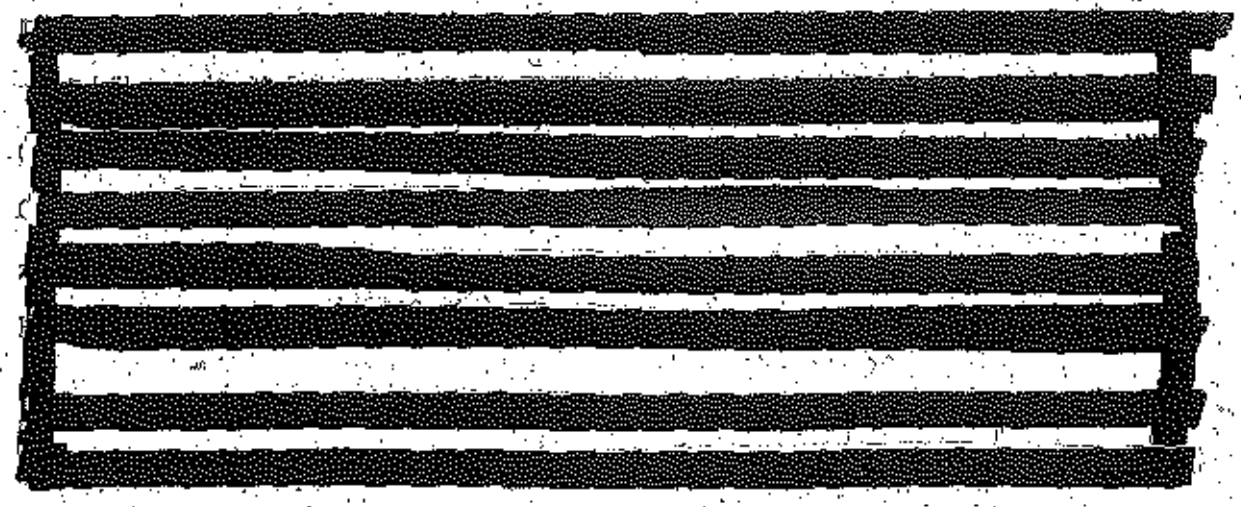
Mit Ausnahme des erwähnten einzigen gerichtlich protokollierten Vergleichs handelte es sich um so genannte „Anwaltsvergleiche".[293]

[redacted]

Die Vergleiche erfolgten ob der schwierigen und risikobehafteten Position des Bundes, beispielsweise aufgrund streitiger Prüfanforderungen des TÜV Nord für FFP2 oder KN95 Masken.

Ein Verfahren gem. § 58 BHO mit vorheriger Beteiligung des BMF bei Vergleichsabschlüssen von über 500.000 EUR unterblieb, weil die Antwort des BMF ungeachtet ihres Wortlauts nicht als Ablehnung des vorgeschlagenen Vorgehens verstanden wurde. In der Folgezeit übersandte das BMG dem BMF zwischen August 2020 und Februar 2022 insgesamt fünf nachträglich erstellte Vergleichslisten, die auch Vergleiche aus Direktbeschaffungen oder aus dem Unternehmensnetzwerk aufführten.[294] In keinem Vergleichsfall – weder in der Folge des Open-House-Verfahrens noch bei Direktbeauftragungen – wurde das BMF vorab gem. § 58 BHO beteiligt und um Zustimmung gebeten. Dies ergab sich nach Sichtung aller Genehmigungen des BMF nach § 58 BHO von 2020 bis heute.[295]

In 58 Fällen, wäre ausweislich einer auf Nachfrage vom Betriebsführer übersandten Übersicht vorab die Genehmigung des BMF einzuholen gewesen.[296] Die Darstellung in den Listen ist unübersichtlich, insbesondere sind die Vergleichswerte nicht intuitiv erfassbar, sondern fehlen teils völlig oder sind nur durch detaillierte Lektüre ermittelbar. Das BMF nahm die bis Februar 2022 auf Referatsebene übersandten Listen zu seinen Unterlagen. Proaktive Nachfragen des BMF beim BMG, um die Beachtung der BHO einzufordern, konnten nicht festgestellt werden.



294 [redacted]
295 [redacted]
296 [redacted]
297 [redacted]
298 [redacted]

[redacted]

Der Vergleich mit der [redacted] bezog sich nicht auf eine Transaktion aus dem Open-House-Verfahren, sondern es handelte sich um einen Direktbeschaffungsvorgang, auf den das „Listenverfahren" sich vorschlagsgemäß eigentlich gar nicht bezogen hätte.

[redacted] ist insoweit kein Einzelfall. So sind in der Vergleichsliste weitere Direktvergaben enthalten, wie die [redacted]

[redacted] In den Fällen, in denen Vergleichssummen von über 500.000 EUR abgeschlossen wurden, hätte zuvor eine Befassung und Genehmigung des BMF im Sinne des § 58 BHO erfolgen müssen – dies übrigens ungeachtet angeblicher Missverständnisse um das im August 2020 für Transaktionen aus dem Open-House-Verfahren vorgeschlagene Listenverfahren.

[redacted]

Vergleiche sind durch gegenseitiges Entgegenkommen geprägt. Im Lichte der Marktlage im Mai 2020 erschließt sich jedenfalls nicht, inwiefern der [redacted]vergleich die Interessen des Bundes angemessen abbildet. Denn zum Zeitpunkt des Anwaltsvergleichs, dieser war der PSA-Bedarf bereits mehr als gedeckt. Stückpreise von über 7 EUR sind vor diesem Hintergrund schwer nachvollziehbar. Im Bericht des BMG an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages zum 03.03.2021 wurde auch dargelegt, dass [redacted] anders als im Vergleich vorgesehen, nicht bis zum 30.07.2020 vollständig geliefert habe. Hinsichtlich Liefermengen im Volumen von ca. 52 Mio. EUR brutto (44,3 Mio. EUR netto) fänden noch Verhandlungen statt.

Auf diesbezügliche Nachfrage der SVB verwies der Betriebsführer unter dem 18.01.2025 auf die Nachlieferungsmöglichkeit aus der Klarstellungsvereinbarung, die im Umfang von rund 52 Mio. EUR unterblieben sei und führte aus: „Über den Sachverhalt wurden keine weiteren Gespräche mit der [redacted] geführt." Auf welche Verhandlungen das BMG sich dann im Bericht an den Haushaltsausschuss bezog, konnte bisher nicht geklärt werden.

[203] Klarstellungsvereinbarung zu Lieferverträgen für Schutzausrüstung vom 18.05.2020.

Seit März 2022 wurden dem BMF keine Vergleichstabellen mehr übersandt und auch keine Zustimmungen eingeholt.

Derzeit klärt das BMG mit dem BMF, wie diese Versäumnisse jetzt nachgeholt/geheilt werden können. Denkbar wäre, dass dem BMF die Vergleiche seit 2020 mit einem Wert von über 500.000 EUR nachträglich zur Kenntnis zu bringen und für die wertmäßig darunter liegenden Vergleiche das Listenverfahren nachzuholen.

E. Schiedsgerichtsverfahren in China

Im Rahmen der diversen Beschaffungsaktivitäten des BMG wurde u.a. auch die [redacted] mit der Beschaffung und Lieferung von PSA aus China mit Vertrag vom 25.03.2020 beauftragt (vgl. Kapitel Logistik-Sourcing). In diesem Zusammenhang wurde PSA nach Deutschland geliefert, wobei der TÜV ggf. vorhandene Qualitätsmängel erst hier feststellte.

Entsprechend einer Vereinbarung zwischen dem BMG und der [redacted] betreibt die Kanzlei [redacted], welche das BMG beauftragte, elf Schiedsverfahren in China vor Schiedsgerichten, die dort nach den Regeln der „China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC)"[301] konstituiert wurden. Diese anhängigen Verfahren resultieren aus dem „Logistic-Sourcing" der [redacted]. Inhaltlich geht es um die Rückforderung von Kaufpreisen sowie Schadensersatz in Höhe von zusammen ca. 200 Mio. EUR.[302]

Die [redacted] hatte im Frühjahr 2020 für das BMG in China PSA beschafft. Das Konzept beruhte darauf, dass [redacted] direkt in China mit PSA-Herstellern Verträge zugunsten des BMG abschloss. Dieser Plan war von [redacted] entwickelt und dem BMG mit Email vom 31.03.2020 vorgeschlagen worden.[303] Das BMG war auf den Vorschlag eingegangen und dann mit der Zahlung in Vorleistung getreten. Bei Ankunft der Ware in Deutschland stellten sich teilweise Mängel heraus, weshalb der Kaufpreis insoweit nun zurückgefordert werden soll. Die Rückforderungsansprüche können aufgrund der Schiedsgerichtsabrede nur vor den CIETAC-Schiedsgerichten verfolgt werden. Es gilt chinesisches Recht und es gibt keine andere Möglichkeit, die Ansprüche des Bundes durchzusetzen.

Die [redacted] ist Schiedsklägerin, denn in den Logistik-Sourcing Verträgen waren neben den Schiedsgerichtsklauseln (und der Anwendbarkeit chinesischen Rechts) auch Abtretungsverbote vereinbart worden. In neun der elf Verfahren haben die Beklagten ihren Sitz in China, zwei Verfahren betreffen deutsche und ein Verfahren betrifft einen niederländischen Lieferanten.

[301] Vgl. https://www.cietac.org/en/cat/rules/259/articles, abgerufen am 03.01.2025.

[302] [redacted]

[303] [redacted]

Für die Verfahren hat das BMG die Anwaltskanzlei [redacted] aufgrund ihrer Expertise für Streitigkeiten im Rahmen deutsch-/chinesischer Wirtschaftsbeziehungen mandatiert. Die vertretenden Rechtsanwälte sind optimistisch, was den Erfolg der Verfahren betrifft und sie schätzen jedes einzelne Verfahren so ein, dass die Erfolgsaussichten die Risiken überträfen. Insgesamt seien, so die Ansicht der mandatierten Anwälte, die Chancen der Verfahren bei weitem höher als deren Kosten. Letztere beziffert die Kanzlei mit etwa 10% des Streitwerts.

Diese optimistische Einschätzung stützt sich vor allem zwei Gründe: Zum einen sei die Rügefrist bei Sachmängeln in China mit zwei Jahren großzügiger bemessen als in Deutschland und das chinesische Recht kenne keinen Vorrang der Nacherfüllung. Zum anderen liege der Sitz aller befassten Schiedsgerichte in China, weshalb die Anerkennung und Vollstreckung der Schiedssprüche wahrscheinlich sei. Bislang allerdings erging noch kein Schiedsspruch. Die elf Verfahren befinden sich im Stadium der gutachtlichen Stellungnahmen und werden sich nach Einschätzung der Kanzlei noch bis weit in das Jahr 2025, teils bis 2026 (oder länger) hinziehen. In diesem Zusammenhang wurden bereits zahlreiche Gutachten erstellt und es fallen Lagerhaltungskosten an.

Eine Wirtschaftlichkeitsbetrachtung aller Kosten gegenüber dem angestrebten Schiedsspruch mit der Folge von Rückzahlungen an den Bund konnte bisher nicht gefunden werden.

Bei einem weiteren Verfahren ([redacted]) ebenfalls aus dem [redacted] muss das BMG aktuell über die Einleitung eines Schiedsverfahrens entscheiden. Die Sach- und Rechtslage entspricht inhaltlich derjenigen der bereits eingeleiteten elf Verfahren, jedoch war hier kein Abtretungsverbot vereinbart, so dass das BMG selbst das CIETAC-Verfahren in China einleiten könnte bzw. ggf. müsste. Die Anwälte raten, dies zu tun, weil auch hier die Erfolgsaussichten höher seien als die Risiken.

Etwas anders gelagert ist der Fall [redacted],[804] der keinen Bezug zum [redacted] Logistik-Sourcing aufweist. Die [redacted] ist ein chinesisches Staats-Unternehmen. Hier geht es um mögliche Rückzahlung in Höhe von insgesamt 128.456.840 USD: Der Bund (vertreten durch das BMG) erwarb von der [redacted] im Zuge der Direktbeschaffungen des BMG mit Vertrag vom 16.04.2020 diverse PSA, und zwar 100 Mio. OP-Masken (zu 0,45 USD/Stück) und 100 Mio. KN95-Masken

[804] [redacted]

(zu 2,00 USD/Stück). Die vereinbarte Liefermenge der KN95-Masken wurde im Juni 2020 auf 90 Mio. Stück reduziert. Nach Übergabe der Masken (noch in China) stellten sich jedoch Mängel heraus. Diese betrafen 61.262.920 Stück der KN95-Masken und 13.180.000 Stück der OP-Masken.

Am 14.09.2021 kündigte das BMG den Kaufvertrag, betreffend die 13.180.000 Stück an mangelhaften OP-Masken und forderte den Kaufpreis in Höhe von 5.931.000 USD zurück. Im Übrigen fanden monatelange und letztlich in der Sache erfolglose Gespräche des Betriebsführers mit der [redacted] statt. Daraufhin kündigte das BMG den Kaufvertrag auch betreffend 61.262920 Stück KN95-Masken mit Schreiben vom 14.10.2022 und forderte diesbezüglich den entsprechenden Kaufpreis in Höhe von 121.525.840 USD zurück. Seitens BMG wurden auf Ebene AL [redacted] am 21.12.2023 mit einem Vertreter der Chinesischen Botschaft in Berlin als auch auf Fachebene bis August 2024 weitere, aber bis heute ohne Ergebnis, Gespräche geführt.

Nach Einschätzung der für die bereits laufenden Schiedsverfahren mandatierten Anwälte bietet die Einleitung eines Schiedsverfahrens die größte Chance, die Ansprüche des Bundes gegen die Fa. [redacted] durchzusetzen. Allerdings bestünden teilweise erhebliche Rechtsrisiken, weil die nach chinesischem Recht bestehende 2-jährige Rügefrist in Bezug auf einen Teil der Rückforderungsansprüche (dies betrifft einen Teil der KN95-Masken) wahrscheinlich versäumt worden sei.[305] Zu beachten sei ferner die nach vier Jahren eintretende Verjährung, die ab dem 14.09.2025 möglichen Forderungen entgegenstehen könnten. Der Umstand der Beteiligung des Chinesischen Staates spiele jedoch, so die mandatierten Anwälte, für die Erfolgsaussichten des Schiedsverfahrens keine Rolle, was auch statistisch belegbar sei.

Insgesamt fehlt es bei den bisherigen Schiedsverfahren n. E. an einer übergeordneten Wirtschaftlichkeitsbetrachtung unter Berücksichtigung aller Annexkosten über die Zeit hinweg. Die weitere Befassung und ggf. Beweisfeststellungen bis in das Jahr 2027 basiert auf der Einschätzung der mandatierten Kanzlei. Die Kosten trägt nach aktuell vorliegenden

[redacted]

Unterlagen der Bund, so legt es zumindest eine Übereinkunft des BMG vertreten durch [redacted] mit der [redacted] aus Februar 2021 nahe.

F. Regress [redacted]

Im Rahmen der Leistungserbringung im Bereich Logistik und Logistik-Sourcing (Beschaffung in China) kam es zu den bereits angesprochenen Leistungsstörungen sowohl im Rahmen der Logistikbeauftragung als auch im Rahmen der Beschaffungsaktivitäten aus dem Logistiksourcing. Der SPIEGEL hält in einem Interview 2021 mit dem damaligen Gesundheitsminister fest, dass der Auftrag der [redacted] „für eine Maskenlieferung über ein mögliches Volumen von knapp 1,5 Milliarden Euro" „Glück im Unglück" gewesen sei, weil der Gesamtumsatz der [redacted] vor Corona bei 1,3 Milliarden Euro gelegen habe.[306]

Bereits am 05.07.2020 hatte der AL [redacted] gegenüber seinem Team festgestellt, dass „wir (...) Regreß gegen die [redacted] prüfen" müssen[307]. Ebenso hatte Sts [redacted] in einer Anmerkung aus dem August 2020 vermerkt, dass Schadenersatzansprüche u.a. gegen die [redacted] wegen Fehlern im Open House Verfahren geprüft werden sollen.[308] Mit der Prüfung von Ansprüchen gegen die [redacted] hatte das BMG den damaligen Betriebsführer [redacted] sowie [redacted] beauftragt.

In Vorbereitung auf ein Gespräch mit der [redacted] zu den festgestellten Leistungsstörungen wurde in einem durch die Projektverantwortlichen beim Betriebsführer [redacted] erstellten Aktenvermerk u.a. festgehalten, dass „leider (...) das BMG feststellen [musste], dass sich im Rahmen der Zusammenarbeit seit Beginn der Vertragsverhältnisse in einem größeren Umfang Leistungsstörungen auf Seiten der [redacted] ergeben haben, die sich für den Auftraggeber BMG unter verschiedenen Aspekten als nachteilig ausgewirkt haben bzw. noch auswirken können".[309]

Darin wurden die festgestellten Leistungsmängel aufgelistet, u.a. fehlende Datenverfügbarkeit oder mangelhafte Dateneingangskontrollen. So wurde festgestellt, dass es „abweichend von üblichen Standards in der Logistikbranche (...)der [redacted] bislang nicht hinreichend gelungen [ist], umfassende Transparenz zum Eingang, zur Feststellung der Liefermengen, zur Verknüpfung der TÜV-Prüfergebnisse mit den Waren, zur Lagerung und

[306] DER SPIEGEL „Es funktioniert besser mit Jemandem, den man kennt"; Interview Jens Spahn mit Melanie Amann und Gerald Traufetter, Ausgabe 13/2021 vom 26.03.2021.

[307] [redacted]

[308] [redacted]

[309] [redacted]

zum Ausgang (Datum, Empfänger, ausgelieferte Mengen) persönlicher Schutzausrüstung sicherzustellen" und „Wareneingangskontrollen (...) in vielen Fällen unzureichend und fehlerbehaftet [waren], sodass aktuell in zahlreichen Fällen weder die Qualität der Ware noch die eingelagerten Mengen verlässlich nachvollzogen werden können. Lieferscheine sind häufig nicht auffindbar, Waren häufig nicht zu Lieferanten / Herstellern zurückzuverfolgen. Dies führt auch zu erschwerten bis zu unmöglichen Verknüpfungen zu TÜV-Prüfergebnissen, sodass etliche Waren weder als „gesperrt" noch als „lieferbereit" gekennzeichnet werden können und somit keine Rückabwicklung bzw. Zahlung der Rechnungen oder Rücknahme von „gesperrter Ware" durch Lieferanten möglich ist".[310]

[redacted] hatte am 04.08.2020 per Mail o.a. Ansprüche des BMG gegenüber den [redacted] ([redacted]) und [redacted] (nachfolgend „[redacted]") geltend gemacht.

Nach den bisher vorliegenden Unterlagen sollten die Ansprüche des BMG gegenüber der [redacted] (also [redacted] und [redacted]) durch [redacted] nochmals mit einem Schreiben konkretisiert werden. Die Zustimmung des damaligen Bundesgesundheitsministers zum Versand des Anwaltsschreibens und damit Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber den o.a. Firmen aus dem Verbund [redacted] wurde mit Leitungsvorlage vom 04.09.2020 erbeten. Es liegt allerdings weder ein (gebilligter oder ungebilligter) Rücklauf vor, noch lässt sich anhand der Aktenlage nachvollziehen, ob das Schreiben in der Folge auch versandt wurde.

Stattdessen versuchte [redacted] ab dem 22.09.2020, einen gemeinsamen Gesprächstermin mit der [redacted], dem BMG und [redacted] zu vereinbaren, welcher schließlich am 28.10.2020 stattfand. Der CFO der [redacted] wurde dabei von der Kanzlei [redacted] begleitet.[311] Die hierzu gefertigte Agenda wurde seitens des zuständigen AL [redacted] des BMG dahin gehend angepasst, dass Formulierungen wie „Leistungsstörungen" gestrichen und gegen „offene Fragen" ausgetauscht wurden.[312]

Im Vorfeld zu einem Kanzlei-Gespräch am 20.10.2020 wurde durch [redacted] eine Mängelliste [redacted] (Stand 14:10.2020) erstellt, die neben grundsätzlichen Problemen, wie fehlende die

310 [redacted]
311 [redacted]
312 [redacted]

Implementierung eines Avisierungsprozesses im OH-Verfahren oder die fehlende Dokumentation (Zuordnung von Lieferungen), auch beispielhafte Fälle von Auslieferungen nicht getesteter oder gesperrter Ware sowie Versäumnisse bei der Avisierung von Lieferanten enthielt.[313] Mögliche Ansprüche gegen [redacted] wurden sodann mit Schriftsatz vom 15.10.2020 durch [redacted] hinsichtlich ihrer Durchsetzbarkeit bewertet. Hierbei werden die Erfolgsaussichten für den Bereich Logistikvertrag als überwiegend gut bewertet. Lediglich die Erfolgsaussichten im Bereich des Logistik-Sourcing wurden als unklar mangels entsprechender Informationen bezeichnet.[314]

Dem Gesprächsprotokoll zur Telefonkonferenz am 20.10.2020 zwischen den Kanzleien ist zu entnehmen, dass [redacted] die Forderungen gelassen nehme, weil der Logistikvertrag keine konkrete Leistungsbeschreibung enthalten und [redacted] im Beschaffungsvertrag (Logistik-Sourcing) lediglich als Strohmann für das BMG agiert hätte. Zum Logistikvertrag werden jedoch Fehler „bei einem Projekt dieser Größe" eingeräumt und es wird darauf hingewiesen, dass eine Einschaltung der Versicherung bei konkreten Schadensersatzleistungen denkbar sei. Insgesamt hätte [redacted] jedoch „an dem gesamten Projekt nicht viel verdient (...) [so dass] daher keine hohen Kompensationszahlungen im Wege einer einvernehmlichen Regelung möglich sein werden".[315] Insgesamt schätzte [redacted] die Forderungen des BMG mangels präziser vertraglicher Regelungen als kaum durchsetzbar ein.

Im Nachgang zu den Gesprächen am 20.10. und 28.10.2020[316] legte die [redacted] einen auf den 06.11.2020 datierten Entwurf einer „Umsetzungs- und Abwicklungsvereinbarung" zwischen BMG und [redacted] vor.[317] In einer Bewertung durch [redacted] vom 10.11.2020 wird von einer Einlassung und Überarbeitung dieses Vorschlages mit Blick auf die störende Wirkung der bisherigen Verhandlungen abgeraten[318]. So wolle [redacted] etwa einen vollständigen Gewährleistungsausschluss bestätigt wissen, weiter fehle es an der Regelung zur Zoll-

313 [redacted]
314 [redacted]
315 [redacted]
316 [redacted]
317 [redacted]
318 [redacted]

Problematik. „[redacted]at den öffentlichen Druck, den ein ordentliches Gerichtsverfahren auf das BMG ausüben würde, mehrfach als Druckmittel in Gesprächen genutzt. Dieses Druckmittel sollte [redacted] genommen werden", so [redacted] mit Blick auf eine notwendige Schiedsvereinbarung.[319]

Das Ergebnis zwischen BMG und [redacted]bgestimmten Änderungswünsche wurde dem CFO der [redacted]per Mail am 17.11.2020 mit dem Hinweis „Wie von [redacted] in unserer gemeinsamen Telefonbesprechung bereits angekündigt, sind viele Regelungsvorschläge für uns gangbar. Wir haben gleichzeitig einige Regelungsfelder aufgenommen, die noch wichtig für uns sind. Wir schlagen vor, dass wir nach Ihrer Durchsicht nochmals eine Anwaltsbesprechung durchführen, um Details zu besprechen" übersandt.[320]

In weiteren „Orientierungsgesprächen" zwischen den Kanzleien wurde um Formulierungen gerungen, insbesondere sah die [redacted] bei der Formulierung zur Vermittlungsgebühr von 3,8 % des Kaufpreises im Zuge des Logistik-Sourcing Probleme, weil „diese in einem anderen Kontext angefallen sind. An der aufgeführten Stelle seien Fixvergütungen „im Centbereich" vereinbart gewesen."[321] Mit der Übersendung des Ergebnisses betont [redacted]gegenüber dem BMG, dass die [redacted] ein Interesse an einem schnellen Abschluss hätte und daher auch die Frage aufgekommen sei, „wie lange die Abstimmung mit dem BMF dauern würde".[322] Ohne auf die Frage zu einer im Einbindung des BMF vor einem Vergleich einzugehen, will der AL [redacted] des BMG daraufhin wissen, warum es die [redacted] mit einem Abschluss eilig hätte.[323] Die mandatierte Kanzlei [redacted] zeigte sich verwundert über „das sehr selbstbewusste Auftreten von [redacted], was „durchaus für Ihren [AL [redacted] Eindruck spreche[n], dass [redacted] etwas weiß, das wir (noch) nicht wissen".[324]

Die weiteren Gesprächsversuche und Verhandlungen um den Text eines solchen Vergleiches mündete letztlich in der Bewertung von [redacted] dass die Version vom 04.12.2020 in Summe wenig zielführend sei. So solle „eine Regelung auf[genommen werden], wonach das BMG die Kosten der Rechtsverfolgung für Ansprüche gegen chinesische Lieferanten, die nicht abgetreten worden sind und somit von [redacted] verfolgt werden müssen, zu tragen hat. Dies ist

319 [redacted]
320 [redacted]
321 [redacted]
322 [redacted]
323 [redacted]
324 [redacted]

wirtschaftlich nicht unangemessen. -- Im Hinblick auf den nunmehr wenig kooperativen Charakter der Vereinbarung müsste zu diesem Punkt eine umfangreiche und klare Regelung aufgenommen werden, welche Rechte das BMG in diesem Zusammenhang hat und welche Pflichten Fiege in diesen Zusammenhang hat (z.B. Auswahl Rechtsanwalt; Entscheidung über Prozessmaßnahmen; Informationsaustausch etc.)".[325] Es wird resümiert, dass eine Verpflichtung der [redacted] nur mit eindeutigen und unmissverständlichen Regelungen erreicht werden könne und der bisherige Ansatz eines kooperativen Ansatzes mit marginalen Anpassungen nicht funktioniere.[326]

Im Nachgang zu einem Jour Fixe zwischen [redacted] und BMG am 16.12.2020 hält [redacted] nochmals seine Position dahin gehend schriftlich fest, dass eine mögliche Vereinbarung mit [redacted] neu gefasst bzw. umfangreich überarbeitet werden müsse und empfiehlt entsprechend, [redacted] anzuschreiben und hierzu insbesondere zur Beantwortung noch offener Fragen aufzufordern. Eine entsprechend entworfene Mail von [redacted] wurde sodann vom AL [redacted] gebilligt.[327]

Schließlich wird die Übereinkunft mit [redacted] bezüglich der mangelhaften Waren aus China (wie in einer Mail vom 09.02.2021 geschildert) im Auftrag des BMG getroffen, wonach die hierzu durch BMG mandatierte Kanzlei [redacted] nun von [redacted] eine Prozessvollmacht erhalten solle, da eine Abtretung doch nicht gewünscht sei. Die „Chancen, Kosten und Risiken der Beauftragung und etwaigen Prozessen (Anwalts- / Gerichtskosten etc.) erhält / trägt das BMG, es kann direkt zwischen [redacted] und BMG abgerechnet werden. Soweit irgend möglich, erfolgt die Steuerung von [redacted] direkt über das BMG, nicht über die [redacted] (insbesondere bei Freigaben zu Klageerhebung, Prozesshandlungen etc.). Ein entsprechende „Joint Arbitration Agreement" werde entsprechend der Vereinbarungen mit [redacted] durch [redacted] erstellt werden.[328]

In einem Vermerk von [redacted] (Stand Januar 2022) wurde festgehalten, dass der CFO (von [redacted]) mit seiner Mail im November 2021 „überraschend" die Verhandlungen zu einer Umsetzungs- und Abwicklungsvereinbarung, welche über Monate auf Arbeits- und Leitungsebene des BMG mit [redacted] geführt worden waren, für beendet erklärte und die bisher geltend gemachten Ansprüche ablehnte[329]. [redacted]

325 [redacted]
326 [redacted]
327 [redacted]
328 [redacted]
329 [redacted]

den Leistungsstörungen im Vergleich zu 2020 nunmehr deutlich zurückhaltender und schlechter bewertet. Es fehlt insoweit nicht an ausführlichen Darlegungen des Betriebsführers und der [redacted] zu den Risiken. Unklar bleibt indes, wie das BMG selbst sich positionierte und wo aufgrund welcher Erwägungen die Entscheidung getroffen wurde, dass die Regressüberlegungen ebenso einzustellen sind wie die Überlegungen für einen Vergleich. Jedenfalls wurden die möglichen Ansprüche gegen Fiege nicht weiterverfolgt.

[redacted] verweist im Übrigen auf Beweisschwierigkeiten hinsichtlich einer umfassenden und gerichtsfesten Dokumentation, die auch die Zollabwicklung betrifft. Das Vorbringen von BMG und [redacted] hierzu sei widersprüchlich, eine ausdrückliche Vereinbarung zum Tracking fehle jedenfalls.

Ob ein Verzicht des BMG auf die Dokumentation – wie durch [redacted] dargetan – erfolgt ist, lässt sich derzeit nicht klären.

Fest steht indes, dass [redacted] was auch teilweise Gegenstand der Klageverfahren gegen das BMG ist, noch nach dem 30.04.2020 Lieferslots im Open-House-Verfahren vergeben hat. Sofern dies nicht aufgrund einer Weisung des BMG erfolgt wäre, könnte das eine Pflichtverletzung begründen, die die Fixgeschäftsvergabe in Frage stellte und dadurch ein Schaden verursacht haben könnte. [redacted] nimmt an, dass es keine vertraglich fixierten Bestimmungen für die Abwicklung von Avisen und die Vergabe von Lieferslots gegeben habe. Es sei dabei auf den Gesamtzusammenhang und eine Vielzahl von schriftlichen und mündlichen Einzelanweisungen abzustellen. Letztere seien nicht transparent nachweisbar. Die schriftlichen Anweisungen des BMG seien durch [redacted] dokumentiert worden. Die gesamte Situation führe zu Unsicherheiten bei der Feststellung pflichtwidrigen Handelns. Bezüglich der Verjährung eventueller Ansprüche müsse man zudem klären, ob es sich bei der Lieferslotvergabe um eine klassische Lagerleistung oder um eine gesonderte Dienstleistung handele. Bei einer klassischen Lagerleistung gelte eine einjährige Verjährungsfrist (§ 475a Satz 1 HGB i.V.m. § 439 Abs. 1 HGB), bei einer gesonderten Dienstleistung dagegen die allgemeine Verjährungsfrist aus § 195 ff. BGB. Aus Sicht von [redacted] sprach für eine gesonderte Dienstleistung, dass die Lieferslotvergabe hier einem besonderen Prozedere unterlegen habe, denn es sei ein sogenannter Control-Tower eingerichtet worden und [redacted] habe gemeinsam mit anderen Logistikunternehmen agiert.

Hierzu sei angemerkt, dass durch den Betriebsführer [redacted] selbst im April 2020 eine Kommunikationsstrategie für die beauftragten Logistiker [redacted] und [redacted] erstellt wurde, um Avisierungszeitpunkte nach dem 30.04.2020 zu vereinbaren (vgl. Kapitel zum Open-House-Verfahren).

Zudem wurde eine Gefahr für das gute Arbeitsverhältnis des BMG zu der Fa. Flege gesehen. Dieses könne durch ein Gerichtsverfahren beschädigt oder sogar zerrüttet werden. Schließlich wurde auf die im Rahmenvertrag mit der [redacted] enthaltene Haftungsbeschränkung in Höhe von 10 Millionen Euro pro Jahr verwiesen. In der Zusammenschau sei man in den bisher mit dem BMG durchgeführten Besprechungen (Protokolle hierzu liegen derzeit nicht vor) zu der Entscheidung gelangt, von einer Anspruchsverfolgung abzusehen. Betrachtet wurden durch [redacted] auch Lagerschäden. In der vorliegenden Betrachtung wurde darauf abgestellt, dass die Schadensquote bei 0,08 % liege, also unterdurchschnittlich sei. Hinzu komme, dass der tatsächliche Schaden noch geringer ausfallen dürfte, da sich diese Schadensquote daraus ergebe, dass bei festgestellten Beschädigungen an einzelner Ware gleich die ganze Palette gesperrt werde. Auch sei der tatsächlich vorliegende Schaden aufwendig zu bestimmen sei. Ebenso aufwendig wäre die Ermittlung des jeweiligen Maskenwertes. Zudem gebe es aufgrund von zwischenzeitlich erfolgten Umlagerungen Probleme bei der Nachweisführung, dass der Schaden tatsächlich durch die [redacted] verursacht worden sei.

Vereinbart worden sei mit der [redacted] die Geltung der Allgemeinen Deutschen Spditionsbedingungen. Nach deren Anwendung ergebe sich für ein Kilogramm Masken ein Erstattungsanspruch von 10,08 Euro. Bei einem angenommenen Gewicht von ca. 6 Gramm pro FFP2-Maske ergebe sich daraus ein Erstattungsanspruch in Höhe von 604,80 Euro bei 10.000 beschädigten Masken. Der Höchstpreis pro Schadensfall liege laut ADSp bei 35.000 Euro. Bei Lagerverträgen verjährten Ansprüche gem. § 439 HGB innerhalb eines Jahres, wobei die Verjährung gem. § 439 Abs. 2, Satz 1 HGB mit dem Ablauf des Tages beginne, an dem das Gut geliefert wurde. Dies sei im jeweiligen Einzelfall zu bestimmen.

Zum weiteren Vorgehen wurde auf die in den ersten Gesprächen wenig kooperationsbereite Haltung der [redacted] verwiesen. Aufgrund des erheblichen Ermittlungsaufwands für die Schadensfeststellung sei eine Gesamtvereinbarung mit der [redacted] vorzugswürdig. Auch eine Streitverkündung sei unterblieben, da die [redacted] signalisiert habe, in diesem Fall die Kooperationsbereitschaft gegenüber dem BMG einzustellen und möglicherweise auf Seiten

der Lieferanten dem Streit beizutreten. Wer auf der Seite des BMG das von [redacted] vorgeschlagene Vorgehen aus welchen Gründen billigte, ist auch hier ungeklärt.

Ferner untersuchte [redacted] das das Logistik-Sourcing durch [redacted] auf mögliche Schadenersatzansprüche. Aus dem Rahmenvertrag der [redacted] mit dem BMG vom 25.03.2020 wurden unter dem 31.03.2020 Teile auf die Tochter der [redacted] die [redacted], übertragen. Das betraf die Beschaffung von PSA für das BMG.[330] Die zwischen der [redacted] und den Lieferanten abgeschlossenen Verträge waren teilweise nach chinesischem und teilweise nach deutschem Recht abgeschlossen worden.[331] Beim Weiterverkauf an das BMG wurde ein Gewährleistungsausschluss vereinbart. Sämtliche Ansprüche gegen die Lieferanten trat [redacted] an das BMG ab. Gegenstand des Logistik-Sourcing war ohnehin der Ankauf von PSA ohne vorherige Qualitäts-/Konformitätsprüfung.[332] Eine solche Kontrolle sollte ausweislich des Rahmenvertrags erst vor der Übergabe der Ware durch das BMG und/oder [redacted] und/oder [redacted] erfolgen. Schwierigkeiten bei der Rechtsdurchsetzung bereitet für den Bund, dass bei den mangelhaften Lieferungen im Rahmen des sog. Sourcing die rechtzeitige Mängelrüge unterblieben war. Die [redacted] beruft sich darauf, dass sie keine Kenntnis der festgestellten Mängel gehabt habe. Trotzdem habe sie später pauschale und damit ungenügende Rügen gegenüber den Lieferanten ausgesprochen. Das BMG ist demgegenüber der Auffassung, überhaupt erst spät Kenntnis erlangt zu haben.

Auch in Bezug auf diese Aspekte ist nicht nachvollziehbar, wer für das BMG aufgrund welcher Überlegungen die diesbezüglichen Vorschläge billigte.

Insgesamt riet [redacted] dem BMG von einer gerichtlichen Auseinandersetzung mit der [redacted] ab. Außer diesem Vermerk finden sich keine weiteren Prüfungen durch [redacted] oder andere Kanzleien mehr zu diesem Thema und auch keine Hinweise auf Überlegungen/Billigungen/Entscheidungen des BMG.

Immerhin hätten die Gespräche mit der [redacted] so [redacted] in der Folge zumindest dazu geführt, dass die Kooperation insgesamt verbessert worden sei. Beispielsweise habe [redacted] den

330 [redacted]
331
332

Bund in Streitigkeiten mit Dritten unterstützt, z.B. bei der Sachverhaltsaufarbeitung (Avisierungsabläufe und Anlieferungen, Benennung von Zeugen).[383]

[383] [redacted]

G. Regress [redacted]?

Bei der Kanzlei [redacted] könnte im Lichte der Ausführungen der Ereignisse im Open-House-Verfahren ein Anspruch auf Schadenersatz nach § 280 Abs. 1 BGB wegen Falschberatung in Betracht kommen.

Die Kanzlei hat das Open-House-Verfahren in der Art, wie es letztlich durchgeführt wurde, in der Beratung als eine mögliche Handlungsalternative dargestellt. Ungeachtet der grundsätzlichen Fragestellung, ob die Abkehr des kartellrechtlichen Vergabeverfahrens durch den Bund überhaupt zulässig ist, hat die Kanzlei anders als beim klassischen Open-House-Verfahren ein Verfahren vorgeschlagen, das sowohl in der durchgeführten Art (Verpflichtung, mit jedem zu kontrahieren, der bis zu einem bestimmten Zeitpunkt den Angebotsbedingungen nachkommt statt eines üblichen Rahmenvertragsschlusses) von dem üblichen Verfahren abweicht als auch in sich widersprüchliche Vertragsbedingungen enthält (absolutes Fixgeschäft in Verbindung mit Verweis auf die gesetzlichen Vorschriften für Sach- und Rechtsmängel).

Diese Beratung müsste zu einem Schaden für den Bund geführt haben. Die Art des Verfahrens (Open-House an sich in der hier dargestellten Form) hat noch nicht zu einem Schaden für den Bund geführt. Der bislang ergangenen Rechtsprechung lässt sich nichts dergleichen entnehmen. Der Schaden ist - zumindest legt dies die seit Ende 2023 dazu ergangene Rechtsprechung nahe - eingetreten, weil aufgrund der Vertragsbedingungen der durch den Bund erklärte Rücktritt ohne Nachfristsetzung als unzulässig bewertet worden ist. Dies beruht auf den durch die Kanzlei formulierten AGB (absolutes Fixgeschäft bei gleichzeitigem Verweis auf gesetzliche Vorschriften für Sach- und Rechtsmängel). Die Beratungsleistung der Kanzlei kann auch als kausal für den Schaden angesehen werden, denn bei in sich stimmigen Vertragsbedingungen (relatives Fixgeschäft in Verbindung mit Rücktrittsmöglichkeit ohne Nachfristsetzung) wäre es, zumindest lassen die Urteilsbegründungen diesen Schluss zu, bei nicht zeitgerechter Lieferung nicht zum nachteiligen Prozessausgang für den Bund gekommen.

Ein Mitverschulden des Bundes dürfte nicht in Betracht kommen, da das Wissen auf Seiten der beteiligten Beamtinnen und Beamten nicht in dem Umfang vorausgesetzt werden kann wie bei der auf Vergabeverfahren spezialisierten Kanzlei, denn genau aus diesem Grund wurde ja auch externe Beratungsleistung eingekauft. Auch ist das AGB-Recht derart speziell, dass von

Verwaltungsbeamten nicht erwartet werden kann, dass sie ohne weiteres zu einer AGB-Prüfung in der Lage wären. Selbst bei auf Vergaberecht spezialisierte Kanzleien halten regelmäßig eigene Fachexpertise zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) vor. Auch ein Verweis auf die kurze Zeitspanne bis zur Entscheidung über das weitere Vorgehen könnte die Kanzlei vorliegend vermutlich nicht entlasten. Wenn eine ordentliche Prüfung aufgrund der Kürze der Zeit nicht möglich gewesen wäre, hätte sie darauf hinweisen müssen, dass entweder mehr Zeit gebraucht wird oder eine ordentliche Beratungsleistung aufgrund der Kürze der Zeit nicht möglich ist. Es spricht nach erster kursorischer Prüfung daher einiges dafür, dass die [redacted] durch eine nicht sorgfältige Beratungsleistung ihre Pflichten aus den §§ 611, 675 BGB verletzt haben könnte.

Die Verjährung dürfte sich nach § 199 BGB richten. Entscheidend ist für den Beginn der Verjährung die Kenntnis des Mandanten von der fehlerhaften Beratung. Üblicherweise darf der Mandant auf die fachliche Kompetenz des Rechtsanwalts vertrauen, so dass allein die Tatsachenkenntnis der Beratung an sich nicht ausreicht, die Verjährung in Kraft zu setzen (BGH, NJW 2014, S. 1800 (1801). Der Mandant muss Kenntnis davon erlangen, dass der Anwalt von dem üblichen rechtlichen Vorgehen abgewichen ist (BGH, NJW 2014, S. 1800 (1801)). In Betracht kommen hier die Vertragsbedingungen, die üblicherweise so nicht hätten formuliert werden dürfen. Dies war für den Bund als Mandanten erst dann ersichtlich, als die Verfahren für ihn einheitlich verloren gingen. Zunächst hatten die 1. und die 20. Kammer des LG Bonn unterschiedlich entschieden. Erst mit dem 20.12.2023 ergingen die Entscheidungen des LG Bonn einheitlich zulasten des Bundes. Verwiesen wurde dabei jeweils auf die zugrunde gelegten AGB. Es lässt sich also gut argumentieren, dass die Kenntniserlangung erst Ende 2023 eingetreten ist. Somit wäre die Verjährungsfrist erst Ende 2023 in Gang gesetzt worden und Ansprüche gegen die Kanzlei somit noch nicht verjährt.

Die bei Beamten und Notare angenommene Exkulpationsmöglichkeit, dass ein Kollegialgericht die Auffassung teilte, lehnt der Bundesgerichtshof (BGH) für Rechtsanwälte bzw. Rechtsanwältinnen ab (NJW 2012, S. 3343 (3346)).

In der Konsequenz spricht einiges dafür, einen möglichen Regressanspruch gegen die Kanzlei gutachtlich prüfen zu lassen. Da der zugrunde liegende Sachverhalt komplex ist, sollte dies unbedingt durch eine Kanzlei erfolgen, die mit der Prüfung solcher anwaltlichen Regressverfahren Erfahrungen hat und zudem in diesem Themenkomplex nicht betroffen war.

Nach eigener Auskunft hatte das BMG [redacted] nicht mit der Prüfung möglicher Regressansprüche gegen die [redacted] beauftragt.[334] Konkret habe dies aber damals auch – mangels Schadenseintritts – keine Option dargestellt. Zudem sei in der Mandatsvereinbarung, nach damals vorliegenden Informationen, nur eine sehr niedrige Haftungssumme vereinbart worden.[335]

Tatsächlich liegt die vertraglich vereinbarte Haftungssumme bei 1 Mio. EUR. Zu der Zeit, als [redacted] die Ansprüche gegen die [redacted] geprüft hat, war für den Bund auch noch kein Schaden eingetreten, der eine Prüfung einer Haftung der Kanzlei [redacted] gerechtfertigt hätte.

Aufgrund der zunächst ergangenen, für den Bund durchaus positiven Urteile der 1. Zivilkammer des LG Bonn bestand für den Bund noch kein Grund daran zu zweifeln, dass die Kanzlei ordnungsgemäß beraten und in sich stimmige Vertragsbedingungen formuliert hat. Bei der Abgabe eines Lebenssachverhaltes an eine auf die betreffende Materie spezialisierte Kanzlei, hier an eine Kanzlei, die ausdrücklich auf das Vergaberecht spezialisiert war, kann man grundsätzlich darauf vertrauen, dass die Beratung ordnungsgemäß erfolgt und die entworfenen Vertragsbedingungen lege artis formuliert sind. Unabhängig von der niedrigen Haftungssumme konnte der Bund daher zunächst davon ausgehen, dass [redacted] durch ihre Beratungsleistungen keinen Schaden für den Bund verursacht hat.

Die seinerzeit für [redacted] tätige Anwältin, die auch den Regress gegen die [redacted] (erfolglos) betrieb, merkte hierzu an, dass „im Rahmen einer Feststellungsklage oder Streitverkündungen hätten das BMG bzw. [redacted] indes Positionen einnehmen müssen, die der Position der Bundesrepublik Deutschland in den Gerichtsverfahren zuwidergelaufen wären. Damit hätte die Erhebung einer Feststellungsklage oder einer Streitverkündung nicht den Interessen der Bundesrepublik Deutschland entsprochen".[336]

Dass hierfür eventuell doch Argumente sprechen könnten, hat sich erst zu einem sehr viel späteren Zeitpunkt abgezeichnet, als die gerichtlichen Verfahren mit Verweis auf die durch die Kanzlei formulierten AGB verloren gingen. Daher bleibt die Prüfung möglicher Haftungsansprüche aus heutiger Sicht durchaus auf der Tagesordnung. Auch wenn die

[redacted]

Haftungssumme auf 1 Mio. EUR erfolgreich beschränkt worden wäre, so würde letztlich auch 1 Mio. EUR den Bundeshaushalt entlasten.

Feststellungen und Empfehlungen

Empfehlungen für das BMG

(1) Optimierung der Steuerung der Betriebsführerschaft und zügige Beendigung

Wie im Kapitel zur Beauftragung der Betriebsführung ab April 2020 beschrieben, verfügte das BMG nicht über die für die Beschaffung großer Mengen PSA erforderlichen Eigenfähigkeiten und baute sie in der Folgezeit auch nicht auf.

Die Betriebsführung durch eine externe und zudem kostenintensive Beratungsgesellschaft verstärkt zudem bestehende Informations- und Transparenzdefizite. Das BMG kann zu den Vorgängen seit März 2020 selbst keine Information – sei es für Fragen des Deutschen Bundestages oder anderer Ressorts zur Verfügung stellen und mangels eigener Kapazitäten auch nicht selbst weiterverarbeiten. Die Betriebsführung funktioniert wie eine Geschäftsbereichsbehörde, ist aber ohne selbst Teil der Verwaltung oder in der Lage zu sein, die fehlenden Kapazitäten des BMG administrativ angemessen zu kompensieren. Zudem führt diese nun bereits fünf Jahre andauernde Aufgabenauslagerung dazu, dass viele Beteiligte sich an die Situation gewöhnt haben. Das gilt für die Betriebsführung selbst ebenso wie für die betroffenen Bereiche des BMG. Die Auslagerung des „unerfreulichen" Themas der PSA-Beschaffung aus 2020 und ihrer Folgen scheint mittlerweile als „normal" empfunden werden, so dass z.B. auch seitens der Betriebsführung keine Ansätze zu erkennen sind, den Status quo zugunsten einer Aufgabenrückführung ins BMG zu ändern.

Nachdem nun fast fünf Jahre verstrichen sind, sollte das fachfremde Beschaffungsengagement des BMG sukzessive und zügig, dabei aber risikoarm in die Verwaltung zurücküberführt werden. Die fehlenden Informationslagen, die bereits der BRH ausführlich beschrieben hat, müssen insofern behoben werden, dass die vertraglich beim Betriebsführer beauftragte Datenbank mit allen seit 09.03.2020 enthaltenen Unterlagen und Vorgängen dem BMG verfügbar gemacht wird. Reziprok muss das BMG die entsprechende Eigenbefähigung aufbauen, was im Zeitalter digitaler Aktenführung keine unüberbrückbare Hürde darstellen sollte.

Mit der Erarbeitung eine EXIT-Strategie hat das BMG unterdessen zeitlich befristet die hierauf spezialisierte Beratungsgesellschaft [redacted] beauftragt. Neben einem klassischen Projektkonzept gehört hierzu auch eine entsprechende Due Diligence, auf deren Basis notwendige Entscheidungen durch die Leitung des BMG selbst und unter angemessener Mitigation vorhandener Risiken getroffen werden kann. Vorzugsweise sollte eine solche EXIT-Strategie unter Einbindung des bisher mit der Betriebsführung beauftragten Beratungsgesellschaft erfolgen, um die vorhandene Expertise weiterhin zu integrieren.

Mit Blick auf die in den BRH Berichten ebenso wie im Rahmen der diesem Bericht vorausgehenden Untersuchungen festgestellte Intransparenz sollten die Maßnahmen im Rahmen des Aufbaus einer Eigenbefähigung BMG mit Korruptionspräventionsmaßnahmen kombiniert werden. Dazu gehört die Trennung von Bedarfsträger und Bedarfsdeckungsoptionen von bisher einer Führungslinie auf zwei Führungslinien. Ungeachtet dessen sollte eine Personalrotation in Erwägung gezogen werden. Im Rahmen der Untersuchungen entstand mehrfach der Eindruck, dass das dem BMG entgegen gebrachte generalisierte Systemvertrauen die Probleme seinerzeit eher verschärft hatte. Dem gilt es, künftig wirkungsvoll vorzubeugen. Es ist aus heutiger Sicht schwerlich nachvollziehbar, dass Transaktionen in Mrd.-EUR-Volumen ausschließlich im selben ministeriellen Strang verantwortet wurden. Auch etwa die Etablierung eines Leitungscontrollings kann als unterstützendes Element eingesetzt werden, um die strategische Zielumsetzung sukzessive nachzuhalten und zugleich die politisch notwendige Transparenz zu schaffen. Nach außen hin sichtbar würde so ein Mehr-Augen-Prinzip etabliert.

Im Lichte dieser Ausführungen ist die kürzliche und zeitlich befristete Beauftragung der Fa. [redacted] als Einzelabruf aus einem BMI-Rahmenvertrag sehr zu begrüßen, so dass bereits im ersten Quartal 2025 die Voraussetzungen für eine Rückübertragung geklärt werden können.

(2) Optimierung der Steuerung der rechtlichen Vertretung des Bundes in den Gerichtsverfahren

Der Bund führt derzeit, vertreten durch das BMG – allein aus dem Open-House-Verfahren – eine dreistellige Anzahl von Rechtsstreitigkeiten. Diese Streitigkeiten haben Ansprüche Dritter

gegen den Bund bzw. Ansprüche des Bundes gegen Dritte zum Gegenstand. Momentan sind mindestens vier verschiedene Kanzleien mandatiert.[337]

Während teilweise die Beauftragung aufgrund spezieller Sachverhalte erfolgt ist – so vertritt die Kanzlei [redacted] das BMG aufgrund ihrer vorhandenen Spezialisierung im Bereich des chinesischen Rechts bei den Schiedsgerichtsverfahren in China und die Kanzlei [redacted] vertritt das BMG in den Verfahren, denen UN-Kaufrecht zugrunde liegt – wurden die übrigen mandatierten Kanzleien sukzessive mit der Vertretung des BMG beauftragt. Hierbei war der Betriebsführer [redacted] nach eigenen Angaben nicht eingebunden.

Die Überwachung und Koordinierung der einzelnen Verfahren erfolgt durch den Betriebsführer [redacted] in Zusammenarbeit mit der Abt. [redacted] des BMG. Hierzu finden regelmäßige Gespräche zwischen dem Betriebsführer, Vertretern der übrigen mandatierten Kanzleien und Vertretern des BMG, Referat [redacted], statt, bei denen das weitere Vorgehen bei der Bearbeitung der Fälle besprochen wird. Nach Auskunft des Betriebsführers erfolgen diese Gespräche nach Bedarf, regelmäßig aber etwa mindestens einmal monatlich.

Allen derzeit mandatierten Kanzleien ist gemeinsam, dass sie nicht auf Grundlage des Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG) sondern auf Honorarbasis abrechnen.

Die Verteilung der Verfahren auf verschiedene Kanzleien in ca. 100 verschiedenen Verfahren erscheint sehr aufwendig und hinsichtlich eines koordinierten Vorgehens als risikoaffin und gefahrgeneigt.

Allein die Koordinierungsgespräche erfordern einen zeitlichen Aufwand, der – nicht zuletzt aufgrund der Honorarvereinbarungen – immer mit einem finanziellen Aufwand verbunden ist. Auch für die im BMG koordinierende Abt. [redacted] dürfte die Aufteilung auf mehrere Kanzleien einen deutlichen Mehraufwand gegenüber einer Konzentration der Sachverhalte bei nur einer Kanzlei darstellen. Die Koordinierung der Verfahren und der jeweiligen Strategie erscheint wesentlich besser handhabbar, wenn die anwaltliche Vertretung soweit wie möglich auf eine Kanzlei konzentriert wird. Dies kann durch eine sukzessive Übertragung der Verfahren z.B. nach Abschluss einer Instanz erfolgen.

[337] Vier Kanzleien beschäftigen sich mit den Verfahren aus dem Open-House-Verfahren, [redacted] eine fünfte Kanzlei führt die Schiedsgerichtsverfahren in China.

Vor allem aufgrund von Compliance-Gründen aber auch wegen der mittlerweile erfolgten Änderung in der Rechtsprechung scheint es sinnvoll, eine bislang nicht mandatierte aber gleichwohl fachlich ausgewiesene Kanzlei zu mandatieren, die auch vom personellen Umfang her leistungsfähig genug ist, die Verfahren „aus einer Hand" zu führen. Diese Kanzlei sollte auch die bislang verfolgte Strategie überprüfen und ggf. anpassen. Idealerweise sollte diese Kanzlei nicht auf Honorarbasis abrechnen, sondern eine Vergütung auf der Basis des RVG akzeptieren. Für den Bund hätte dieses Vorgehen den Vorteil, dass durch die Konzentration auf eine Kanzlei weniger insgesamt ein geringerer vergütungspflichtiger Arbeitsaufwand entsteht und die Summe sich zusätzlich durch die Anwendung des RVG reduziert.

Bei Obsiegen des Bundes träte zudem der Vorteil ein, dass er gegenüber der gegnerischen Partei den Anspruch auf volle Kostenerstattung hätte, da die Erstattung von Rechtsverfolgungskosten in der Regel auf die gesetzlichen Gebühren beschränkt ist. Den Differenzbetrag zum vereinbarten Honorar hätte der Bund demgegenüber auch im Erfolgsfall selbst zu tragen. Aus wirtschaftlichen wie aus prozesstaktischen Gründen sollte daher eine Konzentration der Verfahren auf möglichst eine einzige Kanzlei erfolgen.

Für die Verfahren, bei denen es auf sehr spezifisches rechtliches Fachwissen ankommt, wie z.B. bei den Schiedsgerichtsverfahren vor chinesischen Schiedsgerichten, sollte die Bearbeitung grds. bei der Kanzlei [redacted] belassen werden. Hier wäre es, wie bereits ausgeführt, effizienter, zu überprüfen, ob sich eine Anspruchsverfolgung aus wirtschaftlicher Sicht überhaupt noch rechnet oder ob es vor dem Hintergrund der sparsamen Haushaltsmittelbewirtschaftung nicht vorzugswürdig sein könnte, von einer weiteren Verfolgung abzusehen.

(3) Verteilung noch vorhandener PSA und Beendigung der Lagerung

Als Ergebnis zahlreicher Beschaffungsaktivitäten des BMG seit März 2020 wurden über 5,7 Mrd. Stück Schutzmasken beschafft[938]. Im Zuge weiterer Vergleiche als auch drohender Zug-

[938] BRH Bericht nach § 88 Absatz 2 BHO an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages über die Prüfung der Beschaffung und Verteilung von Schutzmasken durch das Bundesministerium für Gesundheit vom 28.03.2024, Gz.: IX 1-0000625, Rn 0.1, S. 6.

um-Zug Urteile durch Instanzgerichte ist ein weiterer Zulauf von (mangelfreien) Masken nicht ausgeschlossen.

Weniger als 30 % dieser Masken, also 1,7 Mrd. Stück, seien laut BRH an Bund und Länder verteilt worden.[339] Teile dieser Masken mussten weiter aufbewahrt werden, weil sie Gegenstand von Klagen oder zollrechtlichen Fragestellungen waren bzw. sind. „Im Jahr 2023 ließ das BMG 1,2 Milliarden Schutzmasken vernichten, überwiegend Ware aus deutscher Produktion mit abgelaufenem Haltbarkeitsdatum. Weitere 1,7 Milliarden Schutzmasken sind zur Vernichtung vorgesehen. Für die verbleibenden Bestände von knapp 800 Millionen noch verwendbarer Schutzmasken gibt es kein Verteilungskonzept.", so der BRH in seinem Bericht aus 2024[340]. Daher fordert dieser eine zügige Verwertung oder Verteilung der weiterhin eingelagerten PSA ein, um die entsprechenden Annexkosten zügig reduzieren zu können.

Die Verwertung ist Gegenstand der externen Beauftragung des Betriebsführers, derzeit [redacted]. Konkret ist der Betriebsführer mit der „Planung der Verwertung von Schutzausrüstung, Unterstützung bei der Ausschreibung von Verwertungsdienstleistungen sowie Unterstützung der anfallenden Verwertungsprozesse mit Fokus auf den logistischen Anforderungen"[341] beauftragt.

Nach einer Übersicht des Betriebsführers mit Stand 15.11.2024 lagern aktuell jedoch noch 1,265 Mrd. Stück Masken in diversen hierfür angemieteten Lagerstätten. Davon 103 Mio. Stück nicht CE-zertifizierte Masken in China und der Rest in Deutschland. Insgesamt sind 789 Mio. Stück Masken nicht auslieferungsfähig. Über 2,1 Mrd. Stück Masken seien bereits ausgeliefert (CE zertifizierte als auch nicht CE zertifizierte Masken).[342] Neben Masken werden auch noch beschaffte sonstige PSA wie Schutzkittel, Schutzbrillen u.v.m. gelagert, die sich ebenfalls in auslieferungs- und nichtauslieferungsfähige Anteile gliedern.

---

[339] BRH Bericht nach § 88 Absatz 2 BHO an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages über die Prüfung der Beschaffung und Verteilung von Schutzmasken durch das Bundesministerium für Gesundheit vom 28.03.2024, Gz.: IX 1-0000625, Rn 0.4, S. 7.

[340] BRH Bericht nach § 88 Absatz 2 BHO an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages über die Prüfung der Beschaffung und Verteilung von Schutzmasken durch das Bundesministerium für Gesundheit vom 28.03.2024, Gz.: IX 1-0000625, Rn 0.4, S. 7.

[341] [redacted]

[342]

Die Reduktion der Lagerumfänge wurde durch die Leitung nach Klärung der zollrechtlichen Problematik, was hiesiger Kenntnis bis 2024 andauerte, angewiesen. Die Lagerbestände, die also nicht Gegenstand von laufenden Verfahren mit Beweisführungsbedarfen sind und zudem auslieferungsfähig, sollen daher sukzessive verteilt und die Lagerhaltungsflächen entsprechend reduziert werden. Die nicht auslieferungsfähigen PSA-Bestandteile werden sukzessive der Verwertung zugeführt.

Seit 2020 belaufen sich die Annexkosten wie Liefer-, Lager und Verwertungskosten nach Angaben des Betriebsführers auf 315 Mio. EUR.[343]

Da die Beschaffung und Lagerung von Persönlicher Schutzausrüstung (PSA) nicht zu den Aufgaben des BMG gehört, sind daher die o.a. Annexkosten zügig durch Verteilung oder Verwertung zu reduzieren. Auch die in aktuellen Rechtsstreit- oder Schiedsverfahren betroffenen Lagermengen sind hinsichtlich einer weiterhin notwendigen kritischen Aufbewahrung zu überprüfen.

Gerade in den aktuellen Wintermonaten sind hiesigen Erachtens Bedarfe des Gesundheitssystems (national als auch international (z.B. Krisengebieten)) vorhanden, die mit Abgaben eingelagerter PSA zügig unterstützt werden könnten. Auch innovative Verwertungsansätze wie etwa das Recyceln und Wiederverwenden von Materialien sollten geprüft werden.

Entsprechend sollte dem Betriebsführer dieser Schwerpunkt in der Vertragsumsetzung kommuniziert und konsequent durch das BMG im Zuge einer Auftragnehmersteuerung nachgehalten werden. Hierzu sollte der Betriebsführer einen Zeitplan entwerfen auf dessen Grundlage die konkreten Ziele (zeitlich und mengenmäßig) definiert werden.

[343] [redacted]

Abkürzungsverzeichnis

A

AA *Auswärtiges Amt*

ADSp *Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen*

AGB *Allgemeine Geschäftsbedingungen*

AL *Abteilungsleiter*

B

BAAINBw *Bundesamt für Ausrüstung, Informationstechnik und Nutzung der Bundeswehr*

BBK *Bundesamt für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe*

BeschA *Beschaffungsamt des BMI*

BfArM *Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte*

BfdH *Beauftragte(r) für den Haushalt*

BGB *Bürgerliches Gesetzbuch*

BGH *Bundesgerichtshof*

BHO *Bundeshaushaltsordnung*

BKAmt *Bundeskanzleramt*

BM *Bundesminister*

BMAS *Bundesministerium für Arbeit und Soziales*

BMF *Bundesministerium der Finanzen*

BMG *Bundesministerium für Gesundheit*

BMI *Bundesministerium des Innern und für Heimat*

BMVg *Bundesministerium der Verteidigung*

BMWK *Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz*

BMWI *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*

BMVI *Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur*

BRH *Bundesrechnungshof*

BVA *Bundesverwaltungsamt*

BVerwG *Bundesverwaltungsgericht*

C

CEO *Chief Executive Officer*

CFO *Chief Financial Officer*

CIETAC *China International Economic and Trade Arbitration Commission*

CISG *Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf*

D

DEKRA *Deutscher Kraftfahrzeug-Überwachungsverein*

E

EU *Europäische Union*

F

FFP *Filtering Facepiece*

G

GZD *Generalzolldirektion*

GWB *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*

H

HGB *Handelsgesetzbuch*

HHM *Haushaltsmittel*

I

IFG *Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes – Informationsfreiheitsgesetz*

IfSG *Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen*

L

LG *Landgericht*

M

MdB *Mitglied des Deutschen Bundestags*

MdEP *Mitglied des Europäischen Parlaments*

MDR *Medical Device Regulation*

MNS *Medizinische Mund-Nasen-Schutzmaske*

MPG *Gesetz über Medizinprodukte*

MüKo Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch

N

NRGS *Nationale Reserve Gesundheitsschutz*

NJW *Neue Juristische Wochenschrift*

NJW-RR *Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report Zivilrecht*

O

OLG *Oberlandesgericht*

OHV *Open-House-Verfahren*

P

PFH *Partikelfiltrierende Halbmaske*

PreisG *Übergangsgesetz über Preisbildung und Preisüberwachung*

PSA *Persönliche Schutzausrüstung*

R

RA *Rechtsanwalt*

RKI *Robert Koch-Institut*

RL *Referatsleiter*

RVG *Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte*

S

SGB V *Sozialgesetzbuch Fünftes Buch*

Sts *Staatssekretär*

SvB *Sachverständige Beraterin*

T

THW *Technisches Hilfswerk*

TÜV *Technischer Überwachungsverein*

U

UAL *Unterabteilungsleiter*

UN *Vereinte Nationen*

UVgO *Unterschwellenvergabeordnung*

V

VgV *Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge*

VO PR/Nr. 30/53 *Verordnung über die Preise bei öffentlichen Aufträgen*

VS *Verschlusssache*

VSA *Verschlusssachenanweisung*

Z

ZPO *Zivilprozessordnung*