

BMG will raus aus Beratervertrag mit Ernst & Young

von **Thomas Trappe**

veröffentlicht am 06.08.2020

Die Unternehmensberatung Ernst & Young betreut bislang das aus dem Ruder gelaufene Verfahren zur Maskenbeschaffung, jetzt soll es eine Ausschreibung geben. Unterdessen wird bekannt, dass das Ministerium nicht selbst die Open-House-Vergabe ausgearbeitet hat, sondern eine Kanzlei: Die gleiche, die das BMG nun vor der Vergabekammer vertritt.

Das Open-House-Verfahren, welches das Bundesgesundheitsministerium (BMG) zu Beginn der Coronakrise zur Beschaffung von Atemschutzmasken einleitete und in dessen Zuge es zu einer kaum noch zu bewältigenden Masken- wie Rechnungsflut kam, wurde nicht vom Ministerium selbst ausgearbeitet – sondern von einer eigens dafür beauftragten Rechtsanwaltskanzlei. Das bestätigte eine Sprecherin des BMG auf Anfrage von Tagesspiegel Background. Aus Sicht von Oppositionspolitikern ist dabei eines besonders pikant: Es handelt sich um die gleiche Kanzlei, die das BMG derzeit vor der beim Bundeskartellamt angesiedelten 2. Vergabekammer des Bundes wegen der nicht ausgeschriebenen Beauftragung der Wirtschaftsberatungsgesellschaft „Ernst & Young“ (EY) vertritt. EY musste bei der Open-House-Vergabe auch deswegen hinzugezogen werden, weil aus Sicht von Kritikern das Verfahren zuvor mangelhaft ausgearbeitet wurde. **Demnach würde die Kanzlei vor der Vergabekammer nun auch die eigenen Scherben aufkehren, und dafür erneut vom Ministerium honoriert.** Indes hat das BMG gegenüber der Vergabekammer angekündigt, den Vertrag mit EY nicht zu verlängern. Und muss sich nach Informationen von Tagesspiegel Background inzwischen wohl auch mit Vollstreckungsbescheiden beschäftigen, die Masken-Lieferanten über ihre Anwälte gegen die Bundesregierung erwirkt haben.

Das Open-House-Verfahren wurde Anfang April eröffnet

(<https://background.tagesspiegel.de/gesundheit/schutzmasken-bmg-muss-mit-klagewelle-rechnen>): In einer Vertragskonstruktion, die jedem, der eine Lieferung beliebiger Menge zusagte, auch einen Zuschlag gab, zu relativ hohen Preisen von 4,50 Euro für FFP-2- und FFP-3-Masken sowie 60 Cent für OP-Masken. Das BMG wurde daraufhin mit Angeboten überschüttet, mit mehr als 300 Lieferanten wurden über 700 Verträge abgeschlossen. Bei der Abwicklung der Lieferungen kommt es bis heute zu massiven Problemen, mit der Folge, dass die meisten Händler noch ausstehende Rechnungen haben, oft in Millionenhöhe. Ein Heer von Anwälten ist inzwischen engagiert, am Landgericht Bonn sind dutzende Verfahren deswegen anhängig. Zudem verhandelt EY mit dem Ex-CDU-Bundestagsabgeordneten und renommierten Wirtschaftsanwalt Rolf Bietmann über einen Vergleich in der Sache, der gut und gerne dreistellige Millionenbeträge kosten könnte. (<https://background.tagesspiegel.de/gesundheit/kartellamt-entscheidet-zu-bmg-auftrag-an-ey>)

42.000 Euro für Kanzlei

EY wurde vom BMG bereits beauftragt, als das Open-House-Verfahren noch lief, sich aber deutlich abzeichnete, dass es aus dem Ruder laufen wird. Im Juni bestätigte das Ministerium Tagesspiegel Background, dass EY ohne Ausschreibung engagiert worden sei, woraufhin der Rechtsanwalt Harald Nickel zunächst eine „Verfahrensrüge“ gegen das BMG einleitete – und nach Abweisung durch das Ministerium

einen Nachprüfungsantrag bei der 2. Vergabekammer des Bundes, die beim Bundeskartellamt angedockt ist, stellte. **Mitte August soll dort die mündliche Verhandlung stattfinden, spätestens Anfang September wird dann entschieden, ob der Vertrag zwischen BMG und EY nichtig ist.** Mit der Vertretung vor der Vergabekammer hat das Haus von Jens Spahn (CDU) die Rechtsanwaltskanzlei „Müller-Wrede & Partner Rechtsanwälte“ (MWP) beauftragt. Im Lichte der neuen Erkenntnisse zumindest für Außenstehende nicht die naheliegendste Wahl.

Denn die auf Vergaberecht spezialisierte Kanzlei hat das Open-House-Verfahren offenbar maßgeblich zu verantworten. MWP, bestätigt das Gesundheitsministerium auf Anfrage, sei seinerzeit zur „rechtlichen Beratung und Unterstützung“ hinzugezogen worden, eine Ausschreibung habe es nicht gegeben, weil dies bei freiberuflichen Leistungen „unterhalb des EU-Schwellenwerts“ nicht vorgeschrieben sei. Für die Open-House-Beratung habe man der Kanzlei 42.000 Euro gezahlt, der Auftrag sei inzwischen abgeschlossen, beinhaltet also nicht das neue Mandat vor der Vergabekammer. Zuvor habe man MWP schon „mehrfach“ beauftragt, so das BMG weiter, weil sie „zu den führenden Vergaberechtskanzleien Deutschlands“ gehöre. Eine redaktionelle Anfrage bei der Berliner Kanzlei, wie man das Gelingen des von ihnen ausgearbeiteten Open-House-Verfahrens beurteile, blieb unbeantwortet.

Vergabeverfahren wird eingeleitet

Vor der Vergabekammer beantragt MWP nun, den Nachprüfungsantrag abzuweisen. Das geht aus einer 21-seitigen Stellungnahme der Kanzlei hervor, die einem aktuellem Schreiben der Vergabekammer an die Kanzlei von Kläger Harald Nickel beigelegt ist. Der Brief liegt der Redaktion vor und enthält eine ausführliche Chronik der Beauftragung EYs durch das BMG. Für eine „weiterreichende Planung der Abwicklung der Beschaffungsvorgänge“ habe das BMG demnach „weder über ausreichend Personal noch über die entsprechende operative Erfahrung“ verfügt. „Etwa drei Vollzeitäquivalente“ seien, bis heute, in der Vergabestelle des Hauses beschäftigt. Zwischen März und Mai habe man zusätzliche 70 Mitarbeiter aus anderen BMG-Bereichen abgezogen „und für den Beschaffungsbereich eingesetzt“. **Deswegen und „durch betreuungsbedingte Ausfälle sowie die Freistellung von Beschäftigten, die Risikogruppen zuzuordnen und deren Arbeitsplätze nicht für mobile Arbeit geeignet waren, mussten die eigentlichen ministeriellen Tätigkeiten der Antragsgegnerin auf ein Minimum reduziert werden“.**

Kurz: Die schnelle Beauftragung von EY war aus Sicht des BMG absolut notwendig. Allerdings wolle man, kündigt das Ministerium in dem Schreiben über seine MWP-Anwälte an, den Beratervertrag nun so zeitig wie möglich enden lassen. „Der Vertrag sieht einen Ausführungszeitraum von sechs Monaten vor“, heißt es. „Die Antragsgegnerin (das BMG, Red.) kann den Vertrag einseitig um weitere sechs Monate verlängern. Sie wird von diesem Optionsrecht jedoch keinen Gebrauch machen, sondern den weitergehenden Beschaffungsbedarf für den Zeitraum ab 16.11.2020 im Wege eines wettbewerblichen Verfahrens befriedigen.“

Nachdem der vorläufige Höhepunkt der Maskenbeschaffungs-Krise vorüber ist, erscheint das Vorgehen des BMG ratsam. Darauf jedenfalls lässt eine Einschätzung des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestags schließen, die Tagesspiegel Background vorliegt. Der FDP-Bundestagsabgeordnete Christoph Hoffmann hatte den Dienst gefragt, inwieweit Vergabeverfahren von Regierungsstellen ausgesetzt werden können, mit speziellem Blick auf die Beschaffung medizinischer Schutzausrüstung während der Coronakrise.

Grundsätzlich sei dies möglich, erklärt der Dienst in seiner Stellungnahme, „wenn äußerst dringliche, zwingende Gründe im Zusammenhang mit Ereignissen, die der betreffende öffentliche Auftraggeber nicht voraussehen konnte“, dies erforderten. Zweifelsohne traf das bei Ausbruch der Corona-Pandemie zu.

Allerdings sollte dies „die Ausnahme darstellen“ zur Überbrückung einer Gefahrensituation, heißt es in der Analyse weiter. **Und zwar nur so lange, „bis langfristige Lösungen gefunden worden sind“.** Der Wissenschaftliche Dienst führt, wie er im Schreiben betont, aber keine Einzelfallprüfung durch, und schon gar keine rechtliche Detailprüfung. Es handelt sich also nicht um eine juristische Einschätzung, die für das BMG bindend wäre.

Kritik von FDP und Linken

Hoffmanns Fraktionskollege Karsten Klein, der für die FDP im Haushaltsausschuss Berichterstatter für die BMG-Finzen ist, sieht durch die Open-House-Vergabe „zunehmend neue Fragen“ aufgeworfen, „die es zu klären“ gelte. **„Das gesamte Verfahren muss genau geprüft werden, nicht nur auf seine Effizienz, sondern auch hinsichtlich möglicher Fehler und rechtlicher Verstöße bei der Umsetzung“, erklärt Klein gegenüber Tagesspiegel Background.** Minister Spahn und sein Haus müssten nun „bereit sein, mögliche Fehler einzugestehen und Lehren daraus zu ziehen“. Das gelte auch für „mögliche Mängel bei der inhaltlichen Ausgestaltung“, so Klein weiter. „Dass das BMG nun die gleiche Kanzlei mit der Vertretung vor Gericht beauftragt, ist zumindest fragwürdig.“

Linken-Fraktionsvize Fabio De Masi, dem die Beauftragung von MWP durch das BMG in einer Antwort auf eine schriftliche Anfrage gerade bestätigt wurde, sieht das ähnlich. **„Dass genau die Kanzlei, die das Chaos im Open-House-Verfahren zu verantworten hat, nun auch für das Ministerium die Freihandvergabe an EY vor dem Kartellamt rechtfertigen muss, ist eher peinlich“, sagt er.** Es sei für ihn zwar „nachvollziehbar, dass in einer Not-Situation auf Ausschreibungsverfahren verzichtet wird“, so De Masi. „Da aber der zusätzliche Personalbedarf durch das Open-House-Verfahren ausgelöst wurde und frühzeitig absehbar war, muss beantwortet werden, warum dennoch eine freihändige Vergabe an EY erfolgte.“

In einer Antwort auf eine weitere schriftliche Anfrage erklärte das BMG De Masi gerade außerdem, dass man bei Einleitung des Open-House-Verfahrens davon ausgegangen sei, „dass die im Rahmen der sonstigen Beschaffungsmaßnahmen bereitgestellten personellen Ressourcen ausreichen“. Es sei nun zu hoffen, so der Linken-Vize, dass Minister Spahn „in diesem Chaos endlich Klarheit schafft“.

EY bittet um Nicht-Vollstreckung

Vorerst kommen auf den aber wohl erst mal neue Ärgernisse hinzu: Darunter auch ein Vollstreckungsbescheid gegen die Bundesregierung. Diesen hat ein Rechtsanwalt, der mehrere Open-House-Vertragspartner vertritt, für einen seiner Mandanten erwirkt. Ohne großes Zutun, wie Christian Lüpke selbst betont – EY habe schlicht vergessen, gegen vorherige Mahnbescheide Einspruch einzulegen. Gerade hat sich EY bei Lüpke per Mail gemeldet, mit einem Vergleichsangebot. **Einzige Bedingung: „Dass die Zwangsvollstreckung aus dem Vollstreckungsbescheid bis auf Weiteres nicht betrieben wird.“**