



Kommissionsdrucksache 21(27)20
vom 15. Dezember 2025

Schriftliche Stellungnahme
des Sachverständigen
Prof. Dr. Martin Burgi
LMU München

Öffentliche Anhörung

„Beschaffung (medizinisches Material, Impfstoffe) und Versorgungssicherheit“



LMU, Prof. Dr. Martin Burgi, Prof.-Huber-Platz 2, 80539 München

Prof. Dr. Martin Burgi

Postanschrift
Professor-Huber-Platz 2
80539 München

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom

Unser Zeichen

München, den 15. Dezember 2025

Kurz-Stellungnahme für die Sitzung der Enquete-Kommission „Corona“ des
Deutschen Bundestages am 15.12.2025

Thema: Krisentauglichkeit des Vergaberechts – Reformbedarf?

Die nachfolgende Kurz-Stellungnahme stellt weder ein wissenschaftliches Gutachten dar noch geht sie auf einen Forschungsauftrag im Sinne von Ziffer III des Einsetzungsbeschlusses (BT-Drs. 21/805, S. 10) zurück. Auch liegt ihr kein irgendwie gearteter Untersuchungsauftrag zugrunde. Sie möchte Impulse für das Gespräch mit der Kommission und für die ihr obliegende Erarbeitung von Empfehlungen geben. Diese Impulse beziehen sich auf das Vergaberecht (in einem weit verstandenen Sinne, d. h. unter Einschluss des Rechtsrahmens der Beschaffung und des öffentlichen Preisrechts). Vertragsrechtliche Themen liegen außerhalb meiner Fachkompetenz.

Die Einbeziehung des Themenfeldes „Beschaffung und Vergabe“ in den breit angelegten Auftrag der Enquete-Kommission ist aus wissenschaftlicher Sicht sehr positiv zu beurteilen. Die in verschiedenen Bundesländern eingesetzten Kommissionen zu Corona (z. B. in Baden-Württemberg und Nordrhein-Westfalen) haben diesen Aspekten bislang keine gesteigerte Aufmerksamkeit geschenkt.

I. Bedarfsträgerschaft und Beschaffungsträgerschaft

Das Vergaberecht umfasst in einem weiteren Sinne die Rechtsregeln für die Beschaffung von Gütern und Dienstleistungen am Markt durch öffentliche Auftragsgeber. Dem voraus liegt die Bedarfsträgerschaft, d. h. die Verantwortung und Zuständigkeit für die Erfüllung bestimmter Sachaufgaben (z. B. Schutz der Bevölkerung bzw. des medizinischen Personals durch Bereitstellung von Schutzausrüstung). Während des Pandemiegeschehens hat sich gezeigt, dass die Verteilung der Bedarfsträgerschaft über die verschiedenen staatlichen Ebenen hinweg und sodann die Zuständigkeiten innerhalb der jeweiligen staatlichen Ebenen zersplittert und vielfach ungeklärt sind. Das Spektrum der Bedarfe reicht vom Bevölkerungsschutz, über die Gesundheitsversorgung, die Eindämmung der Pandemie, den Schutz besonders vulnerabler Gruppen, die Aufrechterhaltung medizinischer Infrastruktur bis hin zur Durchführung von Impfungen und dem Betrieb von Testzentren (die Aufzählung ist in keiner Weise abschließend). Es liegt auf der Hand, dass zwischen den Strukturen auf der Ebene der Bedarfsträgerschaft und den Strukturen auf der Ebene der Beschaffung ein Zusammenhang dahingehend besteht, dass unklare Strukturen und Zuständigkeiten auf der Ebene der Bedarfsträgerschaft unklare Strukturen und Zuständigkeiten auf der Ebene der Beschaffung provozieren.

Der Enquete-Kommission wird daher dringend geraten, beide Ebenen in den Blick zu nehmen, wobei es auf der Ebene der Bedarfsträgerschaft nicht um vergaberechtliche Aspekte geht, sondern um Fragen der Kompetenzverteilung zwischen der EU und der Bundesrepublik Deutschland, zwischen dem Bund und den Ländern sowie zwischen den Ländern und den Kommunen. Dabei spielt auch die teilweise ungeklärte staats- und verwaltungsrechtliche Figur der Amtshilfe eine wichtige Rolle.

1. Steht fest, dass eine bestimmte staatliche Ebene (beispielsweise der Bund) für bestimmte Aufgaben und Bedarfe zuständig ist, muss geklärt werden, bei welchem Ressort die Bedarfsträgerschaft liegt und ob innerhalb eines Ressorts das Ministerium selbst oder nachgeordnete Behörden mit der Bedarfsträgerschaft betraut sein sollen. Besonderheiten betreffen insoweit die Bundeswehr, die Bundespolizei und die Polizei auf Landesebene.

2. Ob die Zuständigkeit für die Sachaufgabe/Bedarfsträgerschaft und die Zuständigkeit für die Beschaffung bei der gleichen Behörde liegen soll, müsste differenziert nach der jeweiligen Aufgabe und den jeweils vorhandenen Organisationseinheiten beantwortet werden. Während im kommunalen Bereich typischerweise bei der Verwaltung einer kreisfreien Stadt sowohl die Bedarfsträgerschaft als auch die Beschaffungszuständigkeit liegt, die dann von zwei unterschiedlichen Verwaltungsstellen innerhalb dieser Behörde bewältigt werden (etwa beim Bau einer Schule durch das Schulamt bzw. die zentrale Vergabestelle dieser Stadt), kommt auf der Ebene des Bundes insbesondere die Inanspruchnahme hochkompetenter zentraler Beschaffungs- und Vergabestellen durch verschiedene Ministerien bzw. nachgeordnete Behörden als Bedarfsträger in Betracht.

Innerhalb einer bestehenden Ressortzuständigkeit besteht von Verfassungsrechts wegen (vgl. Art. 65 Satz 2 GG) ein Selbstentscheidungsrecht des zuständigen Ministers bzw. der zuständigen Ministerin, an die sich insbesondere in der Anfangsphase einer Pandemie verstärkte Erwartungen aus dem politischen und medialen Raum richten werden. In einer funktionsgerecht weiterentwickelten künftigen Organisationsstruktur wäre aber einer Zuordnung der Aufgaben sowohl der Bedarfsträgerschaft als auch der Beschaffung zu nachgeordneten Verwaltungseinheiten mit den erforderlichen Erfahrungen und Fachkompetenzen sowie der erforderlichen Infrastruktur einschließlich Personal der Vorzug zu geben.

II. Beschaffung oder Eigenproduktion/Bevorratung

In dem Maße, in dem der Staat die von ihm benötigten Güter oder Dienstleistungen selbst vorhält, bedarf es keiner Beschaffung am Markt. Eine Eigenproduktion beispielsweise von Schutzausrüstung in 100-prozentiger staatlicher Trägerschaft wäre ebenso unwirtschaftlich wie wirtschaftsverfassungsrechtlich nicht akzeptabel, aber der Aufbau bestimmter Produktions- bzw. Bevorratungsstrukturen bildet einen wichtigen Beitrag zur Erhöhung der Resilienz in künftigen Pandemiesituationen. Ansätze in diese Richtung bestehen auf der Ebene des Bundes mit der „Nationalen Reserve Gesundheitsschutz“ und in

einzelnen Bundesländern (so etwa in Bayern mit dem beim Bayerischen Landesamt für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit angesiedelten Bayerischen Logistikzentrum Gesundheitssicherheit mit Pandemie-Zentrallager). Besonders sinnvoll erscheinen rechtliche Vorgaben und finanzielle Vorkehrungen für Bevorratungen unmittelbar bei größeren Gesundheitseinrichtungen wie z.B. Kliniken.

Die Fragen nach Notwendigkeit, Ausgestaltung und insbesondere Finanzierung solcher Einheiten einschließlich Kooperationen mit Trägern wie etwa dem Technischen Hilfswerk liegen außerhalb des Vergaberechts. Werden aber für den Bau und die Ausstattung eigener staatlicher Produktions-, Logistik- oder Lagereinrichtungen Beschaffungen am Markt getätigt, ist das Vergaberecht grundsätzlich anwendbar.

III. Beschaffungskooperationen auf EU-Ebene

Die Europäische Kommission hat bereits während der Corona-Krise großes Augenmerk auf den künftigen Einsatz gemeinsamer Beschaffungsverfahren für Produkte der Gesundheitsversorgung gelegt. Mittlerweile hat sie verschiedene Rechtsakte verabschiedet, sowohl für die Beschaffung kritischer Arzneimittel („Critical Medicines Act“-Entwurf), als auch für die „Gemeinsame Beschaffung medizinischer Gegenmaßnahmen“ (VO EU 2022/2371) und für die Beschaffungsstrukturen im Notfall (Internal Market Emergency and Resilience Act – VO (EU) 2024/2747; IMERA). Dass eine verbesserte Koordination zwischen der EU und den nationalen Ebenen sowohl bei der Bedarfsträgerschaft als auch bei der Beschaffung einen wesentlichen Beitrag für eine bessere Nutzung der jeweils vorhandenen Ressourcen leisten kann, liegt auf der Hand. Hierfür bedarf es aber klarer Regeln und kompetenter Behörden bzw. Abteilungen auf der nationalen Ebene, die dann innerhalb europäischer Beschaffungsstrukturen erfolgreich und abgestimmt mit rein nationalen Beschaffungsmaßnahmen agieren können.

IV. Reformthemen betreffend die atypische Beschaffungsform „Open-House-Verfahren“ (OHV)

Hat sich eine staatliche Beschaffungsstelle zur Deckung des Bedarfs eines staatlichen Trägers am Markt entschlossen, so geschieht dies im Regelfall durch die Vergabe eines öffentlichen Auftrags. Öffentliche Aufträge sind gemäß § 103 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) „entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern ... und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben.“ Nach einhelliger Rechtsprechung des EuGH und der nationalen Gerichte verbindet sich hiermit als ungeschriebene Voraussetzung eine Auswahlentscheidung des Auftraggebers zwischen mehreren Unternehmen, d. h. eine Selektion.

Hiervon unterscheidet sich das Open-House-Verfahren. Dort findet keine Auswahl statt, vielmehr können alle Leistungserbringer, die den bekannt gemachten Vertragsbedingungen entsprechen, mit der zuständigen staatlichen Stelle einen Vertrag abschließen. Die Vertragsbedingungen sind nicht verhandelbar, es handelt sich in der Sache also um eine Art Zulassungsverfahren. Diese atypische Beschaffungsform unterfällt mangels Auswahlentscheidung nicht § 103 Abs. 1 GWB, weswegen die Vorschriften des GWB-Vergaberechts (§§ 97 ff. GWB) hierauf nicht anwendbar sind.

1. Sinnhaftigkeit

Das OHV ist für Konstellationen entwickelt worden, in denen keine Versorgungsexklusivität begründet und Lieferengpässe durch die Einbeziehung möglichst vieler Anbieter minimiert werden sollen. Im Bereich der Beschaffung von Arzneimitteln und (früher) von Hilfsmitteln durch gesetzliche Krankenkassen nach dem Sozialgesetzbuch V hat es sich seit vielen Jahren als neuartige Beschaffungsform etabliert. Als weitere Vorteile werden dort die beschleunigte Durchführung und der vergleichsweise geringere administrative Aufwand bei den Beschaffungsstellen ebenso genannt wie die Erzielung einer größtmöglichen Produktbreite. Diese Aspekte können durchaus zu Beginn ei-

nes Pandemiegeschehens eine Rolle spielen, weswegen es aus rechtswissenschaftlicher Perspektive nicht überraschend erscheint, dass dieses Beschaffungsverfahren seinerzeit ins Spiel gebracht worden ist. Im Hinblick auf künftige Pandemien sollte es daher als u.U. flexiblere Alternative auch nicht gesetzlich ausgeschlossen werden.

2. Statthaftigkeit

Wie bereits angedeutet, findet das GWB-Vergaberecht auf OHV keine Anwendung. Das GWB-Vergaberecht verbietet aber auch nicht den Einsatz dieser – eben anderen, untypischen – Beschaffungsform. Dies haben der EuGH, das OLG Düsseldorf und weitere Nachprüfungsinstanzen eindeutig geklärt. Soweit ersichtlich, wird die vergaberechtliche Statthaftigkeit des OHV auch in den noch anhängigen vertragsrechtlichen Verfahren vor den ordentlichen Gerichten nicht grundsätzlich infrage gestellt.

3. Reformthema öffentliches Preisrecht

a) Das öffentliche Preisrecht ist ein eigenständiges Rechtsgebiet, das mit dem Vergaberecht das Ziel der Ermöglichung einer marktnahen Preisbildung teilt. Rechtsgrundlage ist das aus dem Jahr 1948 stammende Preisgesetz, die konkrete Ausgestaltung erfolgt durch die Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen vom 21.11.1953 (zuletzt geändert durch BGBl. 2021, I 4968). Sie wird ergänzt durch „Leitsätze für die Preisermittlung aufgrund von Selbstkosten“ (LSP). Vorrangig sind „Marktpreise“ zu vereinbaren (vgl. § 1 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53). Wenn ein Marktpreis nicht zu ermitteln ist, darf „ein Selbstkostenpreis nach Maßgabe der §§ 5–7 VO PR Nr. 30/53 zugrunde gelegt werden, für dessen Ermittlung die LSP anzuwenden sind (vgl. § 8 VO PR Nr. 30/53)“.

Durch diese Regelungen werden Höchstpreise für öffentliche Beschaffungen festgelegt und die vertragliche Gestaltungsfreiheit der Parteien insoweit beschränkt. Im Zusammenhang mit dem Einsatz des OHV in Pandemiesituations dürfte zu Beginn der Pandemie regelmäßig ein Marktpreis i. S. d. § 4 VO

PR Nr. 30/53 ausscheiden. In Betracht kommen daher allenfalls Selbstkostenpreise. Da wiederum aufgrund der regelmäßig außergewöhnlichen, volatilen Marktsituation davon auszugehen sein dürfte, dass es an der hinreichenden Überschaubarkeit für eine Vorkalkulation fehlt (vgl. § 6 Abs. 2 VO PR Nr. 30/53) kommt als zulässiger Preistyp am ehesten der sog. Selbstkostenerstattungspreis in Betracht. Selbstkostenerstattungspreise dürfen nach § 7 Abs. 1 dann (aber auch nur dann) vereinbart werden, „wenn eine andere Preisermittlung nicht möglich ist“.

Nach Nr. 4 Abs. 3 LSP entspricht der Selbstkostenpreis der Summe der nach den LSP ermittelten, der Leistung zuzurechnenden Kosten zuzüglich eines kalkulatorischen Gewinns von in der Regel 5 % der Kosten. Die zuzurechnenden Kosten werden in den hier gegebenen Situationen im Wege der Nachkalkulation gemäß Nr. 5 Abs. 1 lit. b LSP ermittelt und können je nach den individuellen Kosten von Unternehmen unterschiedlich sein.

Wenn die VO PR Nr. 30/53 auf OHV-Verfahren anwendbar wäre, dürfte ein öffentlicher Auftraggeber nur den zulässigen Preis nach der VO vergüten. Ein abgeschlossener Vertrag wäre gemäß § 1 Abs. 3 VO PR Nr. 30/53 und § 134 BGB in dem Umfang nichtig, in dem der preisrechtlich zulässige (Höchst-)Preis überschritten würde.

b) Bislang ungeklärt ist aber, ob die VO PR Nr. 30/53 in OH-Verfahren anwendbar ist. So ging der 8. Zivilsenat des OLG Köln vor einigen Monaten in einem Verfahren betreffend Schutzmaskenkäufe ohne Weiteres davon aus, dass keine Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen die VO PR Nr. 30/53 ersichtlich seien. Hingegen hat der 18. Zivilsenat des OLG Köln in einem parallelen Fall entschieden, dass die Verordnung auch im OHV-Verfahren anwendbar (und im konkreten Fall auch gegen sie verstößen worden) sei. In der Fachliteratur sind im September 2025 zum jeweils entgegengesetzten Ergebnis gelangende Aufsätze nachweisbar. Zuvor hat man sich hierüber keine vertieften Gedanken gemacht.

Selbstverständlich kann sich diese Stellungnahme nicht zur preisrechtlichen Beurteilung der komplexen Beschaffungskonstellationen in den verschiedenen gegenwärtig anhängigen Verfahren vor der ordentlichen Gerichtsbarkeit verhalten. Eine Reformoption besteht aber darin, die fraglos bestehende

große Rechtsunsicherheit im Hinblick auf die Frage der Anwendbarkeit der VO PR Nr. 30/53 sowie den Umgang mit der dort vorgesehenen Vereinbarung von Selbstkostenerstattungspreisen für künftige Beschaffungssituationen in Pandemie- bzw. vergleichbaren Krisenlagen zu beseitigen. Die Enquete-Kommission könnte einen dahingehenden Regelungsvorschlag zur Aufnahme in die VO PR Nr. 30/53 formulieren. Dies läge m.E. im Interesse der staatlichen Haushalte und im Interesse der Rechtssicherheit, auch zugunsten der handelnden Akteure auf allen Seiten.

V. Reformthemen betreffend die Beschaffungsform „Auftragsvergabe“

Oberhalb der europarechtlich festgelegten sog. Schwellenwerte (also im vorliegenden Zusammenhang regelmäßig) unterfallen Verträge mit Lieferanten von Schutzausrüstung, Dienstleistern bei Impf- oder Testzentren, Logistikunternehmen, Beratern etc. dem GWB-Vergaberecht nach §§ 97 ff. GWB. Desse[n] Zweck besteht in der Ermöglichung einer erfolgreichen und wirtschaftlichen Beschaffung im Wettbewerb.

Nachfolgend werden einige diesbezügliche Reformthemen angesprochen. Dies betrifft keinesfalls immer nur ein Tätigwerden des Gesetz- oder Verordnungsgebers. Vielmehr kann die Krisentauglichkeit des Vergaberechts auch dadurch verbessert werden, dass Leitfäden bzw. Musterdokumente zum raschen Abruf und Einsatz in der konkreten Beschaffungspraxis erarbeitet werden, und zwar explizit für die in Pandemiesituationen besonders relevanten Beschaffungsgegenstände (insbesondere Schutzausrüstung).

1. Leistungsbeschreibung und Zuschlagskriterien

In der Leistungsbeschreibung werden gemäß § 121 GWB die zu beschaffenden Auftragsgegenstände „so eindeutig und erschöpfend wie möglich“ beschrieben. Je ambitionierter eine Leistungsbeschreibung ist, desto spezifischer und qualitativ höherwertiger und wirtschaftlicher werden aller Voraussicht nach die eingegangenen Angebote sein, und desto unkomplizierter wird später die Zusammenarbeit mit den erfolgreichen Bietern verlaufen. Hier gilt es, die im Verlaufe der Corona-Pandemie gemachten Bedarfseinschätzungen

und Erfahrungen als Ressource für künftiges Wissen aufzubereiten und weiterzuentwickeln. Das Gleiche gilt für die Beschreibung des Kreises der ggf. vorgegebenen leistungsrelevanten Zuschlagskriterien nach § 127 GWB. Relevante Aspekte in diesem Zusammenhang betreffen etwa die Abgabe bzw. Verwertung nicht benötigter Schutzausrüstung und die Steigerung der Resilienz (dazu gehören Kriterien wie verwendungsnahe Bevorratung, Produktionsort in der EU etc.). Auch Formulierungen für Rahmenvereinbarungen könnten der Praxis gleichsam zum (lediglich noch konkretisierungsbedürftigen) Abruf in einer Art Toolbox zur Verfügung gestellt werden.

2. Vergabe- und Nachprüfungsverfahren

Seit jeher ermöglicht das Vergaberecht signifikante Erleichterungen bei den verfahrensrechtlichen Anforderungen, und zwar in Gestalt des „Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb“ gemäß § 119 Abs. 5 GWB i. V. m. §§ 14 Abs. 4 Nr. 3 und 17 VgV. Von dieser Vorschrift wurde nicht nur in der Corona-Pandemie Gebrauch gemacht (bereits seit dem 19. März 2020 auch auf Empfehlung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie per Rundschreiben), sondern auch während Hochwasser- und anderer krisenartiger Ereignisse.

§ 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV besagt, dass der Auftraggeber Aufträge im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb vergeben kann, wenn „äußerst dringliche, zwingende Gründe im Zusammenhang mit Ereignissen, die der betreffende öffentliche Auftraggeber nicht vorhersehen konnte, es nicht zulassen, die Mindestfristen einzuhalten, die für das offene und das nicht offene Verfahren sowie für das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb vorgeschrieben sind; die Umstände zur Begründung der äußersten Dringlichkeit dürfen dem öffentlichen Auftraggeber nicht zuzurechnen sein“.

Mehrere Oberlandesgerichte haben zwischenzeitlich die Anforderungen an die Anwendung dieser Vorschrift präzisiert und herausgearbeitet, dass ein vollständiger Verzicht auf Wettbewerb auch hier nur als Ultima ratio infrage kommt; andernfalls müssten zumindest drei Unternehmen zur Angebotsabgabe (und sei es informell) aufgefordert werden. Im Hinblick darauf besteht mithin kein zusätzlicher Reformbedarf.

In dem gegenwärtig im parlamentarischen Verfahren bzw. im Bundesratsverfahren befindlichen Entwurf für ein Vergabebeschleunigungsgesetz (BT-Drs. 21/1934) sind einige (durchgehend sinnvolle) Änderungen betreffend das Nachprüfungsverfahren (vor den Vergabekammern bzw. den Oberlandesgerichten) enthalten, die insbesondere auch in künftigen Pandemien von Nutzen sein werden. Dies gilt für den Umgang mit Interimsvergaben (alternative Sanktionen statt Unwirksamkeit der rechtswidrig zustande gekommenen Verträge, vgl. § 135 Abs. 4 GWB-Entwurf) und die deutlich erweiterten Möglichkeiten zur elektronischen Durchführung von Nachprüfungsverfahren (vgl. §§ 158 ff. GWB-Entwurf). Der am 4.12.2025 in einer Besprechung des Bundeskanzlers und allen Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder gefasste Beschluss einer „Föderalen Modernisierungsagenda“ strebt eine Senkung der Hürden für Dringlichkeitsvergaben unterhalb der Schwellenwerte und im künftigen europäischen Vergaberecht an (Nr. 148).

Insgesamt ist es im Zusammenhang mit Auftragsvergaben während der Corona-Pandemie zu einer verschwindend geringen Anzahl von Nachprüfungsverfahren gekommen. Offenbar haben konkurrierende Bieter von den durchaus niedrigschwälligen Rechtsschutzmöglichkeiten nur in sehr geringem Umfang Gebrauch gemacht. Dies ist in einem rechtlich so stark normierten Rechtsgebiet angesichts der bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten und der hohen Auftragswerte durchaus bemerkenswert und mag als Indiz dafür gelten, dass in der weit überwiegenden Zahl der Beschaffungsvorgänge, von der Rechtmäßigkeit der Beschaffungsvorgänge ausgegangen werden kann.

3. Umgang mit Beschaffungsdienstleistern

a) Während der Pandemie wurden in verschiedenen Aufgabenfeldern private Dienstleister herangezogen, um die Verantwortlichen in den staatlichen Behörden mit vorbereitenden bzw. durchführenden Tätigkeiten zu unterstützen bzw. zu entlasten. Dies betraf sowohl Aufgaben bei der Ermittlung und Steuerung des Bedarfs und weitere Aufgaben bei der Beschaffung als auch bei der Durchführung von Vergabeverfahren. Ein großer Schwerpunkt lag aufgrund der enorm großen Zahl abgeschlossener Verträge bei der Vertragsdurchfüh-

rung. Hierbei wurden von Beschaffungsdienstleistern so unterschiedliche Tätigkeiten wie die Dokumentation und Analyse der Beschaffungsvorgänge, die Unterstützung bei der Angebotsprüfung, die buchhalterische Erfassung der Bestellungen, die Rechnungsprüfung und die Zahlungsfreigabe erbracht, ebenso Tätigkeiten bei der Prüfung gelieferter Gegenstände auf ihre Fehlerhaftigkeit, die Vorbereitung und Durchführung sich daraus ggf. ergebender Rechtsstreitigkeiten etc.

Bei diesen sog. Beschaffungsdienstleistern handelt es sich v.a. um Logistikunternehmen, Rechtsanwaltskanzleien und Beratungsgesellschaften. Bei der Beschaffung von Beschaffungsdienstleistern ist grundsätzlich wiederum das GWB-Vergaberecht anwendbar. Bei Vorliegen der dafür bestehenden Voraussetzungen (siehe soeben 2) kann eine Vergabe im Wege des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb (sog. Dringlichkeitsvergabe) erfolgen. Dies ist im Hinblick auf den Vertrag mit einem sog. Betriebsführer im Jahr 2020 durch die zuständige Nachprüfungsinstanz ausdrücklich bestätigt worden.

Die Figur des Beschaffungsdienstleisters ist eine europarechtlich vorgesehene und allgemein anerkannte Option bei der Vergabe öffentlicher Aufträge. Ohne Zweifel ist ihr Einsatz auch im OHV statthaft. Gemäß Art. 2 Abs. 1 Nr. 17 der einschlägigen Vergaberichtlinie 2014/24/EU ist ein „Beschaffungsdienstleister“ eine „öffentliche oder privatrechtliche Stelle, die auf dem Markt Nebenbeschaffungstätigkeiten anbietet“. Als „Nebenbeschaffungstätigkeiten“ definiert Art. 2 Abs. 1 Nr. 15 dieser Richtlinie „Tätigkeiten zur Unterstützung von Beschaffungstätigkeiten“, insbesondere bei der Bereitstellung technischer Infrastruktur, bei der „Beratung zur Ausführung oder Planung von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge“ sowie bei der „Vorbereitung und Verwaltung von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge im Namen und für Rechnung des betreffenden öffentlichen Auftraggebers“.

Die Gründe für den Einsatz von Beschaffungsdienstleistern, die in nahezu sämtlichen Bereichen des öffentlichen Beschaffungs- und Vergabewesens und auf allen staatlichen Ebenen der Bundesrepublik Deutschland stattfindet, bestehen in der hohen Komplexität der Rechtsmaterie bei gleichfalls hoher Komplexität und Dynamik der Beschaffungsmärkte. Hinzu kommen die auf allen staatlichen Ebenen zu beobachtenden Schwierigkeiten bei der Gewinnung

von fachkompetentem Personal. Für rasch auftretende und anwachsende Bedarfslagen kann überdies nicht eigenes Personal gleichsam auf Vorrat rekrutiert werden, hier ermöglicht die Beschaffungsdienstleistung ein kurzfristiges Hochfahren.

Angesichts der grundsätzlichen Sinnhaftigkeit sollte daher auch im Hinblick auf Pandemiesituationen keine Einschränkung oder gar ein Verbot des Einsatzes von Beschaffungsdienstleistern vorgesehen werden. Richtig verstanden, handelt es sich um ein weiteres Flexibilisierungsinstrument, das gerade in solchen Situationen besonders benötigt wird.

b) Beim Einsatz von Beschaffungsdienstleistern ist allerdings darauf zu achten, dass alle wesentlichen Entscheidungen letztverantwortlich von den zuständigen staatlichen Stellen getroffen werden müssen. Beschaffungsdienstleister können lediglich (aber immerhin) mit Tätigkeiten vorbereitenden und/oder durchführenden Charakters betraut werden. Entscheidungen mit nur sehr geringem Entscheidungsspielraum, fehlender Relevanz für den Schutz konkurrierender Unternehmen und Entscheidungen in früheren oder nachgelagerten Verfahrensstadien können von Beschaffungsdienstleistern selbst getroffen werden. Hinsichtlich der Entscheidungen, für die eine staatliche Letztentscheidungspflicht besteht, müssen die Aktivitäten des Beschaffungsdienstleisters einer nachvollziehenden Prüfung und Befassung unterzogen werden. Jederzeit muss ein bestimmtes Maß an Verfahrensherrschaft bei den staatlichen Stellen aufrechterhalten bleiben. Diese müssen die Tätigkeit des Beschaffungsdienstleisters begleiten, überwachen und ggf. korrigieren können. Die von Beschaffungsdienstleistern vorgeschlagenen Entscheidungen müssen auf ihre Nachvollziehbarkeit, Schlüssigkeit und inhaltliche Richtigkeit überprüft und gebilligt werden können.

Um diesen mittlerweile gefestigten Anforderungen aus der Rechtsprechung gerecht werden zu können, bedarf es bei den staatlichen Beschaffungs- und Vergabestellen einer personellen Ausstattung, die nach Zahl und vor allem nach Fachkompetenz in der Lage ist, entsprechend handeln zu können.

Eine wichtige Lehre aus der Pandemie und zugleich ein wichtiger Beitrag zur verbesserten Krisentauglichkeit des Vergaberechts besteht also auch hier

nicht in neuen oder veränderten Rechtsvorschriften. Wohl aber ist die Erarbeitung und Bereitstellung von Vertragsmustern für die Zusammenarbeit mit Beschaffungsdienstleistern und die verstärkte Ausrichtung des eigenen Personals auf Aufgaben der Steuerung, Überwachung und Kontrolle im Hinblick auf etwaige künftige Pandemien sinnvoll und im Grundsatz auch rechtlich geboten.

VI. Fazit

Bei der Weiterentwicklung der Beschaffungsstrukturen und des Vergaberechts mit dem Ziel einer verbesserten Krisentauglichkeit muss durchgehend im Auge behalten werden, dass insbesondere in Pandemiesituationen – und mehr als in herkömmlichen Beschaffungssituationen – die oberste Richtschnur sämtlicher Maßnahmen und Entscheidungen die staatliche Schutzhpflicht für Leben und körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 des Grundgesetzes ist. Vor einer etwaigen Überregulierung ist zu warnen, weil Flexibilität, Entscheidungsfreude und teilweise auch Risikobereitschaft der Verantwortlichen auf allen staatlichen Ebenen ihrerseits wichtige Faktoren bei der Krisenbewältigung bilden.

München, den 15.12.2025

Prof. Dr. Martin Burgi