

Frankfurt, 07.05.2020

### Vergaberechtliche Möglichkeiten im Umgang mit wirtschaftlich in Schieflage geratenen Unternehmen

**Dr. Kai-Uwe Schneevogl**  
**Dr. Jan Peter Müller**  
**Alexander Klüber**

Die COVID-19-Pandemie (Corona virus disease 2019) stellt Unternehmen aller Größenordnungen vor existenzielle Herausforderungen. Aller Voraussicht nach werden branchenübergreifend Liquiditätsengpässe bei Unternehmen zu verzeichnen sein. Die deutsche Industrie- und Handelskammer geht davon aus, dass jeder zehnte Mittelständler durch die „Corona-Krise“ von einer Insolvenz bedroht ist. Öffentliche Auftraggeber müssen sich bereits jetzt fragen, wie mit insolventen Bietern und Auftragnehmern umzugehen ist und welche vergabe- bzw. vertragsrechtliche Möglichkeiten zur Sicherstellung der Bedarfsdeckung bestehen. Aber auch Bieter und Auftragnehmer haben sich damit auseinanderzusetzen, welche Auswirkungen eine Insolvenz und die in diesem Zusammenhang verfolgten Strategien auf öffentliche Aufträge haben können.

Selbstverständlich trägt die öffentliche Hand – wenn auch sicherlich nicht rechtlich, dann zumindest in gewisser Weise moralisch – auch Verantwortung für die vielen Verlierer der Krise. Der Staat hat bereits angekündigt, wirtschaftliche Hilfestellung in nie dagewesenem Umfang zu leisten. Daneben trägt der Staat aber natürlich auch die Verantwortung, die ihm obliegenden Aufgaben der Daseinsvorsorge nach Maßgabe des Gebots der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu erfüllen, was ohne eine funktionierende und effektive Beschaffung nicht möglich wäre. Das Vergaberecht stellt dann verschiedene Mittel zur Verfügung, wie mit in Schieflage geratenen Unternehmen umgegangen werden kann.

#### Fakultativer Ausschluss insolventer Bieter im Vergabeverfahren

Öffentliche Auftraggeber haben im Anwendungsbereich des GWB (§ 124 Abs. 1 Nr. 2 GWB) und der UVgO (§ 31 Abs. 1 UVgO) die Möglichkeit, ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme an dem laufendem Vergabeverfahren unter Berücksichtigung

des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ausschließen, wenn das Unternehmen

- zahlungsunfähig ist,
- über das Vermögen des Unternehmens ein Insolvenzverfahren oder ein vergleichbares Verfahren beantragt oder eröffnet worden ist,
- die Eröffnung eines solchen Verfahrens mangels Masse abgelehnt worden ist,
- sich das Unternehmen im Verfahren der Liquidation befindet oder
- seine Tätigkeit eingestellt hat.

Solche Möglichkeiten bestehen auch im Anwendungsbereich der EU VOB/A bzw. der VOB/A (1. Abschnitt) und der VOL/A. Dort stehen dem öffentlichen Auftraggeber im Rahmen der materiellen Eignungsprüfung vergleichbare fakultative Ausschlussgründe zur Verfügung (vgl. § 6e EU Abs. 6 Nr. 2 VOB/A, § 16 Abs. 2 Nr. 1 VOB/A, § 6 Abs. 5 lit.a) VOL/A).

#### Wechsel des Auftragnehmers nach Zuschlagerteilung

Insbesondere aufgrund fehlender Liquidität und damit einhergehenden Risiken für die (weitere) ordnungsgemäße Vertragserfüllung kann sich auf Auftragnehmerseite das Bedürfnis ergeben, während der Vertragslaufzeit Änderungen in der organisatorischen Struktur vorzunehmen. Auch die Gläubiger eines Auftragnehmers oder Dritte sind nicht selten daran interessiert, das notleidende Unternehmen in seiner Gesamtheit oder auch in Teilen im Wege einer Unternehmensumstrukturierung zu erhalten und fortzuführen.

Für solche Auftragnehmerwechsel im Zuge einer (drohenden) Insolvenz oder einer Unternehmenstransaktion hält § 132 GWB für den Oberschwellenbereich – wie auch § 47 UVgO für den Unterschwellenbereich – in vergaberechtlicher Hinsicht Lösungsmöglichkeiten bereit.

Dies nicht zuletzt auch vor dem Hintergrund, dass eine Kündigung regelmäßig die Pflicht zur Neuausschreibung nach sich ziehen wird, was in der aktuellen Marktlage mit weiteren Unwägbarkeiten belastet sein kann. Ein Wechsel des Auftragnehmers oder Austausch einzelner Partner erscheint dann vielfach vorzugswürdig.

Grundsätzlich gilt, dass ein Wechsel des Auftragnehmers gemäß § 132 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 GWB eine wesentliche Änderung des ursprünglichen Vertrags darstellt. Solche Vorgänge bedürfen der Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens und gewähren dem öffentlichen Auftraggeber in Bezug auf den Altvertrag gemäß § 133 Abs. 1 Nr. 1 GWB ein Kündigungsrecht. Allerdings löst – wie die Ausnahmetatbestände des § 132 Abs. 2 GWB zeigen – nicht jede Änderung in der organisatorischen Struktur des Auftragnehmers die Notwendigkeit zur Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens aus. Dies ist auch geboten, da anderenfalls sachdienliche und technisch notwendige Änderungen – insbesondere in Zeiten einer Unternehmenskrise – nicht ohne Neuvergabe möglich wären.

Neben in der Praxis weniger relevanten Privilegierungen ermöglicht insbesondere § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 lit. b) GWB eine Unternehmensumstrukturierung während der Vertragslaufzeit auch ohne erneute Durchführung des Vergabeverfahrens. Danach ist ein Wechsel des Auftragnehmers vergaberechtlich privilegiert, wenn

- das den Vertrag übernehmende Unternehmen die im ursprünglichen Vergabeverfahren festgelegten Anforderungen an die Eignung erfüllt,
- der Hintergrund des – formalen – Auftragnehmerwechsels „nur“ eine Umstrukturierung ist, wie sie beispielsweise aufgrund von Übernahme, Zusammenschluss, Erwerb oder *Insolvenz* eines Unternehmens erfolgt,
- und der Auftragnehmerwechsel keine darüber hinausgehenden wesentlichen Änderungen im Sinne § 132 Abs. 1 GWB zur Folge hat.

Gesellschaftsrechtlich sind viele Konstellationen denkbar, in denen derartige Umstrukturierungen vorgenommen werden. Daher sind auch die in § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 lit. b) GWB beispielhaft genannten potentiellen Unternehmensumstrukturierungsmaßnahmen nicht abschließend zu verstehen.

## Share Deal

Der während der Vertragslaufzeit eintretende Wechsel im Bestand der Gesellschafter eines Auftragnehmers bei

einem sog. „share deal“ ist insbesondere bei juristischen Personen in der Regel vergaberechtlich unbedenklich. Denn bereits nach ihrem Wesen sind juristische Personen auf eine jederzeitige Änderung ihrer Besitzverhältnisse ausgerichtet. Nur ganz ausnahmsweise kann der Wechsel im Bestand der Gesellschafter von Publikumsgesellschaften eine wesentliche Vertragsänderung darstellen. Dies ist etwa denkbar, wenn der Gesellschafter in die Leistungserbringung eingebunden ist und es bei der Vergabe auf dessen spezifische Qualifikation ankommt.

## Asset Deal

Kritischer, aber darstellbar dürften sich Konstellationen erweisen, in denen alle Wirtschaftsgüter des Auftragnehmers im Wege eines „asset deals“ veräußert werden. Bei funktionaler Betrachtung dürfte dies in einer Vielzahl der Fälle dem „share deal“ gleichstehen. Werden allerdings einzelne Wirtschaftsgüter oder bestimmte Unternehmensanteile des Auftragnehmers aus der Gesamtheit des Unternehmens herausgelöst, ist eine Einzelfallprüfung von Nöten. Denn einzelne Wirtschaftsgüter (z.B. technische Ausstattung) oder bestimmte Unternehmensteile (z.B. ausführende Betriebsabteilung) stehen regelmäßig in engem Zusammenhang mit der Eignung des Auftragnehmers sowie der Erfüllung des Auftrages. Über allem steht jedoch die grundlegende Forderung des § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 lit. b) GWB, wonach die ursprünglich festgelegten Anforderungen an die Eignung weiterhin erfüllt werden müssen. Hinsichtlich eines solchen „asset deals“ ist der Umfang des Erwerbs folglich entscheidend für die Frage, ob eine wesentliche oder eine unwesentliche Änderung des Vertrages vorliegt.

## Umwandlungen iSd UmwG

Bei Auftragnehmerwechseln im Wege der Verschmelzung, Spaltung, Vermögensübertragung und des Formwechsels gemäß § 1 Umwandlungsgesetz (UmwG) ist besonderes Augenmaß anzulegen. Denn bei diesen Formen der Umwandlung geht das gesamte Vermögen des übertragenden Rechtsträgers – inklusive der bestehenden Verträge – auf den übernehmenden Rechtsträger über, ohne dass der öffentliche Auftraggeber dies verhindern kann. Ist dem neuen Vertragspartner und Auftragnehmer indes die Eignung zur Ausführung des Auftrags abzusprechen, kommt der öffentliche Auftraggeber nicht umhin, den Vertrag zu kündigen und den Auftrag zur Deckung seines Bedarfs erneut unter Beachtung der vergaberechtlichen Vorschriften zu vergeben.

### Rechtsträgererhaltende Sanierung

Ferner ist im Zusammenhang mit „insolvenzreifen“ Auftragnehmern die in der insolvenzrechtlichen Sanierungspraxis verbreitete sogenannte rechtsträgererhaltende Sanierung aus vergaberechtlicher Sicht zu betrachten. Bei dieser Sanierungsart führt der Auftragnehmer das Unternehmen im Rahmen des Insolvenzplanverfahrens selbst fort; seine Gläubiger erhalten allerdings häufig eine Beteiligung an dem Unternehmen des Auftragnehmers (z.B. im Wege eines sog. Debt-Equity-Swap). Für solche Änderungen im Besitzverhältnis einer juristischen Person gelten die im Rahmen des „share deal“ dargestellten Maßgaben, sodass auch hier grundsätzlich keine (erneute) Ausschreibungspflicht eintritt. Eine andere im Insolvenzverfahren mögliche Sanierungsart ist die sogenannte übertragende Sanierung. Hierbei werden die wirtschaftlichen Teile eines Unternehmens aus diesem herausgelöst und im Wege des „asset deal“ auf einen neuen Rechtsträger übertragen. Bei dieser Sanierungsart ergeben sich folglich die im Rahmen des „asset deal“ dargestellten Probleme.

### Vertragsübernahme durch Auftraggeber

Im Übrigen ist ein Auftragnehmerwechsel nach § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 lit. c) GWB als *unwesentlich* anzusehen, wenn der öffentliche Auftraggeber an die Stelle des Hauptauftragnehmers tritt und dessen Verpflichtungen gegenüber seinen Unterauftragnehmern übernimmt. Eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs ist hier nicht zu befürchten, da die Leistung faktisch weiterhin durch die Unterauftragnehmer erbracht wird.

### Außerordentliches Kündigungsrecht des Auftraggebers für laufende Verträge

Zwar steht öffentlichen Auftraggebern im Falle der Insolvenz eines Auftragnehmers per se kein gesetzliches außerordentliches Kündigungsrecht zu. In den üblichen Vertragsbedingungen öffentlicher Aufträge ist aber in der Mehrzahl der Fälle ein sogenanntes Insolvenzkündigungsrecht vorgesehen. Danach steht dem öffentlichen Auftraggeber in der Regel eine außerordentliche Kündigung des Vertrages zu, wenn bei dem Auftragnehmer insolvenznahe Sachverhalte auftreten.

So sieht etwa das Vergabe- und Vertragshandbuch für Baumaßnahmen des Bundes (VHB 2017 Stand 2019) über Ziffer 1.3 der allgemeinen Richtlinie zu Vergabever-

fahren eine zwingende vertragliche Vereinbarung eines Insolvenzkündigungsrechts entsprechend der Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (VOB/B) vor, denn diese sind aufgrund der Anwendungspflicht aus § 8a EU VOB/A bzw. § 8a VOB/A zum Bestandteil der Vertragsgrundlagen zu machen. Infolgedessen sind über § 8 VOB/B Möglichkeiten zur Kündigung eröffnet. Da sich Landesbehörden und Kommunen bei Baumaßnahmen erfahrungsgemäß gerne an den bewährten Richtlinien des VHB orientieren, werden auch hier regelmäßig die Kündigungsrechte nach § 8 VOB/B zumindest in ähnlicher Form von den Parteien zur Vertragsgrundlage gemacht.

§ 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B sieht im Falle wirtschaftlich in die Schieflage geratener Auftragnehmer vier außerordentliche Kündigungsgründe zugunsten des Auftraggebers vor. Danach kann der öffentliche Auftraggeber den Vertrag kündigen, wenn

- der Auftragnehmer seine Zahlungen einstellt,
- von ihm oder zulässigerweise vom Auftraggeber oder einem anderen Gläubiger das Insolvenzverfahren bzw. ein vergleichbares gesetzliches Verfahren beantragt ist,
- ein solches Verfahren eröffnet wird oder
- dessen Eröffnung mangels Masse abgelehnt wird.

Eine entsprechende Vertragsklausel für eine insolvenzbedingte außerordentliche Kündigung des öffentlichen Auftraggebers geht zudem dem Erfüllungswahlrecht des Insolvenzverwalters (§§ 103 ff. InsO) vor und ist nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung des BGH grundsätzlich – im Gegensatz zu anderen Vertragsgestaltungen – sowohl bei VOB-Bauverträgen als auch bei BGB-Bauverträgen wirksam.

Allerdings ist der Gesetzgeber mit dem COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz (COVInsAG) einer kurzfristig aufkommenden „Insolvenzschwemme“ entgegengetreten, indem die Insolvenzantragspflicht sowie die Insolvenzantragstellung durch Gläubiger grundsätzlich für Insolvenzen im Zusammenhang mit den Auswirkungen der COVID-19-Pandemie bis zum 30. September 2020 ausgesetzt ist. Das Bundesministerium der Justiz ist ermächtigt, die grundsätzliche Aussetzung der Insolvenzantragspflicht sowie der Insolvenzantragstellung durch Gläubiger bis zum 31. März 2021 zu verlängern.

Daher werden sich Konstellationen ergeben, in denen der Auftragnehmer infolge der Auswirkungen der „Corona-

Krise“ materiell „insolvenzreif“ ist, aber kein Insolvenzverfahren beantragt und/oder eröffnet wird. Dem Auftraggeber verbleibt dann hinsichtlich der außerordentlichen Kündigung lediglich die – insbesondere im Zusammenhang mit Liefer-, Dienst- und Bauleistungen – nicht sonderlich praxisrelevante Zahlungseinstellung des Auftragnehmers als außerordentlicher Kündigungsgrund. Darüber hinaus ist dieser Kündigungsgrund aufgrund der den Auftraggeber treffenden Darlegungs- und Beweislast mit Vorsicht zu genießen.

Daher sollten bei auftragnehmerseitigem Auftreten von insolvenznahen Sachverhalten bevorzugt andere Gründe durch den öffentlichen Auftraggeber zur Kündigung herangezogen werden, wie etwa die Einstellung der Arbeiten. Denn die Arbeitseinstellung durch den Auftragnehmer gefährdet den Vertragszweck, sodass dem öffentlichen Auftraggeber regelmäßig die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann und die unberechtigte Arbeitseinstellung dem öffentlichen Auftragnehmer sowohl bei VOB-Bauverträgen als auch bei BGB-Bauverträgen eine außerordentliche Kündigung entsprechend § 8 Abs. 3 VOB/B ermöglicht.

## Wie bekommt der Auftraggeber schnellstmöglich einen neuen Auftragnehmer?

Fällt ein Auftragnehmer insolvenzbedingt weg, so ist zu klären, wie der fortbestehende Bedarf schnellstmöglich durch einen anderen Auftragnehmer gedeckt werden kann. Reflexartig wird hinsichtlich einer schnellen Beauftragung sicherlich zunächst an den zweitplatzierten Bieter des ursprünglichen Vergabeverfahrens gedacht. Allerdings ist ein Rückgriff auf diesen vergaberechtlich in aller Regel nicht zulässig, da das damalige Vergabeverfahren seinerzeit durch Zuschlagserteilung wirksam beendet wurde und nicht wiederaufleben kann.

Eine (außerordentliche) Kündigung des Vertrages befreit den öffentlichen Auftraggeber jedenfalls nicht ohne weiteres von der Pflicht zur Vergabe der Restleistungen im Wege eines förmlichen Vergabeverfahrens. Ausnahmsweise stehen ihm im Einzelfall weniger formstrenge Ver-

fahren zur Verfügung. So kann der öffentliche Auftraggeber im Oberschwellenbereich das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb (vgl. § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV, § 3a EU Abs. 3 Nr. 4 VOB/A) und im Unterschwellenbereich die Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb bzw. die Freihändige Vergabe (vgl. § 8 Abs. 4 Nr. 9 UVgO, § 3 Abs. 5 lit. g VOL/A, § 3a Abs. 3 Nr. 2 VOB/A) zur Beschaffung der Leistung nutzen, wenn grundsätzlich

- die Leistungserbringung objektiv (besonders) dringlich ist und
- die auslösenden Gründe für die Dringlichkeit für den öffentlichen Auftragnehmer objektiv nicht vorhersehbar waren.

Aus den jeweils einschlägigen vergaberechtlichen Vorschriften ergeben sich mitunter weitergehende Voraussetzungen.

Die Leistungserbringung ist regelmäßig als (besonders) dringlich bei solchen nicht durch den öffentlichen Auftraggeber verursachten Ereignissen einzuordnen, bei denen eine gravierende Beeinträchtigung für die Allgemeinheit und die staatliche bzw. kommunale Aufgabenerfüllung droht. Objektiv unvorhersehbar sind für den öffentlichen Auftraggeber Ereignisse, mit denen auch bei Anlegung eines hohen objektiven Sorgfaltsmaßstabs nicht gerechnet werden konnte. Im Bereich der Daseinsvorsorge und Gefahrenabwehr sowie in Fällen der sogenannten Interimsvergabe können unter Umständen weichere Maßstäbe angelegt werden.

## Fazit

Das Vergabe- und Vertragsrecht bietet dem öffentlichen Auftraggeber auch in Krisenzeiten regelmäßig verschiedene Handlungsmöglichkeiten zur Sicherstellung seiner Bedarfsdeckung sowie zum angemessenen Umgang mit in Schieflage geratenen Unternehmen. Dazu gehört auch die Möglichkeit, Bieter eine Umstrukturierung ihrer Struktur auf der Nachunternehmerebene zu eröffnen.

## Hinweis

Dieser Überblick dient ausschließlich der allgemeinen Information und kann konkreten Rechtsrat im einzelnen Fall nicht ersetzen. Sprechen Sie bei Fragen bitte Ihren gewohnten Ansprechpartner bei GÖRG bzw. den Autor Dr. Dr. Kai-Uwe Schneevogl (kschneevogl@goerg.de) oder Dr. Jan Peter Müller (jmueller@goerg.de) an. Informationen zum Autor finden Sie auf unserer Homepage [www.goerg.de](http://www.goerg.de).

## Unsere Standorte

GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

### BERLIN

Kantstraße 164, 10623 Berlin  
Tel. +49 30 884503-0, Fax +49 30 882715-0

### FRANKFURT AM MAIN

Ulmenstraße 30, 60325 Frankfurt am Main  
Tel. +49 69 170000-17, Fax +49 69 170000-27

### HAMBURG

Alter Wall 20 – 22, 20457 Hamburg  
Tel. +49 40 500360-0, Fax +49 40 500360-99

### KÖLN

Kennedyplatz 2, 50679 Köln  
Tel. +49 221 33660-0, Fax +49 221 33660-80

### MÜNCHEN

Prinzregentenstraße 22, 80538 München  
Tel. +49 89 3090667-0, Fax +49 89 3090667-90