

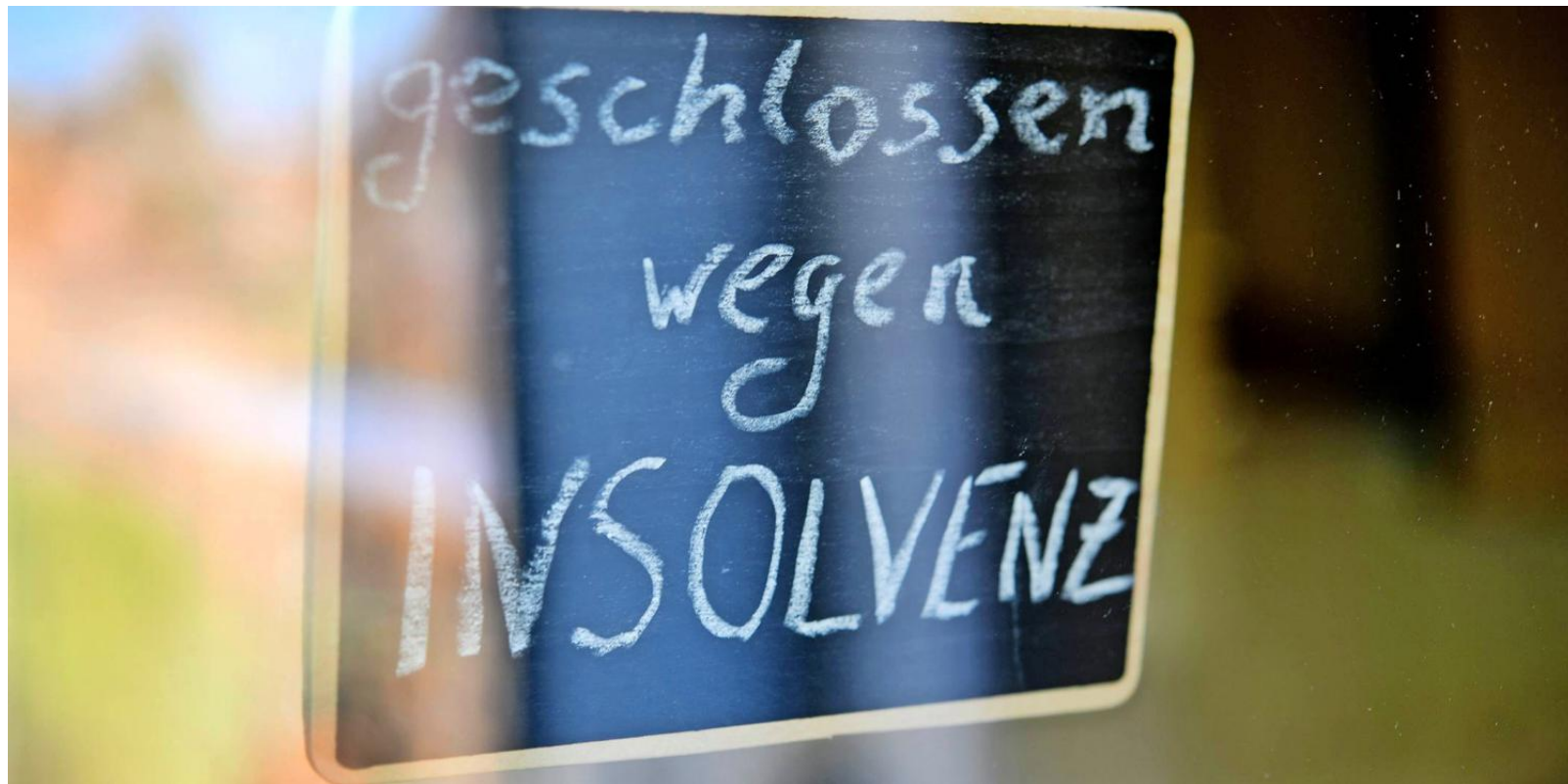
Expertenbeitrag:  
Insolvenzaussetzung

# Auftraggeber sollten mit Augenmaß handeln



Matthias Ulshöfer,  
Partner, Oppenländer  
Rechtsanwälte, Stuttgart

Unternehmen sind bis Jahresende vom Gesetzgeber von der Insolvenzantragspflicht befreit, wenn sie infolge der Covid-19-Pandemie Probleme haben. Ab Januar 2021 sollten öffentliche Auftraggeber mit Augenmaß bei entsprechenden Vertragskündigungen vorgehen.



Überschuldete Unternehmen müssen bis 31. Dezember keinen Insolvenzantrag stellen. Danach ändert sich dies, vertraglich gebundene Auftraggeber sind gefragt. FOTO: PICTURE ALLIANCE/FRANK MAY

STUTTGART. Durch das Covid-19-Insolvenzaussetzungsgesetz wurde im März dieses Jahres die Insolvenzantragspflicht für Unternehmen ausgesetzt, die infolge der Covid-19-Pandemie „insolvenzreif“ geworden sind. Dies gilt für jene, die dennoch Aussichten darauf haben, sich mit staatlichen Hilfsangeboten oder auf andere Weise zu sanieren. Die zum 30. September auslaufende Aussetzung der Antragspflicht wurde bis zum 31. Dezember „eingeschränkt“ verlängert. Sie gilt für Unternehmen, die infolge der Covid-19-Pandemie überschuldet, aber nicht zahlungsunfähig wurden. Zum Jahresende läuft auch diese eingeschränkte Verlängerung aus.

## Ausschlussgründe sind abschließend geregelt

Das wirft für öffentliche Auftraggeber nicht einfach zu beantwortende Fragen auf, wie sie mit Ausschlussstatbeständen und Kündigungsmöglichkeiten umgehen sollen. Nach Paragraph 124 Absatz 1 Nummer 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen können öffentliche Auftraggeber zahlungsunfähige Bieter vom Verfahren nach Ermessen ausschließen (siehe Kasten). Bei der Beurteilung, wie sich das Covid-

## Fakultative Ausschlussgründe

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen regelt in Paragraph 124:

(1) Öffentliche Auftraggeber können unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen, wenn [...] 2. das Unternehmen zahl-

lungsunfähig 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 [...].

19-Insolvenzaussetzungsgesetz (COVInsAG) auswirkt, kommt es aufs Detail an.

Aus dem Wortlaut folgt, dass Unternehmen, die nicht zahlungsunfähig, sondern „nur“ überschuldet und daher nach wie vor von der Insolvenzantragspflicht befreit sind, bis Ende 2020 nicht ausgeschlossen werden dürfen. Zahlungsunfähigen Unternehmen durften stets ausgeschlossen werden, die Aussetzung der Antragspflicht nach COVInsAG änderte hieran nichts.

Wichtig ist weiter, dass auch solche Unternehmen, die nicht oder nicht mehr von der Aussetzung der Insolvenzantragspflicht profitieren, nicht alleine wegen der Insolvenz ausgeschlossen werden dürfen. Es gibt auch keine Regelvermutung,

dass nach dem Beantragen oder Eröffnen eines Insolvenzverfahrens ein Bieter stets nicht mehr finanziell leistungsfähig wäre. Es besteht insoweit lediglich eine „abstrakte“ Gefährdungslage. Anstelle eines Per-se-Ausschlusses muss der öffentliche Auftraggeber eine sorgfältig begründete Prognoseentscheidung treffen. Es geht darum, ob der Bieter – trotz des Insolvenzverfahrens – geeignet erscheint, den zu vergebenden Auftrag zuverlässig zu erfüllen.

Für die Leistungsfähigkeit können mehrere Aspekte sprechen. Dies sind insbesondere ein von den Gläubigern akzeptierter Insolvenzplan, ein elaboriertes IDW-S6-Sanierungsgutachten oder auch die fortlaufende Gewährung von Bankkredit- und Bürgschaften.

Dass sich die Covid-19-Pandemie auf die finanzielle Leistungsfähigkeit von Unternehmen generell negativ auswirken kann, steht einer positiven Prognose jedenfalls nicht pauschal und erst Recht nicht über alle Branchen hinweg entgegen.

Besonderes Augenmaß ist bei solchen Unternehmen geboten, die nach COVInsAG von der Insolvenzantragspflicht zunächst befreit waren und in diese jetzt mit dem Jahreswechsel hineinlaufen. An vielen Stellen gewährt der Staat Hilfsleistungen in einem bisher kaum vorstellbaren Ausmaß. Deshalb darf auch bei der Ausschlussentscheidung in solchen Fällen trotz Insolvenzantrags kein allzu strenger Maßstab angesetzt werden. Wenn ernsthafte und erfolgversprechende Sanierungsbemühungen geleistet worden sind, muss der Ausschluss die Ultima Ratio bleiben.

Die Insolvenzverfahren setzen sich bei der Vertragsdurchführung fort. Viele öffentliche Aufträge sehen bei Insolvenzverfahren während der Vertragslaufzeit eine Vertragskündigung aus wichtigem Grund vor. Solche Kündigungsrechte sind in der Regel auch wirksam, da sie nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH), etwa bei Bauverträgen, dem

Erfüllungswahlrecht des Insolvenzverwalters vorgehen.

Allerdings ist auch beim Ausüben von Kündigungsrechten besonderes Augenmaß zu wahren.

## Durch die Pandemie bedingte Abwägungen

Es wäre mit den Zielen des COVInsAG kaum zu vereinbaren, wenn einem „nur“ überschuldeten Unternehmen, dem vor dem Jahreswechsel im beiderseitigen Vertrauen auf eine erfolgreiche Vertragsausführung noch der Zuschlag erteilt wurde, nun aus wichtigem Grund gekündigt würde, weil es über den Jahreswechsel in die Insolvenzantragspflicht gerutscht ist.

Bei vielen Unternehmen sind öffentliche Aufträge wichtige Bausteine eines Sanierungsplans. Wird einer dieser Bausteine vor schnell entzogen, bricht die gesamte Planung in sich zusammen. Öffentliche Auftraggeber handeln im Geist des COVInsAG, wenn sie eine enge Abstimmung mit dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter und eventuell anderen betroffenen öffentlichen Auftraggebern suchen, um ernsthaften Sanierungsbemühungen nicht ohne Not den Boden zu entziehen.

## Wettbewerb: Verordnung für Register liegt vor

BERLIN. Das Bundeswirtschaftsministerium hat den Entwurf für eine Verordnung zum Wettbewerbsregister veröffentlicht. Dieses soll Anfang 2021 starten. Der Erlass dieser Verordnung ist Voraussetzung für die Inbetriebnahme des Wettbewerbsregisters beim Bundeskartellamt.

Das Wettbewerbsregister ist eine bundesweite elektronische Datenbank für öffentliche Auftraggeber sowie bestimmte Sektorenauftraggeber und Konzessionsgeber. Es stellt diesen Auftraggebern für Vergabeverfahren Informationen über Unternehmen zur Verfügung. Anhand dieser können sie prüfen, ob ein Unternehmen wegen bestimmter Wirtschaftsdelikte von dem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden muss oder kann.

Geführt wird das nicht öffentliche Register beim Bundeskartellamt. Die Daten dürfen von Auftraggebern nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen abgefragt werden. Zudem müssen sie sich vorab selbst für die Abfrage registrieren lassen. (raab)

## Kurz notiert

### 21 Gebote bei Biomasse-Ausschreibung

BONN. Zum Gebotstermin 1. November für Biomasse hat die Bundesnetzagentur rund 168 Megawatt ausgeschrieben. 21 Gebote wurden eingereicht, 19 Zuschläge erteilt. Die eingereichte Gebotsmenge liegt bei rund 50 Megawatt. Der durchschnittliche Zuschlagswert stieg auf einen neuen Höchstwert von 14,85 Cent pro Kilowattstunde. Bei der Ausschreibung im April hatten 38 Gebote mit einem Volumen von 90,5 Megawatt einen Zuschlag erhalten. (sta)

### Kritik an Ausschreibung der Republik Österreich

WIEN. Vergaberechtsexperten kritisieren die Ausschreibung des Werbetats der österreichischen Bundesregierung. Sie verlangt unter anderem von fünf Agenturen in der Präqualifikation eine Präsentation der künftigen Strategie. Die Entwicklung einer Strategie ist üblicherweise ein angebotsbezogenes Kriterium und findet erst in der zweiten Stufe statt. (sta)

## Kein Schadensersatzanspruch ohne wirksamen Vertrag

Bundesgerichtshof urteilt zu Neufestlegung bei Bauverzögerung

KARLSRUHE. Ein Bieter, der einen Zuschlag erhalten sollte, kann keinen Schadensersatzanspruch geltend machen, wenn das Verfahren von der Vergabestelle aufgehoben und mit einer geänderten Leistungsbeschreibung in einem Folgeverfahren an einen anderen Bieter vergeben wird. Dies entschied der Bundesgerichtshof (BGH) in einem Urteil (VII. Zivilsenat vom 3. Juli 2020 - VII ZR 144/19).

Um einen Schadensersatzanspruch zu rechtfertigen, hätte der Auftraggeber den ausgeschriebenen oder ein diesem wirtschaftlich gleichzusetzenden Auftrag an einen Dritten vergeben müssen. In dem dem BGH vorgelegten Fall hatte der Auftraggeber jedoch nach der Aufhebung mit geänderten Ausführungsfristen neu ausgeschrieben.

Dies war nötig geworden, nachdem der Bieter im Zuschlagsschreiben von der Vergabestelle neue Ausführungsfristen mitgeteilt bekommen hatte. Er wollte diese nicht – wie gefordert – bestätigen und den Zuschlag annehmen. Der Bieter sah es jedoch als gegeben an, dass zwi-

schen ihm und dem Auftraggeber ein wirksamer Vertrag zustande gekommen war und verlangte Schadensersatz für entgangenen Gewinn. Die Richter des BGH verneinten die Existenz eines wirksamen Vertrags. Der Beschaffungsbedarf habe sich mit den neuen Terminen wesentlich geändert.

Der öffentliche Auftraggeber war in diesem Fall ein Risiko eingegan-

gen. Denn es ist nicht vergaberechtskonform, in einem offenen Verfahren nachzuverhandeln.

Es sei „grundsätzlich davon auszugehen, dass sich ein Auftraggeber vergaberechtskonform verhalten will“, erläutert Vergabexperte Valleska Pfarr von Menold Bezler Rechtsanwälte, Stuttgart, im Newsletter des Vergabeblogs des Deutschen Vergabernetzwerks. „Dies gilt aber nur in Zweifelsfällen, die der Auslegung bedürfen und zugänglich sind, nicht aber bei einem eindeutig und klar geäußerten Willen“. Der BGH habe deutlich gemacht, dass ein Auftraggeber auch unter Verstoß gegen vergaberechtliche Vorschriften einen zivilrechtlich wirksamen Vertrag schließen kann.

Thorsten Golm von der Auftragsberatungsstelle Brandenburg sieht dies ebenso: „Wesentliche Änderungen des Auftragsgegenstandes im Nachfolgeverfahren können aus Sicht einer Vergabestelle einen großen Schadensersatzanspruch verhindern“, schreibt er im Newsletter „Auftragswesen aktuell“ der Auftragsberatungsstelle. (raab)



Bauverzögerungen können zu Streit mit Bieter führen. FOTO: DPA

VERGABEWISSEN  
AUF DEN PUNKT  
GEBRACHT.  
PRAXIS & VERGABE  
02/2020

KOMPAKTES  
VERGABEWISSEN FÜR  
BIETER UND ÖFFENTLICHE  
VERWALTUNG.  
VON EXPERTEN ERKLÄRT:  
VERSTÄNDLICH UND  
PRAXISNAH. AUCH DIGITAL.



pvmagazin.staatsanzeiger.de



STAATSANZEIGER