

Anmerkung zu:	EuGH 4. Kammer, Urteil vom 03.02.2022 - C-461/20
Autoren:	Dr. Pascal Friton, LL.M., RA und FA für Vergaberecht, Moritz Schuchert, RA
Erscheinungsdatum:	10.05.2022
Quelle:	
Normen:	§ 132 GWB, EGRL 18/2004, EURL 24/2014
Fundstelle:	jurisPR-VergR 5/2022 Anm. 1
Herausgeber:	Prof. Dr. Lutz Horn, RA
Zitiervorschlag:	Friton/Schuchert, jurisPR-VergR 5/2022 Anm. 1

Übertragung öffentlicher Aufträge in der Insolvenz, Voraussetzungen für einen vergabefreien Auftragnehmerwechsel

Tenor

Art. 72 Abs. 1 Buchst. d Ziff. ii der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG ist dahin auszulegen, dass bei einem Wirtschaftsteilnehmer, der - nachdem über das Vermögen des ursprünglichen Auftragnehmers das zu dessen Abwicklung führende Konkursverfahren eröffnet wurde - lediglich diejenigen Rechte und Pflichten des ursprünglichen Auftragnehmers übernommen hat, die sich aus einer mit einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen Rahmenvereinbarung ergeben, davon auszugehen ist, dass er im Sinne dieser Bestimmung im Zuge einer Unternehmensumstrukturierung teilweise an die Stelle des genannten ursprünglichen Auftragnehmers getreten ist.

A. Problemstellung

In diesem Vorabentscheidungsverfahren befasst sich der EuGH mit der Reichweite der Privilegierungsregelung für vergabefreie Wechsel des Auftragnehmers nach Abschluss des Vertrages im Fall einer Insolvenz in Art. 72 Abs. 1 Buchst. d Ziff. ii der Richtlinie 2014/24/EU (in Deutschland umgesetzt in § 132 Abs. 2 Nr. 4 Buchst. b GWB). Konkret geht es um die Frage, ob es für einen vergabefreien Auftragnehmerwechsel ausreicht, dass alle Rechte und Pflichten aus dem konkreten öffentlichen Auftrag übernommen werden oder ob darüber hinaus eine komplette Fortführung einzelner Unternehmensteile des insolventen Auftragnehmers erforderlich ist. Eine Auslegungsfrage, die sowohl für öffentliche Auftraggeber im Fall eines insolventen Auftragnehmers als auch für die Ausgestaltung der entsprechenden Insolvenzverfahren von durchaus erheblicher praktischer Bedeutung ist.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Dem Rechtsstreit ging die in einem nicht offenen Verfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb erfolgte Vergabe von vier verschiedenen Rahmenverträgen für die Beschaffung von IT-Hardware (insbesondere Computer, Computerbildschirme und Tablets) voraus. Im vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb erfüllten unter anderem die Bieter Advania Sverige AB (Advania), Dustin Sverige AB (Dustin) und Misco AB (Misco) die Eignungskriterien. Den Zuschlag erhielten Mis-

co für alle vier Rahmenverträge sowie Dustin für zwei dieser Rahmenverträge. Einige Zeit später wurde Misco für insolvent erklärt. In diesem Zusammenhang schloss der Konkursverwalter mit Advania eine Vereinbarung, nach der die Übertragung dieser vier Rahmenvereinbarungen vorgesehen war. Über die in Rede stehenden Rahmenvereinbarungen hinaus wurden praktisch keine Geschäftsbereiche auf Advania übertragen, und es wurde auch nur ein Angestellter von Misco übernommen. Der öffentliche Auftraggeber genehmigte die Übertragung der Rahmenverträge gleichwohl und sah keine Veranlassung für die Durchführung eines erneuten Vergabeverfahrens. Dies begründete er unter anderem mit dem schwedischen Gesetz über die öffentliche Auftragsvergabe (LOU). Dieses sieht neben weiteren Voraussetzungen vor, dass ein Auftrag oder eine Rahmenvereinbarung ohne neues Vergabeverfahren im Zuge eines Auftragnehmerwechsels geändert werden kann, wenn der neue Auftragnehmer im Zuge einer Unternehmensumstrukturierung – einschließlich Übernahme, Fusion, Erwerb oder Insolvenz – ganz oder teilweise an die Stelle des ursprünglichen Auftragnehmers tritt. Diese Regelung entspricht (zumindest in der hier streitentscheidenden Frage) im Wesentlichen den Vorgaben in § 132 Abs. 2 Nr. 4 Buchst. b GWB und basiert gleichermaßen auf Art. 72 Abs. 1 Buchst. d Ziff. ii der Richtlinie 2014/24/EU.

Dustin war hingegen der Auffassung, der vorgenommene Auftragnehmerwechsel stelle vielmehr eine wesentliche Auftragsänderung dar, die die Durchführung eines erneuten Vergabeverfahrens erforderlich mache. Würde bereits die Übertragung einzelner Verträge genügen, um im Sinne der genannten Regel an die Stelle des ursprünglichen Auftragnehmers zu treten, würde damit ein nicht mehr vom Zweck des Ausnahmetatbestandes erfasster Handel mit öffentlichen Aufträgen am Markt ermöglicht. Sie erhob deshalb vor dem Verwaltungsgericht Stockholm Klage und beantragte, die Rahmenvereinbarungen zwischen Advania und dem Auftraggeber für ungültig zu erklären. Nachdem diese Klage abgewiesen wurde, legte Dustin Berufung zum Obergerverwaltungsgericht Stockholm ein. Dieses gab der Berufung statt und erklärte die vier Rahmenvereinbarungen zwischen Advania und dem Auftraggeber für ungültig. Dagegen legten nunmehr Advania und der Auftraggeber Rechtsmittel ein, weil nach ihrer Ansicht weder das LOU noch die Richtlinie 2014/24/EU erforderten, dass dem neuen Auftragnehmer über die Rahmenvereinbarungen hinaus noch eine weitergehende Geschäftstätigkeit übertragen werde. In der nächsten Instanz beschloss der Oberste Verwaltungsgerichtshof das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof die Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen, ob ein neuer Auftragnehmer i.S.d. Art. 72 Abs. 1 Buchst. d Ziff. ii der Richtlinie 2014/24 an die Stelle des ursprünglichen Auftragnehmers tritt, wenn der neue Auftragnehmer im Rahmen eines Konkursverfahrens die Rechte und Pflichten des ursprünglichen Auftragnehmers aus einer Rahmenvereinbarung übernimmt.

Der EuGH wies zunächst darauf hin, dass eine Ersetzung des ursprünglichen Auftragnehmers grundsätzlich eine wesentliche Änderung des Auftrags darstellt, die ein neues Vergabeverfahren erforderlich macht. Dies folge aus den Grundsätzen der Transparenz und der Gleichbehandlung, die grundsätzlich einen Wettbewerb zwischen den potenziell interessierten Bewerbern erfordern. Die streitgegenständliche Ausnahmenvorschrift sehe nur ausnahmsweise die Möglichkeit vor, u.a. in der Insolvenz einen anderen Auftragnehmer an die Stelle des ursprünglichen Auftragnehmers treten zu lassen, ohne dass ein solches Verfahren durchzuführen ist. Im Folgenden setzt sich der EuGH mit beiden vorgebrachten Auslegungen zu der Frage auseinander, wann ein Auftragnehmer i.S.d. Art. 72 Abs. 1 Buchst. d Ziff. ii der Richtlinie 2014/24 an die Stelle des ursprünglichen Auftragnehmers tritt. Dabei tritt er insbesondere dem Vortrag von Dustin entgegen, der Sinn und Zweck der Regelungen über Auftragsänderungen erforderten einen Übergang einzelner Unternehmensteile auf den neuen Auftragnehmer. Der EuGH weist auch darauf hin, dass die Privilegierungsvorschrift für einen vergabefreien Auftragnehmerwechsel in Art. 72 Abs. 1 Buchst. d Ziff. ii der Richtlinie 2014/24/EU neben dem Erfüllen der ursprünglich festgelegten Anforderungen an die Eignung des neuen Auftragnehmers ausdrücklich vorgibt, dass keine gezielte Umgehung des Ver-

gaberechts erfolgen darf. Das Argument, eine Ermöglichung der eigenständigen Übertragung von Rechten und Pflichten aus öffentlichen Aufträgen in der Insolvenz eröffne Umgehungsmöglichkeiten des Vergaberechts durch einen weitreichenden Handel mit öffentlichen Aufträgen am Markt, greife daher nicht.

C. Kontext der Entscheidung

Es ist in der vergaberechtlichen Judikatur grundsätzlich anerkannt, dass ein späterer Auftragnehmerwechsel bei einem zuvor ordnungsgemäß vergebenen Auftrag in der Regel eine wesentliche Auftragsänderung darstellt, die eine erneute Ausschreibung des Auftrags erforderlich macht. Der EuGH hatte dies bereits in seiner „Presstext“-Entscheidung aus dem Jahr 2008 aus den Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Transparenz gefolgert (EuGH, Ur. v. 19.06.2008 - C-454/06 „Presstext“ Rn. 40, 47). Dieser Grundsatz ist auch in Art. 72 Abs. 4 Buchst. d der Richtlinie 2014/24/EU formuliert, der § 132 Abs. 1 Nr. 4 GWB zugrunde liegt. Allerdings hatte der EuGH in der „Presstext“-Entscheidung auch ausgeführt, dass in Bezug auf (interne) Unternehmensumstrukturierungen ein Auftragnehmerwechsel oftmals keine hinreichende wettbewerbliche Relevanz aufweist, um eine erneute Ausschreibung des Auftrags erforderlich zu machen (vgl. EuGH Ur. v. 19.06.2008 - C-454/06 „Presstext“ Rn. 45, 47, bestätigt mit EuGH, Ur. v. 07.09.2016 - C-549/14 „Fin Frogne“ Rn. 28). Diesem Umstand wurde in Art. 72 Abs. 1 Buchst. d Ziff. ii der Richtlinie 2014/24/EU Rechnung getragen, wonach ein Auftragnehmerwechsel – neben den weiteren oben genannten Voraussetzungen – ausnahmsweise keine Neuausschreibung erfordert, wenn der neue Auftragnehmer im Zuge einer Unternehmensumstrukturierung – einschließlich der Übernahme, Fusion, Erwerb oder Insolvenz – ganz oder teilweise an die Stelle des ursprünglichen Auftragnehmers tritt.

Für die Auslegung dieser Vorgabe war im streitgegenständlichen Verfahren umstritten, ob ein neuer Auftragnehmer bereits dann ganz oder teilweise an die Stelle des ursprünglichen Auftragnehmers tritt, wenn er nur die Verträge über den öffentlichen Auftrag und nicht auch den dahinterstehenden Geschäftsbereich des ursprünglichen Auftraggebers übernimmt oder ob nicht vielmehr auch die Weiterführung einzelner Unternehmensteile erforderlich ist. Der Wortlaut der Vergaberichtlinie und der nationalen Umsetzungsnorm lassen insoweit grundsätzlich beide Interpretationen zu. Aus der beispielhaften Nennung der Insolvenz mit den Tatbeständen der Übernahme, der Fusion und dem Erwerb als Fälle der Unternehmensumstrukturierung war in der vergaberechtlichen Literatur allerdings bislang geschlussfolgert worden, dass im Fall der Insolvenz auch das Unternehmen selbst bzw. zumindest einzelne Geschäftsteile des Unternehmens vom Auftragnehmer weitergeführt werden müssen, um unter die Privilegierung des vergabefreien Auftragnehmerwechsel zu fallen (vgl. z.B. Jaeger in: MünchKomm EuWettbR, 4. Aufl. § 132 GWB Rn. 54; von Engelhardt/Kaelble in: Müller-Wrede: GWB, 1. Aufl., § 132 Rn. 74 f. sowie Geitel/Jansen in: RKPP, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 5. Aufl., § 132 Rn. 152; a.A. Krohn in: Plünder/Prieß, Vergaberecht im Umbruch II, die neuen EU- Vergaberichtlinien und ihre Umsetzung, S. 84). Diese Schlussfolgerung erscheint aus gesetzessystematischen Gründen auch naheliegend, weil sowohl Art. 72 Abs. 1 Buchst. d Ziff. ii als auch in Erwägungsgrund 110 der RL 2014/24/EU die Insolvenz ausschließlich mit anderen Beispielen für Unternehmensumstrukturierungen nennen, in denen die Geschäftstätigkeit des Unternehmens zumindest teilweise fortgeführt wird.

Der EuGH lässt dieses Argument hingegen nicht gelten und verweist darauf, dass der Tatbestand der Umstrukturierung in einer Insolvenz nach seinem Wortlaut lediglich die Zahlungsunfähigkeit und die Abwicklung im Rahmen eines Konkursverfahrens voraussetzt, nicht jedoch eine darüber hinausgehende Weiterführung einzelner Geschäftsteile (vgl. Rn. 26 ff. des Besprechungsurteils). Diese Auslegung sei auch deshalb geboten, da mit dem streitgegenständlichen Ausnahmetatbestand gerade Flexibilität für öffentliche Auftragnehmer geschaffen werden soll, um pragmatisch auf außergewöhnliche Umstände wie eine Insolvenz des Auftragnehmers reagieren zu kön-

nen (Rn. 37 des Besprechungsurteils). Der EuGH schließt sich mit seiner Auslegung dem Schlussantrag des Generalanwalts Saugmandsgaard an, der ebenfalls den Sinn und Zweck des Ausnahmetatbestands in den Vordergrund stellt und herausarbeitet, dass es in der besonderen Konstellation der Insolvenz vergleichsweise wenig Missbrauchsrisiken für eine gezielte Umgehung des Vergaberechts gibt (vgl. Schlussantrag der Generalanwalts Saugmandsgaard v. 09.09.2021 - C-461/20 Rn. 86). Mit dieser teleologischen Herangehensweise knüpft der EuGH an die „Presstext“-Entscheidung an, in der der Gerichtshof ebenfalls primär nach teleologischen Gesichtspunkten und am Maßstab der Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz entschieden hat, in welchen Fällen ein Auftragnehmerwechsel ausnahmsweise keine neue Ausschreibung erforderlich machen soll.

D. Auswirkungen für die Praxis

Mangels einer Pflicht zur Transparenzbekanntmachung für Auftragnehmerwechsel aufgrund von Umstrukturierungen gibt es zum streitgegenständlichen Themenkomplex vergleichsweise wenig Nachprüfungsverfahren (für allgemeinere Ausführungen zum Auftragnehmerwechsel nach § 132 Abs. 2 Nr. 4 Buchst. b GWB vgl. jedoch: VK Bund, Beschl. v. 03.08.2021 - VK 2 - 41/21; VK Bund, Beschl. v. 20.09.2016 - VK 2 - 85/16; VK Bund, Beschl. v. 26.02.2016 - VK 2 - 7/16). Vor diesem Hintergrund ist es zu begrüßen, dass nach der „Presstext“-Entscheidung 2008 nunmehr eine konkretisierende Entscheidung des EuGH für die Konstellation der Auftragnehmerinsolvenz ergangen ist. Auch in der Sache ist die Entscheidung richtig: Ein öffentlicher Auftraggeber, der bereits ein Vergabeverfahren durchgeführt hat und auf die vertragsgemäße Auftrags Erfüllung durch den erfolgreichen Bieter vertraut, ist bei dessen Insolvenz nämlich ohnehin mit erheblichen Problemen konfrontiert. Eine Kündigung des bisherigen Vertrags verbunden mit einer erneuten Durchführung eines Vergabeverfahrens für denselben Auftrag würde dabei erhebliche Zusatzkosten und zeitliche Verzögerungen verursachen. Sofern bereits (Teil-)Leistungen durch den ursprünglichen Vertragspartner erbracht wurden, wäre eine derartige Vertragskündigung außerdem mit Rechtsunsicherheiten in Bezug auf etwaige Zahlungsverpflichtungen verbunden. Ein öffentlicher Auftraggeber dürfte daher im Regelfall darauf angewiesen sein, soweit dies in irgendeiner Form möglich ist, eine Lösung auf Basis der bestehenden Verträge zu suchen. Die vom EuGH betriebene weite Auslegung des Privilegierungstatbestandes für einen Auftragnehmerwechsel in der Insolvenz erleichtert insoweit sowohl für öffentliche Auftraggeber als auch für den jeweiligen Insolvenzverwalter die Suche nach pragmatischen Lösungen und verringert die Kosten für alle Beteiligten. Wie vom EuGH sowie vom Generalanwalt Saugmandsgaard herausgearbeitet, halten sich die damit verbundenen Einschränkungen für den Wettbewerb um öffentliche Aufträge und die Grundsätze der Bietergleichheit und Transparenz dabei in einem noch ertragbaren Rahmen.

Die anderen in Art. 72 Abs. 1 Buchst. d Ziff. ii der Richtlinie 2014/24/EU bzw. in deren Umsetzung in § 132 Abs. 2 Nr. 4 Buchst. d GWB genannten Beispiele für Umstrukturierungen (Übernahme, Zusammenschluss und Erwerb des Auftragnehmers) setzen bereits nach ihrem Wortlaut einen Übergang einzelner Unternehmensteile auf den neuen Auftraggeber voraus. Eine Übertragbarkeit der Entscheidung des EuGH auf diese Tatbestände dürfte daher nicht in Betracht kommen. Darüber hinaus hat der EuGH seine Argumentation nur auf die konkrete Konstellation der Auftragnehmerinsolvenz bezogen und die besondere Interessenlage in dieser Situation dargestellt. Es können deshalb aus diesen Ausführungen keine Schlüsse für Auftragnehmerwechsel außerhalb einer Insolvenz gezogen werden, insbesondere auch nicht, dass grundsätzlich ein Handel mit öffentlichen Aufträgen ermöglicht werden soll (so in der Tendenz auch Schröder in: Vergabeblog.de v. 28.02.2022, Nr. 48994). Für den Ausnahmetatbestand des Auftragnehmerwechsels in der Insolvenz hat der EuGH jedoch nunmehr Rechtssicherheit für öffentliche Auftraggeber, Insolvenzverwalter und auch die jeweiligen neuen Auftragnehmer geschaffen.

