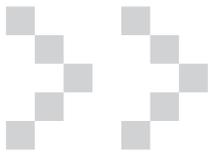


Stefan Günther

Folgen von Konkursen in Bauprojekten

Analyse der Folgen für Kosten, Termine und Qualität



Konkurse stellen für Bauprojekte ein großes Bedrohungspotenzial dar. Insbesondere öffentliche Bauherren fühlen sich in der Defensive und behindern sich selbst dabei, konsequent schadensminimierend einzugreifen. Bei einem hochgradig vernetzten Bauablauf können Konkurs-Folgeschäden entstehen, die weit über die Auftragssumme des insolventen Unternehmers hinausgehen.

Der Umgang mit sich anbahnenden Konkursen fordert vom Bauherrn Entscheidungen, die er auf der Basis unvollständiger Informationen treffen muss. Der Bauherr befindet sich in dieser Situation in einem Dilemma, weil sowohl vorschnelles als auch zögerliches Handeln von Vorteil oder von Nachteil sein kann. Der Bauherr muss sich die Interessenslage der handelnden Personen vergegenwärtigen und ihre Glaubwürdigkeit richtig einschätzen.

Um den Blick in diese Einschätzungsfragen zu schärfen, wird das Muster, nach dem Konkurse ausführender Unternehmen ablaufen, herausgearbeitet und die sich daraus in der Praxis ableitenden Fragestellungen werden punktuell behandelt.

In Österreich führt die Bauwirtschaft die Insolvenzstatistik mit etwa 1.000 Fällen und Passiva von rund EUR 400 Mio. an. Bei 40 % der insolventen Unternehmen wird sogar ein Konkursverfahren wegen mangelnder Masse (d. h. die Masse reicht nicht aus, um das Verfahren zu finanzieren) abgewiesen. Die durchschnittliche Konkursquote liegt bei etwa 2,5 %.

BEGRIFFE: INSOLVENZ, KONKURS, AUSGLEICH

Eingangs eine kurze Erläuterung der wichtigsten Begriffe für Nicht-Juristen:

Insolvenz: (lat. *insolvens*, „nicht-lösend“, hier im Sinne von: „Schulden nicht einlösen könnend“) bezeichnet die Zahlungsunfähigkeit eines Unternehmens.

Konkurs: Im Zwangsvollstreckungsrecht muss die Konstellation geregelt werden, dass zahlreiche Gläubiger „zusammenlaufen“ (daher der Ausdruck Konkurs von lat. *concurrere*), ohne dass das Schuldnervermögen für alle genügt. Dann soll nicht der Schnellste seine Forderungen zu Lasten der übrigen durchsetzen können, sondern alle Gläubiger sollen einen gleichmäßigen Anteil ihrer Forderungen erhalten, die sog. Insolvenzquote. Dazu muss in einem so genannten Insolvenzverfahren das gesamte Schuldnervermögen verwertet werden. Diese „Gesamtvollstreckung“ geschieht im Insolvenzverfahren. Die Konkursöffnung erfolgt auf Antrag des Schuldners oder der Gläubiger.

Ausgleich: Bei genereller Zahlungsunfähigkeit muss es nicht immer zu einem Konkurs kommen, d. h. zu Verwertung des Vermögens und quotenmäßige Verteilung an die Gläubiger. Es kann auch ein gerichtliches Ausgleichsverfahren beantragt werden, bei dem nach Befriedigung der Gläubiger das Unternehmen weitergeführt wird. Der Antrag muss vom Schuldner selbst gestellt und eine gesetzliche Mindestquote von 40 % muss erfüllt werden.

Zwangsausgleich: Bei einer gesetzlichen Mindestquote von 20 % können sich die Gläubiger auf die Durchführung eines Zwangsausgleichs einigen. Auch nach diesem Verfahren bleibt das Unternehmen weiterhin bestehen.

Im Konkursverfahren werden Masseforderungen und Konkursforderungen unterschieden:

Masseforderungen, das sind Gerichtsgebühren und die Kosten des Masseverwalters, werden aus der Konkursmasse zur Gänze befriedigt. Der Rest steht für

die **Konkursforderungen** zur Verfügung. Deckt die Masse nicht einmal die Masseforderungen ab, wird der Konkurs mangels Masse abgewiesen.

Gegen die Konkursmasse bestehen **Aussonderungsansprüche** für Sachen, die im Eigentum Dritter stehen, wie beispielsweise unbezahlte Materiallieferungen (Eigentumsvorbehalt).

ABLAUF-MUSTER EINES KONKURSES

Konkurse von Ausführenden Firmen haben verschiedene Ursachen und Folgen, laufen insgesamt aber nach einem gemeinsamen Muster ab. Im Folgenden soll dieses Muster in einem durchgehenden Ablauf beschrieben und der Blick anhand in der Praxis punktuell auftretender Fragestellungen geschärft werden.

Gemeinsam ist allen Fällen, dass sich ein **bis zur Insolvenz (scheinbar noch) funktionierendes Unternehmen innerhalb kürzester Zeit in einen großen Schuldenberg verwandelt**.

Letzte Chance: Ausgleich

Die drohende Insolvenz wird von der Geschäftsführung nicht erkannt, – häufiger noch zwar erkannt aber verdrängt. Die Chance, das Unternehmen durch einen Ausgleich zu retten, wird vertan, weil die Geschäftsführung noch nicht in der Lage ist, ihr Versagen einzugestehen. Das Prinzip Hoffnung und zunehmend Realitätsverlust treten bei der Geschäftsführung in den Vordergrund.

Strategie:**Unterpreis und Kostensenkung**

Es gilt nun Löcher zu stopfen. Angebote werden zu Unterpreisen erstellt und Risiken in der Angebotskalkulation vernachlässigt.

Radikale Kostensenkungsprogramme setzen beim Personal und insbesondere bei der Ausführungsvorbereitung an. Gute Mitarbeiter verlassen häufig in dieser Phase das Unternehmen.

Nach außen wird die wahre Situation des Unternehmens verschwiegen.

Wer hat Interesse, das insolvenzgefährdete Unternehmen auffliegen zu lassen?

Das insolvenzgefährdete Unternehmen kann seinem Umfeld, das sind die wesentlichen Lieferanten und Subunternehmer sowie die Bank, die eigene Situation kaum verschweigen. Dieses Umfeld hat kaum Interesse, das „an die große Glocke zu hängen“ oder gar einen Konkursantrag zu stellen, weil bei einem intakten Unternehmen jedenfalls mehr zu holen ist, als bei einem insolventen Unternehmen. Das einfache Kalkül lautet: „Auch wenn sie uns nur einen Teil der offenen Rechnungen zahlen, ist das immer noch viel mehr, als die Konkursquote ergäbe.“

Aus diesen Erwägungen werden insolvenzgefährdete Unternehmen nicht nur nicht vom Markt eliminiert, sondern in stiller Kumpanei für die Übernahme weiterer (Unterpreis-)Aufträge ertüchtigt.

Da zumeist die Krankenkassen die Konkursanträge stellen, werden – beispielsweise mit Hilfe der Bank – genau dort nennenswerte Rückstände vermieden.

Spätestens jetzt hat sich das Prinzip Hoffnung auch auf das Umfeld des insolventen Unternehmens ausgeweitet.

Was weiß der Bauherr?

Bauherren sind von den wesentlichen Informationen abgeschnitten. Weder das insolvenzgefährdete Unternehmen selbst noch die größten Gläubiger (Lieferanten und Subunternehmer aus dem Umfeld) äußern sich. Die Bank stellt sogar eine positive Bonitätsbescheinigung aus.

Die „vertraulichen“ Informationen von Konkurrenzunternehmen beschränken sich auf Behauptungen. Die Glaubwürdigkeit ist aufgrund der Konkurrenzsituation eingeschränkt.

→ *Prüfung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit*

Der angenehm niedrige Preis

Der Bauherr vergibt den Auftrag zu einem „angenehm niedrigen Preis“, der objektiv als Unterpreis zu werten wäre. Der niedrige Preis wird vom insolvenzgefährdeten Bieter mit der Behauptung gerechtfertigt, dass man „unbedingt diese Referenz“ brauche. Das schmeichelt dem Bauherrn.

Wer sollte gegen den Unterpreis auftreten?

Der Bauherr lässt keinen Zweifel daran, dass er einen niedrigen Preis wünscht. Er verlässt sich auf seine Konsulenten (Örtliche Bauaufsicht, Projektsteuerung, ...), dass die unterpreisbedingt geringe Ausführungsqualität auf ein ausreichendes Niveau angehoben wird.

Die Konsulenten, insbesondere wenn sie bemessungsgrundlagenabhängig vergütet werden, haben keine Lust, sich dem Vorwurf auszusetzen, sie würden die Vergabesumme aus Eigeninteresse in die Höhe treiben. Im Übrigen scheuen sie die Beweisführung, dass es sich um einen Unterpreis handelt.

→ *Indiz: Unterpreis*

Zögerliche und/oder mangelhafte Leistungserbringung

Das insolvenzgefährdete Unternehmen hat einen neuen Auftrag errungen. Der Hand-

lungsspielraum ist schon eingeschränkt. Ziel ist es nun, möglichst schnell große Zahlungsflüsse zu generieren.

Verfügt das insolvenzgefährdete Unternehmen noch über ausreichende Mittel, wird unter Verzicht auf eine seriöse Arbeitsvorbereitung ein Montageaktionismus entwickelt, bei dem die Qualität auf der Strecke bleiben muss.

Stehen nicht mehr ausreichende Mittel zur Verfügung, erfolgt ein zögerlicher Projekteinstieg, bei dem die Probleme des Unternehmens bereits bei der Werkstatt- und Montageplanung offensichtlich werden.

→ *Indiz: zögerliche und mangelhafte Leistungserbringung*

Wendepunkt:**Schonungslose Offenheit**

Die Liquidität des Unternehmens schwindet weiter. Die Insolvenzgefahr wird auch für den Bauherrn ruckbar. Jetzt kommt es zu einem Wendepunkt im Verhalten des insolvenzgefährdeten Unternehmens: Die bisherige Täuschung über den wahren Zustand des Unternehmens wird aufgegeben. An deren Stelle tritt eine „schonungslose Offenheit“, die dem Bauherrn die Zwangslage seines Auftragnehmers vor Augen führen und die bisherige Unehrlichkeit entschuldigen soll.

Gelingt die Dramaturgie, wird daraus auch eine Zwangslage für den Bauherrn: Der insolvenzgefährdete Auftragnehmer und der Bauherr „sitzen in einem Boot“. Wichtig ist die Wahl des richtigen Zeitpunkts, um die Verbindung der Schicksale von Auftragnehmer und Bauherrn unausweichlich erscheinen zu lassen.

Über Erfolg und Misserfolg an diesem Punkt entscheiden Nuancen. Ein und derselbe Satz kann vom Bauherrn als positives Signal für den weiteren Projektfortschritt oder als plumpe Drohung empfunden werden.

Vertrauensbildende Maßnahmen

Mit dem Wendepunkt muss der AN auch vertrauensbildende Maßnahmen setzen. Dazu bietet sich ein personeller Wechsel an. Ein neuer Geschäftsführer und ein



neuer Projektleiter werden präsentiert. Die Gründe für das Beinahe-Scheitern werden der bisherigen Geschäftsführung oder Projektleitung zugeschoben. Ein Neubeginn wird signalisiert.

Für den insolvenzgefährdeten Auftragnehmer kann es sinnvoll sein, auf Lobbying zu setzen. Eine größere Bauherrenorganisation ist dafür sehr empfänglich.

Ganz entscheidend ist die Behauptung, dass auch die übrigen Aufträge mit anderen Bauherren bereits in ähnlicher Weise abgesichert seien und bis Baufertigstellung sozusagen der Fortbestand des Unternehmens garantiert werden könne.

Forderungen des insolvenzgefährdeten Auftragnehmers

Je nach Temperament der Beteiligten wird der Bauherr um *gnädige Kooperation* gebeten oder mit *knallharten Forderungen* konfrontiert. Das Spektrum reicht von der Forderung nach vorgezogenen Zahlungsflüssen („Wenn wir nicht rasch Geld bekommen, können wir nicht weiterbauen“) bis zu Mehrkostenforderungen („Wir haben der Bank einen Gewinn von EUR ___ bei diesem Auftrag versprechen müssen. Dafür brauchen wir eine Zusatzvergütung von EUR ___.“).

Konsulenten sind schlecht beraten, in dieser Phase aus Gefälligkeit Nachträge positiv zu prüfen, Pönalen geringer zu bewerten etc. Es soll jedoch Bauherrenvertreter geben, die in dieser Situation genau das von den Konsulenten erwarten.

Es obliegt ausschließlich dem Bauherrn, vom Vertrag abzugehen und einen Vergleich über Zusatzvergütungen, Pönalverzicht etc. abzuschließen. (Wichtig ist die Unterscheidung zwischen Wissens-erklärungen, wie Angebotsprüfung oder Rechnungsprüfung, die nicht falsch sein dürfen und Willenserklärungen, wie eben einem Vergleich, die vielleicht unvorteilhaft aber nicht falsch sein können.)

Lagebeurteilung, Abwägungen auf Bauherrenseite

Bei einem hochgradig vernetzten Bauablauf spielen die Auswirkungen einer Bauunterbrechung respektive einer Bau-

zeitverlängerung eine große Rolle. Die Frage der Gewährleistung ist ebenfalls wichtig.

Die Ersatzvornahme, also das Weiterführen des Auftrags mit einem Ersatzunternehmen, ist aus mehreren Gründen unattraktiv, u. a. deshalb, weil sie prinzipiell zu Mehrkosten führt.

→ *Ersatzvornahme*

Die Vertragskündigung ist aus vertragsrechtlicher Sicht problematisch. Die Kündigung muss begründet werden. Ist der Auftragnehmer bereits offensichtlich insolvenzgefährdet, fürchtet der Bauherr, dass er mit seiner Kündigung die Insolvenz auslöst und für Konkursfolgeschäden bei Dritten (z. B. andere Bauherren oder Lieferanten) belangt wird.

Eine Konkursauslösung durch den Auftraggeber ist auch aus PR-Sicht problematisch: „Der große „beherrschende“ Bauherr schickt den „Familienbetrieb“ in Konkurs. In der strukturschwachen Region gehen hundert Arbeitsplätze verloren.“

Solange noch Vertrauen besteht, dass der Auftragnehmer einigermaßen sein Werk fertig stellen wird, wird der Bauherr keine Kündigung aussprechen. Für den gremial organisierten Bauherrn kann man es noch härter formulieren: Erst wenn erwiesen ist, dass es sicher nicht mehr geht, wird gekündigt.

Gehen wir für die weitere Betrachtung davon aus, dass sich nun auch der Bauherr dem Prinzip Hoffnung anschließt und im Weiterbestand des insolvenzgefährdeten Unternehmens einen Vorteil sieht.

Abwärtsspirale

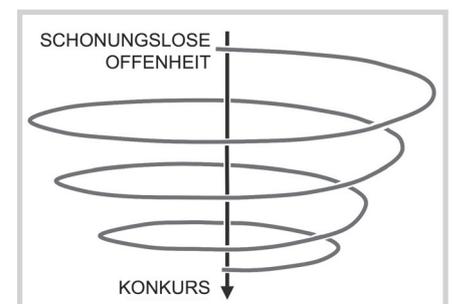
Mit der angesprochenen „schonungslosen Offenheit“ am Wendepunkt hat sich die Abwärtsspirale unmerklich aber unaufhaltsam in Gang gesetzt.

Das insolvenzgefährdete Unternehmen ist in aller Regel zu einer mangelfreien Leistungserbringung nicht mehr in der Lage: Anstelle von spezialisierten Subunternehmern kommt Eigenpersonal zum Einsatz etc. Infolge werden kaum noch vergütungsfähige Leistungen erbracht. Anders ausgedrückt: Meist wird das Scheitern nur prolongiert.

Der Bauherr erkennt zwar den Vorteil im Weiterbestand des insolvenzgefährdeten Auftragnehmers, ist aber nicht bereit, konkrete Schritte zur Absicherung seines Auftragnehmers zu setzen. Der gremial organisierte Bauherr wäre auch gar nicht in der Lage, eine solche Absicherung zeitgerecht vorzunehmen, weil zuvor Bedenkenträger auf allen Ebenen durch Gutachten und Erklärungen beruhigt werden müssten. Von außen betrachtet scheint sich der Bauherrenvertreter hinter den eigenen Gremien zu verstecken. Eine große Rolle spielt auch die Einschätzung, wie sich die anderen Auftraggeber und die Bank verhalten werden. Wie unübersichtlich die Situation ist, zeigt ein einfaches Beispiel:

Drei Männer werden verhaftet und von einander isoliert eingesperrt. Jedem einzelnen wird im Verhör angeboten ein Geständnis abzulegen und darin die beiden anderen Männer zu belasten. Derjenige der zuerst gesteht, geht sofort frei, die beiden anderen müssen für zwei Jahre ins Gefängnis. Gesteht auch nach mehreren Verhören keiner, dann gehen alle drei frei, wenn auch erst nach einem Monat.

Niemand kann voraussagen was passieren wird, – nicht einmal, wie man sich selbst in der Situation eines der drei



Abwärtsspirale: Ab dem Zeitpunkt, zu dem das insolvenzgefährdete Unternehmen in „schonungsloser Offenheit“ seine wirtschaftliche Situation dem Bauherrn darlegt und daraus Forderungen ableitet, beginnt sich die Abwärtsspirale unaufhaltsam zu drehen, bis schließlich der Konkursantrag gestellt wird.

onkursfolgen

Männer verhalten würde. Aus welchem Grund sollte die Einschätzung, ob die übrigen Auftraggeber und die Bank das insolvenzgefährdete Unternehmen halten werden, einfacher sein.

Schließlich erzeugt die „schonungslose Offenheit“ des insolvenzgefährdeten Auftragnehmers, mit der er seine „Unehrlichkeit“ (angeblich) beendet hat, auf Bauherrenseite – rein menschlich betrachtet – das Gefühl, sich revanchieren zu wollen. Zunächst mag das Bedürfnis gering sein, doch mit der Beobachtung des prolongierten Scheiterns wird es so weit zunehmen, dass man von der kleinen Gegenläge des Bauherrn sprechen kann: Der Bauherr will keine weitere Zahlung vornehmen, versichert dem Auftragnehmer aber das Gegenteil. (Erfahrene Bauherrenvertreter hatten wahrscheinlich von Anfang an nicht die Absicht, an ein offensichtlich insolvenzgefährdetes Unternehmen eine Zahlung zu leisten.)

Konkursantrag, Kündigung, Beweissicherung

Das Unternehmen ist schließlich insolvent. Zu diesem Zeitpunkt haben alle „immer schon gewusst, dass es so kommen wird“.

Nun wird der Vertrag gekündigt und die Ersatzvornahme eingeleitet. Spätestens jetzt werden die Konsulenten aufgefordert, für die Forderungsanmeldung alle Ansprüche des Bauherrn gegen das insolvente Unternehmen zu sammeln.

Ist eine gerichtliche Auseinandersetzung absehbar, wird eine gerichtliche Beweissicherung beantragt.

Konkursverfahren

Der Masseverwalter wird vom Gericht bestimmt. Er verschafft sich zunächst einen Überblick und entscheidet dann, ob und wie er die Forderungen des insolventen Unternehmens verfolgt.

Die Kosten des Masseverwalters und die Gerichtskosten, das sind die so genannten Massforderungen, werden vorrangig aus der Konkursmasse befriedigt. Deckt die Konkursmasse nicht einmal die Massforderungen ab, ist der Kon-

kurs mangels Masse abzuweisen (lt. Statistik in rund 40 % der Fälle).

Gerichtliche Auseinandersetzung

Gehen wir davon aus, dass die Masse ausreichend groß ist, dann steht einem jahrelangen Rechtsstreit nichts mehr im Wege. Der Bauherr wird seine Forderungen anmelden, der Masseverwalter wird diese bestreiten. Der Bauherr wird seine Forderungen einklagen.

Gegebenenfalls wird der Masseverwalter den Bauherrn klagen und sich dabei meist auf die Konsulenten des Bauherrn konzentrieren und behaupten, dass die Planung untauglich und die Örtliche Bauaufsicht schikanös war und was sonst noch geeignet erscheint, die Schuld in die Sphäre des Bauherrn zu verschieben. Im Streit werden die Planer der Sphäre des Bauherrn zugerechnet.

Der Bauherr wird seinen Konsulenten den Streit verkündigen und versuchen, sie so in das Verfahren hineinzuziehen. Da die gerichtlich betriebenen Forderungen und Gegenforderungen eine beträchtliche Höhe aufweisen, ist es durchaus wahrscheinlich, dass die Berufshaftpflichtversicherung der Planer keine ausreichende Deckung aufweist.

Dabei ist die gerichtliche Auseinandersetzung für den Bauherrn selbst dann unattraktiv, wenn er eine hohe berechnete Forderung an die Masse stellt, weil er – rein statistisch – kaum mit einer Konkursquote von mehr als 5 % rechnen kann. Meist werden für den Bauherrn die Verfahrenskosten höher sein, als er Obsiegsfall erwarten kann.

Warum sich insbesondere öffentliche Bauherrn doch der gerichtlichen Auseinandersetzung stellen, hängt damit zusammen, dass man sich auf ein Urteil berufen möchte, in dem der Schaden, der durch den Konkurs des Auftragnehmers dem Bauherrn entstand, vom Gericht festgestellt wird.

Ergebnis: Schaden für alle

Im Endeffekt ist – rein statistisch betrachtet – für alle Beteiligten ein Schaden entstanden: Die Masse des Konkurs-Unterneh-

mens ist durch fehlgeleitete Euphorie dahin geschmolzen, der Bauherr hat wertvolle Zeit für die Ersatzvornahme verloren, die Bauzeit hat sich verlängert, die Reputation der Konsulenten wurde beschädigt etc.

Darüber hinaus hat eine der wichtigsten Voraussetzungen für eine gedeihliche, rationelle und professionelle Zusammenarbeit Schaden genommen, nämlich das *Vertrauen*. Die Folge: Das Misstrauen wächst. Und mit dem Misstrauen wachsen die (bürokratischen) Abwehrmechanismen. Das Misstrauen wird auch den Handlungsspielraum, den man für pragmatisch richtiges Verhalten in künftigen Krisensituationen dringend benötigt, stark einschränken.

Das hier dargestellte Ablauf-Muster unterstellt eine Konkursverschleppung. Hätte die Geschäftsführung des insolvenzgefährdeten Unternehmens die Lage realistisch eingeschätzt, nicht gegenüber der Bank uneinlösbare Versprechungen gegeben und nicht versucht den Bauherrn zu manipulieren, wäre eine unangenehme aber bewältigbare Situation entstanden. – Doch so entstand im Endeffekt ein Schaden für alle und ein Schaden für die Zukunft.

PRÜFUNG DER FINANZIELLEN UND WIRTSCHAFTLICHEN LEISTUNGSFÄHIGKEIT

Im Zusammenhang mit der Insolvenzfähigung ist primär die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von Interesse. Gemäß Bundesvergabegesetz werden vom Bieter insbesondere Lastschriftanzeigen des Finanzamts, Kontoauszüge von Sozialversicherungsanstalten, Nachweise über die Begleichung der Kommunalsteuern, Angaben über Unternehmensbeteiligungen, Kapitalausstattung, Anlagevermögen und Grundbesitz verlangt.

Darüber hinaus müssen vom Bieter häufig Bilanzen und Bonitätsauskünfte vorliegen.

Es kann unterstellt werden, dass die Angebotsprüfung durch Techniker erfolgt,



die nicht über die nötige Qualifikation verfügen, eine Bilanz zu erfassen oder Bonitätsauskünfte zu hinterfragen. Juristen merken bereits an, dass der Sachverstand von Technikern für eine solche Prüfung nicht ausreicht, sondern eine fundierte wirtschaftliche Ausbildung erfordert. Die Gegenreaktion ist absehbar: Nachweise zur finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit werden darauf beschränkt, was Techniker sich zur Prüfung zutrauen.

Erschwerend kommt hinzu, dass involvierte Banken durchaus bewusst zur Täuschung beitragen.

INDIZ: UNTERPREIS

Angebote von insolvenzgefährdeten Unternehmen sind meist durch Unterpreise gekennzeichnet. Während Überpreis-Angebote in der Regel durch den Markt ausgesondert werden, kommt das Unterpreis-Angebot häufig zum Zug.

Für den Unterpreis gibt es keine eindeutige Grenze. Es ist vielmehr so, dass ein und derselbe Preis für einen Unternehmer als unzulässiger Unterpreis zu werten ist und für seinen Konkurrenten einen zulässigen Angebotspreis darstellt. Maßgeblich für die Beurteilung ist die Potenz des Unternehmens, frei nach dem Motto: „Kann er sich diesen (Unter-)Preis leisten?“

Die Bereitschaft, Unterpreis-Angebote auszuscheiden, ist bei Bauherrn sehr gering. Von juristischen Beratern des Bauherrn wird die Unterpreis-Argumentation mit der Frage nach dem Beweis für die Unterpreisigkeit unterlaufen. Dieser Beweisführung entziehen sich Techniker nur allzu gern, und das aus respektablen Gründen: Wie soll der Beweis vor dem Bundesvergabeamt geführt werden? Ist der Planer nicht ein Interessenswahrer des Bauherrn und definiert dieser nicht seine Interessen über die Budgeteinhaltung resp. Budgetunterschreitung? Führt die Bemessungsgrundlagenabhängige Honorierung

etwa gar zur Vermutung, der Planer tut sich selbst etwas Gutes?

Kombiniert ein Unternehmer sein Unterpreis-Angebot mit dem Hinweis, dass es sich um einen strategischen Preis handelt, der dazu dienen soll, ein neues Marktsegment oder eine neue Region zu erschließen, besteht kaum mehr eine Möglichkeit dieses Angebot abzuschütteln.

INDIZ: ZÖGERLICHE UND MANGELHAFT LEISTUNGSERBRINGUNG

Insolvenzgefährdete Unternehmen verfügen nur mehr über eingeschränkte Ressourcen. Die guten Mitarbeiter verlassen das Unternehmen, die Lieferanten liefern zögerlich oder gar nicht mehr etc. Das wirkt sich unmittelbar auf die Leistungserbringung aus.

Weiters bedingt der Unterpreis eine auftragsgefährdende Sparneigung, die sich in der Werkstatt-/Montageplanung und in der übrigen Arbeitsvorbereitung zuerst zeigt. Gerade diese Leistungen sind nicht objektiv messbar und werden daher selten pönalisiert.

Das Zusammenwirken von Planer und Auftragnehmer bei der Erstellung der Werkstatt-/Montageplanung kann auch bei nicht insolvenzgefährdeten Unternehmen von Animositäten gekennzeichnet sein. Anlaufschwierigkeiten müssen darauf untersucht werden, ob ihnen eine Ressourcenknappheit bei Auftragnehmer (Indiz für Insolvenzgefahr) oder Starrköpfigkeit beim Planer zugrunde liegt.

Es wäre zu einfach, könnte man am zögerlichen Einstieg ins Projekt das insolvenzgefährdete Unternehmen erkennen. Es gibt auch den gegenteiligen Effekt: Das Unternehmen versucht einen raschen Zahlungsfluss durch Gewalteinsätze bei der Montage zu erzwingen. Im Bereich der Haustechnik kann das durchaus gelingen, wenn beispielsweise die Leitungen unter Aussparung der

Kreuzungspunkte verlegt werden, weil nach Laufmeter verlegter Leitung abzurechnen ist.

INDIZ: VERNEBELUNGSTAKTIK

Um ihre unzureichende Leistungskapazität zu verschleiern, wenden insolvenzgefährdete Unternehmen eine Vernebelungstaktik an, die den klaren Blick des Bauherrn trüben soll.

Ein Indiz ist die enge, häufige und mitunter auch sehr persönliche Kontaktpflege, die im professionellen Umfeld ungewöhnlich ist. Fast freundschaftlich werden im direkten Gespräch Mängel und Fehler zugegeben und Abhilfe versprochen. Quasi zum Beweis werden laufend Personalwechsel vorgenommen. Neue Projektleiter, neue Konsulenten, neue Subunternehmer kommen und gehen.

Wird es dann eng, wird die Mitleidsmaschine aufgezo-gen. Der enge persönliche Kontakt soll dem Bauherrn bis dahin die Beißhemmung genommen haben.

Tritt auf einmal ein zusätzlicher Geschäftsführer auf, sollten beim Bauherrn die Alarmglocken schrillen. Wurde er von der Bank eingesetzt? Was ist seine Aufgabe? Wenn dieser zusätzliche Geschäftsführer nicht direkt operativ tätig wird, ist seine Aufgabe wohl dem Bauherrn „Sand in die Augen zu streuen“ und das Lobbying.

Höchste Alarmstufe herrscht, wenn Bankvertreter auftreten, die sich als „Problemerkundbetreuer“ vorstellen und für die Gewährung eines Pönaleverzichts und einer Zusatzvergütung eine Fertigstellungsgarantie abgeben.

Die Vernebelungstaktik setzt auf die richtige Dosierung: Der Bauherr muss immer im Glauben gehalten werden, dass eine Vertragskündigung trotz zögerlicher und mangelhafter Leistungserbringung noch nicht gerechtfertigt ist und dass das Unternehmen doch noch eine Chance verdient.

onkursfolgen

ERSATZVORNAHME

Die Allgemeinen Vertragsbestimmungen beinhalten meist einen Passus, der es dem Bauherrn erlauben soll, eine Ersatzvornahme durch Beauftragung eines anderen Unternehmens auf Kosten des mangelhaft arbeitenden Unternehmens durchzuführen.

Diese Bestimmungen können mangels Substanz auf insolvenzgefährdete Unternehmen nicht angewendet werden.

Für Auftraggeber, die dem Bundesvergabegesetz unterliegen, steht nach vorherrschender Meinung die Ersatzvornahme in dieser Form überhaupt nicht zur Verfügung. Das Vergabeverfahren, in dem das nun insolvenzgefährdete Unternehmen den Zuschlag erhielt, ist abgeschlossen. Ein abgeschlossenes Vergabeverfahren kann auch nicht wieder aufgegriffen und beispielsweise der Zuschlag an den damaligen zweitplazierten Bieter gegeben werden. Es ist vielmehr ein neues Vergabeverfahren erforderlich. Das Erfordernis einer möglichst erschöpfenden Leistungsbeschreibung und das allgemeine Vergaberisiko bestehen wie beim ersten Vergabeverfahren. Das neue Vergabeverfahren wird jedenfalls mehrere Wochen in Anspruch nehmen.

Die Ersatzvornahme, also das Weiterführen des Auftrags mit einem Ersatzunternehmen, ist aus mehreren Gründen unattraktiv:

- > Ersatzvornahmen sind teuer, zumindest relativ zum seinerzeitigen Unterpreis.
- > Der öffentliche Auftraggeber muss ein eigenes Vergabeverfahren durchführen und zuvor das insolvenzgefährdete Unternehmen kündigen.
- > Die Kündigung muss begründet sein und diese Kündigung kann Schadenersatzansprüche auslösen.
- > Für Ersatzvornahmen kommen nur qualifizierte Unternehmen in Frage: tendenzielle höhere Preise, keine pauschalen Risikoübernahmen, ...

- > Die Gewährleistungsfrage ist nur eingeschränkt lösbar.
- > Zeitverzögerung durch Arbeitsvorbereitung und Materialbeschaffung des Ersatzunternehmens.

Aus dieser Unattraktivität resultiert, dass, solange beim Bauherrn noch Hoffnung auf (einigermaßen) Fertigstellung besteht, keine Kündigung ausgesprochen und keine Ersatzvornahme durchgeführt wird.

KONKURSFOLGEN FÜR DIE QUALITÄT

Aufgrund der unzureichenden Ressourcen, über die der insolvenzgefährdete Unternehmer nur mehr verfügt, wird eine mangelhafte Leistung erbracht. Der interne Kostendruck führt zu einer projektgefährdenden Einsparungsneigung in der Arbeitsvorbereitung, in der Werkstatt- und Montageplanung, im Einsatz von qualifiziertem Montagepersonal etc. Der Zeitdruck, weil innerhalb kürzester Zeit abrechnungsfähige Leistungen in großem Umfang auf mehreren Baustellen gleichzeitig erbracht werden müssten, tut ein Übriges.

Die mangelhaften Leistungen müssen später im Rahmen der Ersatzvornahme saniert werden. Diese nachträglichen Verbesserungen (z.B. zusätzliche Abdichtungen) folgen pragmatischen Kosten-Nutzen-Abwägungen und sind häufig der ursprünglich vorgesehenen Ausführung qualitativ unterlegen.

Hinsichtlich der Gewährleistung entsteht für den Bauherrn eine Lücke: Die Gewährleistung, die der Ersatzunternehmer bereit ist zu übernehmen, wird sich, ausgehend von seiner eigenen Leistung, nur so weit auf die Vorleistungen erstrecken, wie er diese Vorleistungen beurteilen kann.

Lässt sich der Ersatzunternehmer zu einer pauschalen Gewährleistungsübernahme drängen, heißt das noch lange nicht, dass die Sanierung verdeckter

Mängel durchsetzbar ist, insbesondere wenn der Sanierungsaufwand ein substantielles Ausmaß annimmt. Beispiel:

Monate nach der Auftragserteilung an den Ersatzunternehmer stellt sich heraus, dass Fassadenelemente, deren ordnungsgemäßer Zusammenbau mehrfach bescheinigt wurde, in ihrem inneren Aufbau schwere Mängel hinsichtlich Standfestigkeit und Dichtheit aufweisen. Die Elemente sind de facto zu erneuern. Der Ersatzunternehmer wird voraussichtlich seine Argumentation durchsetzen können, dass seine Gewährleistungszusage nicht so weit reichend zu verstehen ist.

Es gibt aber auch Auswirkungen auf andere Gewerke: Komplizierte Konkurskonstellationen befassen die Bauherrnorganisation und die Konsulenten des Bauherrn in einem Ausmaß, dass darüber andere Aufgaben vernachlässigt werden. Das kann am Beispiel einer Örtlichen Bauaufsicht gezeigt werden, gilt aber in ähnlicher Weise auch für andere Konsulenten und den Bauherrn selbst: Eine Örtliche Bauaufsicht, die mit der Administration der gerichtlichen Beweissicherung, der Sicherung von Materialien, der Eigentumsvorhalte von Lieferanten befasst ist, gleichzeitig mit dem Claim-Management der übrigen (behinderten) Unternehmen konfrontiert wird und gleichzeitig Sonderberichte an Bauherrngremien zu erstatten hat, wird ganz unabsichtlich die Qualitätskontrollen der anderen Gewerke aus dem engeren Fokus verlieren.

KONKURSFOLGEN FÜR KOSTEN UND TERMINE

Die Terminauswirkungen des Konkurses von einem Schlüsselgewerk (Baumeister, HKLS, Elektro, ...) schlagen auf das gesamte Bauvorhaben durch. Dagegen haben Konkurse von Kleingewerken (Maler, Fliesenleger, ...) häufig keine Terminauswirkungen auf das Bauvorhaben.

Bei einem hochgradig versetzten Bauablauf löst der Konkurs eines Schlüsselgewerks in der heißen Phase enorme Ansprüche bei den übrigen Auftragnehmern aus. Der Anspruchsauslöser ist offensichtlich, sodass die Firmen genug Zeit haben, entsprechende Nachtragsangebote zu formulieren und sich dabei der Claim-Management-Spezialisten zu bedienen. Die Nachtragsforderungen werden überhöht sein und bis zur abschließenden Bewertung dieser Ansprüche werden Monate vergehen.

Besonders zu beachten ist der Fall, wenn das Schlüsselgewerk (noch) nicht in Konkurs geht, sondern mit „schonungsloser Offenheit“ dem Bauherrn gegenüber seine prekäre wirtschaftliche Situation darstellt. Jetzt liegt es am Bauherrn, eine Abwägung zwischen den Kosten / Terminen / Risiken der Weiterführung des Auftrages und einer Ersatzvornahme vorzunehmen.

Dazu benötigt der Bauherr kurzfristig eine Einschätzung der Bauzeitverlängerungskosten und der Kosten der Ersatzvornahme. Fatal daran ist, dass eine (unrealistisch) niedrige Kosteneinschätzung die Ersatzvornahme begünstigt und eine (realistisch) hohe Kosteneinschätzung den status quo stabilisiert. Warum soll der Bauherr hohe Kosten für eine Ersatzvornahme akzeptieren, wenn er eine Fertigstellung durch den insolvenzgefährdeten Auftragnehmer für möglich hält.

Die Praxis zeigt, dass Konkurse Folgekosten auslösen, die zunächst unterschätzt werden, schließlich aber auch ein Mehrfaches des Auftragswertes des Konkurs-Unternehmens ausmachen können. Fälle, die wie im beschriebenen Ablauf-Muster (siehe Kapitel Ablauf-Muster eines Konkurses) gelagert sind, erweisen sich als besonders schädlich.

SCHLUSSFOLGERUNGEN

Angesichts der destruktiven Kraft, mit der Konkurse Bauprojekte erschüttern,

stellt sich die Frage, welche Schlüsse können, welche Schlüsse müssen gezogen werden.

Nachdem man weder in die Zukunft schauen noch Gedanken lesen kann, werden die Bauherrn-Entscheidungen auf unvollständigen Informationen beruhen. Das beinhaltet die Möglichkeit zur Überreaktion ebenso wie die Möglichkeit, nur zögerlich zu handeln. Die Kündigung eines Auftragnehmers der erste Schwächezeichen zeigt kann richtig und falsch sein, genauso wie das Zögern (Einräumen einer weiteren Chance) richtig und falsch sein kann.

Zu allererst ist es für den Bauherrn entscheidend, die Glaubwürdigkeit der handelnden Personen (Firmenvertreter, Bankvertreter) richtig einzuschätzen. Dafür ist es sinnvoll, sich die Interessenslagen der Beteiligten zu vergegenwärtigen und auch zu beachten, dass die Zwangslage, in der sich ein persönlich haftender Unternehmer befindet, aus einem ehrlichen Menschen einen hartnäckigen Lügner machen kann.

Hilfreich in der Beurteilung kann das Bild der unaufhaltsamen Abwärtsspirale sein, die sich zu drehen beginnt, wenn das Unternehmen in „schonungsloser Offenheit“ seine prekäre wirtschaftliche Situation dem Bauherrn gegenüber darlegt und daraus Forderungen wie Pönaleverzicht o. ä. ableitet. Die Abwärtsspirale ist vor allem deshalb unaufhaltbar, weil sich die Geschäftsführung des insolvenzgefährdeten Unternehmens bis zuletzt falschen Hoffnungen hingibt (Realitätsverlust) und de facto zu diesem Zeitpunkt bereits eine Konkursverschleppung eingetreten ist.

Kündigt ein Bauherr den Vertrag als (überharte) Reaktion auf erste Schwächezeichen seines Auftragnehmers, hat er Kosten aus der Ersatzvornahme zu tragen und riskiert Schadenersatzforderungen des gekündigten Unternehmens. Zögert er und räumt seinem Auftragnehmer noch

eine Chance ein (Prinzip Hoffnung), verliert er wertvolle Zeit und treibt die Kosten weiter in die Höhe, falls das Unternehmen etwas später tatsächlich insolvent wird. Sollte sich das Unternehmen aber stabilisieren, was in der Praxis nicht allzu häufig vorkommt, hätte der Bauherr richtig gehandelt. Selbstverständlich werden im Nachhinein alle gewusst haben, was richtig und was falsch war.

Unabhängig vom aufgezeigten Entscheidungsdilemma ist es jedenfalls nahe liegend, folgende Maßnahmen zu ergreifen:

- > Durchführung von nicht offenen Verfahren bei Schlüsselgewerken, um die vorrangige Prüfung der technischen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zu gewährleisten (gilt als tendenziell preiserhöhend).
- > Deutliche Anhebung der Vertragserfüllungsgarantiesumme (gilt als tendenziell preiserhöhend).
- > Bereits in der Angebotsprüfung wird von der Bank eine Absichtserklärung für die Legung einer entsprechenden Bankgarantie gefordert.
- > Fundierte juristische Beratung ab dem ersten Konkursverdacht.
- > Vorbereitung der Ersatzvornahme bereits ab Konkursverdacht und nicht erst nach Vertragskündigung. <<