



Der Oberbürgermeister

über
Magistrat

und
Frau Stadtverordnetenvorsteherin
Christa Gabriel

an den
Vorsitzenden des
Beteiligungsausschusses
Herrn Bernhard Lorenz

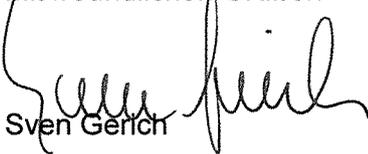
4. Juli 2018

18-F-08-0021 / Beschluss Nr. 0027 des Beteiligungsausschusses vom 17. April 2018
Zuständigkeit von Betriebskommission und Aufsichtsräten / hier: ELW / MBA

Sehr geehrter Herr Lorenz,
sehr geehrte Damen und Herren,

Ihre oben stehende Anfrage habe ich über Herrn Bürgermeister Dr. Franz (in seiner Funktion als Rechtsdezernent) an das Rechtsamt zur Beantwortung weitergeleitet. Ich übersende Ihnen anbei die Antwort des Rechtsdezernenten vom 26. Juni 2018.

Mit freundlichen Grüßen



Sven Gerich

Anlage



Der Magistrat

Bürgermeister

Dr. Oliver Franz

Herrn Oberbürgermeister
Sven Gerich

Dezernat I

26 Juni 2018

§ 11 Abs. 6 des Muster-Gesellschaftsvertrags
Einleitung von Vergabeverfahren - Ihr Schreiben vom 11. Mai 2018

Sehr geehrter Herr Oberbürgermeister Gerich,

Oliver Franz

Sie haben um eine Einschätzung zu der Fragestellung gebeten, ob „auch die Einleitung von Vergabeverfahren, welche kraft Gesetzes oder kraft Rechtsprechung eine zwingende Vergabe an den Bestbietenden oder entsprechende Möglichkeiten zur Schadensersatzklage durch den Bestbietenden zur Folge haben, für welche also faktisch ein Kontrahierungszwang entsteht, und die oberhalb der entsprechenden Wertgrenzen liegen und die in der späteren Vergabeentscheidung einen Aufsichtsrat-Vorbehalt nach § 11 Nr. 6 auslösen, dem in § 11 Nr. 6 formulierten Zustimmungsvorbehalten des Aufsichtsrates (unterliegen), da sie in ihrer Wirkung den in § 11 Nr. 6 beschriebenen Geschäften gleichen“.

Ich habe Ihr Schreiben dem Rechtsamt zur Prüfung und Stellungnahme vorgelegt.
Die Antwort des Rechtsamts ist als Anlage beigefügt.

Mit freundlichen Grüßen

Oliver Franz
Anlage

LANDESHAUPTSTADT WIESBADEN											
- Der Oberbürgermeister -											
I	28. Juni 2018										<i>[Signature]</i>
LOB	Pers. R.		Verw. R.			Bel. R.		I/C		Sokr.	
II	III	IV	V	VI	VII	I/BR	I/Mag	I/Prot			
10	11	12	14	16	37	52	I/R	I/F	I/P	WIEB	
z. w. V.		z. d. A.			z. K.		+		#		z. T. RÜ
Gesellschaften:						Frist:					

L 28/6



30

18. Juni 2018
Telefon: 3390 vj.
Telefax: 3955
E-Mail: 30.rechtsamt@wiesbaden.de

Dez. II

**§ 11 Abs. 6 des Muster-Gesellschaftsvertrags
Einleitung von Vergabeverfahren - Schreiben des Oberbürgermeisters vom 11. Mai 2018**

Herr Oberbürgermeister Gerich hat Dez. II/30 um eine Einschätzung zu der Fragestellung gebeten, ob "auch die Einleitung von Vergabeverfahren, welche kraft Gesetzes oder kraft Rechtsprechung eine zwingende Vergabe an den Bestbietenden oder entsprechende Möglichkeiten zur Schadensersatzklage durch den Bestbietenden zur Folge haben, für welche also faktisch ein Kontrahierungszwang entsteht, und die oberhalb der entsprechenden Wertgrenzen liegen und die in der späteren Vergabeentscheidung einen Aufsichtsrat-Vorbehalt nach § 11 Nr. 6 auslösen, dem in § 11 Nr. 6 formulierten Zustimmungsvorbehalten des Aufsichtsrates (unterliegen), da sie in ihrer Wirkung den in § 11 Nr. 6 beschriebenen Geschäften gleichen"

Zu dieser Frage nehmen wir wie folgt Stellung:

Die Fragestellung bezieht sich offenbar auf die Fallgestaltungen des Katalogs in § 11 Abs. 6 der Mustersatzung bzw. auf die entsprechenden Ausformungen in den jeweiligen Satzungen, die als öffentlicher Auftrag im Sinne des GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) qualifiziert werden und den Regelungen des Vergaberechts unterfallen. In Betracht kommen hier in erster Linie die Nr. 1 (Anlagenzugänge) und 5 (Dauerschuldverhältnisse), ggf. aber auch die Nr. 2 (Grundstücksgeschäfte) und 4 (Sicherheiten für Rechtsgeschäfte).

Nach dem Wortlaut des § 11 Abs. 6 der Mustersatzung bedarf der Abschluss solcher Rechtsgeschäfte der vorherigen Zustimmung des Aufsichtsrats. Im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens kommen Rechtsgeschäfte mit der Zuschlagserteilung zustande; demnach wäre die Zustimmung des Aufsichtsrats nach dem Wortlaut der Regelung vor der Zuschlagserteilung einzuholen.

Aufgrund der Besonderheiten bei Vergabeverfahren stellt sich jedoch die Frage, ob die Regelung im Wege der Auslegung so verstanden werden müsste, dass der Zeitpunkt der Zustimmung des Aufsichtsrats vor zu verlagern, d.h. die Zustimmung des Aufsichtsrats bereits für die Einleitung des Vergabeverfahrens erforderlich ist.

Zur Beantwortung der Fragestellung ist es erforderlich, vorab kurz die Rechtslage zu skizzieren:

Wenn ein öffentlicher Auftraggeber ein einmal eingeleitetes förmliches Vergabeverfahren beenden möchte, hat er nur zwei Möglichkeiten: Entweder er erteilt einen Zuschlag, oder er hebt das Verfahren förmlich auf. Der öffentliche Auftraggeber ist zwar grundsätzlich nicht verpflichtet, einen Auftrag, für den ein Vergabeverfahren eingeleitet wurde, auch zu vergeben. Ein Kontrahierungszwang besteht grundsätzlich nicht. Dies ergibt sich aus der gesetzlichen Bestimmung, dass *„der öffentliche Auftraggeber grundsätzlich nicht verpflichtet ist, den Zuschlag zu erteilen“* (§ 63 Abs. 1 Satz 2 der Vergabeverordnung (VgV)). Der öffentliche Auftraggeber muss die Aufgabe eines Vergabeverfahrens grundsätzlich auch nicht begründen. Er setzt sich jedoch der Gefahr von Schadensersatzansprüchen von Bietern aus, wenn er das Vergabeverfahren unberechtigt aufhebt. Unter welchen Bedingungen ein öffentlicher Auftraggeber berechtigt ist, ein Vergabeverfahren aufzuheben, ist in § 63 Abs. 1 Satz 1 VgV geregelt, nämlich wenn

1. kein Angebot eingegangen ist, das den Bedingungen entspricht,
2. sich die Grundlage des Vergabeverfahrens wesentlich geändert hat,
3. kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt wurde oder
4. andere schwerwiegende Gründe bestehen.

Wenn der öffentliche Auftraggeber sich bei seiner Aufhebungsentscheidung nicht auf einen der dort genannten Aufhebungsgründe stützen kann, ist die Aufhebung unberechtigt und stellt sich gegenüber den Bietern als Verletzung einer Pflicht aus einem vorvertraglichen Schuldverhältnis dar. Der Auftraggeber haftet aber nur dann, wenn er den Aufhebungsgrund auch zu vertreten hat. Die Bieter können in diesem Fall vom Auftraggeber gegebenenfalls Schadensersatz nach §§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB fordern.

Dieser Schadensersatz ist in der Regel auf den Vertrauensschaden - das negative Interesse - beschränkt. Der Bieter wäre hier so zu stellen, wie er stehen würde, wenn er nicht auf die Gültigkeit des Geschäfts vertraut hätte. Er kann sich aber auch unter Umständen auf das Erfüllungsinteresse erstrecken. Der Bieter wäre hier so zu stellen, wie er stehen würde, wenn er den Zuschlag erhalten hätte. In seltenen Ausnahmefällen kann sogar ein Unterlassungsanspruch in Betracht kommen, der sich auf die *„Aufhebung der Aufhebung“*, also die Fortführung des Vergabeverfahrens, richtet, nämlich dann, wenn ein Vergabeverfahren nur zum Schein aufgehoben worden war. Da in diesem Fall das Vergabeverfahren nicht mehr durch eine Aufhebung, sondern nur noch durch die Zuschlagserteilung beendet werden kann, kommt es faktisch zu einem Kontrahierungszwang.

Die der eingangs gestellten Frage zugrunde liegende Konstellation kann nur dann eintreten, wenn die Geschäftsführung dem Aufsichtsrat ein Geschäft zur Zustimmung vorlegt, für das ein Vergabeverfahren eingeleitet worden war, welches einer berechtigten Aufhebung mangels Vorliegens der Voraussetzungen nicht zugänglich ist. In einem solchen Fall würde die Verweigerung der Zustimmung durch den Aufsichtsrats entgegen dem Willen der Geschäftsführung gleichwohl zwangsläufig zur Entscheidung über die förmliche Aufhebung des Verfahrens führen, es sei denn, die Gesellschafterversammlung würde die endgültige Entscheidung an sich ziehen. Eine ablehnende Entscheidung würde für die Gesellschaft also erhebliche Schadensersatzrisiken in sich bergen. Der Aufsichtsrat wäre in solchen Fällen in seiner Entscheidung mithin nicht mehr frei, sondern erheblich eingeschränkt, weil er die Gesellschaft im Falle der Ablehnung des Geschäfts der Gefahr aussetzen würde, unter Umständen nicht kalkulierbare Schadensersatzansprüche und ggf. auch Unterlassungsansprüche bedienen bzw. erfüllen zu müssen. Diese Gefahr ist vor dem Hintergrund, dass nach der gesetzlichen Konzeption die Aufhebung eines Vergabeverfahrens der Ausnahmefall für den Abschluss eines Vergabeverfahrens sein soll und Wettbewerbsteilnehmer grundsätzlich auf eine Beendigung durch Auftragserteilung vertrauen dürfen, auch in haftungsrechtlicher Sicht für den Aufsichtsrat und seine Mitglieder als erheblich einzuschätzen.

Wir sind daher der Auffassung, dass der Zeitpunkt der Zustimmung zu Geschäften des Katalogs in § 11 Abs. 6 der Mustersatzung bzw. den entsprechenden Umsetzungen in den jeweiligen Gesellschaften im Ergebnis im Wege der teleologischen Auslegung (Auslegung nach Sinn und Zweck) auf die Einleitung des Vergabeverfahrens vorzuverlegen ist, denn nur zu diesem Zeitpunkt kann der Aufsichtsrat noch eine freie und nicht von vergaberechtlichen und haftungsrechtlichen Zwängen beeinflusste oder sogar vorgegebene Entscheidung treffen. Nur dann wäre in diesen Fällen eine effektive Ausübung auch der präventiven Kontrollaufgaben des Aufsichtsrats gewährleistet.

Da der Wortlaut des § 11 Abs. 6 der Mustersatzung keinen Hinweis darauf enthält, dass nach Sinn und Zweck der Regelung auch schon die "*Einleitung eines Vergabeverfahrens*" von ihr umfasst sein soll, empfehlen wir aus Gründen der Rechtssicherheit, den Wortlaut der Regelung bei nächster Gelegenheit entsprechend anzupassen.

Im Auftrag



Achatz-Alexander von Jagow