

03. Jan. 2013

LCB	Pres. B.	Just. R.	Bat. R.	IC	Sekr.
10/11	12/13	14/15	16/17	18/19	20/21
Z.V.V.	L.d.A.	K.	+		

Handwritten: *Bef 76f, I/R, LOB, 14/11, Ger*

Hessisches Ministerium des Innern und für Sport
Postfach 31 67 · D-65021 Wiesbaden

Geschäftszeichen: IV 2-34c41.40-00-18/10

Magistrat der Landeshauptstadt Wiesbaden
Herrn Oberbürgermeister Sven Gerich
Schloßplatz 6
65183 Wiesbaden

Dst. Nr. 0005
 Bearbeiter/in Herr Dr. Stork
 Durchwahl (06 11) 353 1512
 Telefax: (06 11) 353 1697
 Email: matthias.stork@hmdis.hessen.de
 Ihr Zeichen
 Ihre Nachricht 19. September 2018
 Datum 28. Dezember 2018

**Kommunalaufsichtsbeschwerde der Fraktion Linke & Piraten
Stellungnahme der Landeshauptstadt Wiesbaden vom 19. September 2018**

Sehr geehrter Herr Oberbürgermeister Gerich,
Sehr geehrte Damen und Herren,

ich danke Ihnen für Ihre Stellungnahme zur Kommunalaufsichtsbeschwerde der Fraktion Linke & Piraten.

Die Kommunalaufsichtsbeschwerde ist begründet, soweit die fehlende Einbindung der Stadtverordnetenversammlung gerügt wird. Im Übrigen ist sie unbegründet. Auswirkungen auf das Vergabeverfahren und den Vertragsschluss mit der Unternehmensgruppe Knettenbrech & Gurdulic Service GmbH & Co KG ergeben sich dadurch nicht.

Ich weise ausdrücklich darauf hin, dass in Fallkonstellationen mit vergleichbarer Bedeutung und Tragweite zukünftig die Informations- und Beteiligungsrechte des Magistrats sowie der Vertretungskörperschaft ausreichend gewahrt werden müssen. Die Grundsätze guter Unternehmensführung (GgU) der LH WI sind konsequent anzuwenden. Der Beteiligungsbericht ist für die MBA Wiesbaden GmbH und die ELW anzupassen. Ferner rege ich an, den Mustergesellschaftsvertrag sowie den Gesellschaftsvertrag der



MBA mit einem eindeutigen Beteiligungs-/Zustimmungsvorbehalt gem. Kapitel G und H GgU zu Gunsten der Stadtverordnetenversammlung bzw. des Beteiligungsausschusses zu ergänzen. Der Hinweis in § 17 Ziffer 3 des Mustergesellschaftsvertrages wird als nicht ausreichend erachtet.

1. Zuständigkeit der MBA Wiesbaden GmbH

In der Begründung der Kommunalaufsichtsbeschwerde unter IV. Ziffer 1 rügt die Beschwerdeführerin, dass die MBA Wiesbaden GmbH unzuständig sei, da die ELW keine Tochtergesellschaften gründen dürfe. Diese Zuständigkeitsrüge ist unbegründet. Die MBA ist ausweislich des Beschlusses Nr. 0158 der Stadtverordnetenversammlung vom 30.03.2000 als Entsorgungsgesellschaft der LH WI gegründet worden. Unter den Voraussetzungen der § 121 ff. HGO können Kommunen Unternehmen auch in privatrechtlicher Rechtsform – z. B. einer GmbH – gründen oder sich an dieser beteiligen. Bei der MBA handelt es sich gem. § 121 Abs. 2 HGO um ein nichtwirtschaftliches Unternehmen, dessen Gegenstand die Abfallbeseitigung ist. Die LH WI hat mit fortlaufenden Verträgen, zuletzt vom 19.01.2011, die MBA Wiesbaden GmbH mit der Entsorgung von Abfällen beauftragt. Für die LH WI hat der Eigenbetrieb „Entsorgungsbetriebe der Landeshauptstadt Wiesbaden“ (ELW) den Vertrag entsprechend der Beauftragung durch die Stadtverordnetenversammlung (ebenfalls mit Beschluss vom 30.03.2000) abgeschlossen. Die Angabe im Beteiligungsbericht der LH WI, Gesellschafterin der MBA sei die ELW, ist zu korrigieren.

2. Zuständige Vergabestelle

In Fortführung der Zuständigkeitsausführungen unter Ziffer 1 hat mit der MBA die zuständige Stelle innerhalb der LH WI das Vergabeverfahren durchgeführt, sofern die operative Abwicklung des Vergabeverfahrens betroffen ist. Die MBA Wiesbaden war aber durch die o. g. Zuständigkeitsübertragung im Jahr 2000 nicht berechtigt, eigenmächtig Vergabekriterien festzulegen und auf Grundlage dieser Kriterien die Zuschlagserteilung an die Bestbietende zu erteilen, ohne die Vertretungskörperschaft zu informieren. (dazu unter 3.).

3. Legitimierung der MBA

a. Einbindung der Stadtverordnetenversammlung

Die MBA war ohne vorherige Information und ggf. Beschlussfassung des Beteiligungsausschusses/der Stadtverordnetenversammlung nicht ausreichend legitimiert, dass Vergabeverfahren mit der Auftragsbekanntmachung zu eröffnen und den Zuschlag an die Unternehmensgruppe Knettenbrech & Gurdulic zu erteilen.

Die Argumentation der LH WI, dass mit der Zuständigkeitsübertragung im Jahr 2000 für die Behandlung und Verwertung von Abfällen auf die MBA ohne Beteiligungsvorbehalt des Magistrats bzw. der Stadtverordnetenversammlung stets die Mitwirkung dieser Organe nicht mehr erforderlich sei, wird von der obersten Kommunalaufsicht nicht geteilt. Diese Auffassung ist mit dem verfassungsrechtlichen Demokratieprinzip, der HGO sowie den eigenen Grundsätzen der LH WI zur guten Unternehmensführung nicht vereinbar.

Das Bundesverfassungsgericht hat vor kurzem darauf hingewiesen, dass die sachgerechte und effiziente Wahrnehmung der Legislativ- und Kontrollfunktionen durch die Volksvertretungen einen öffentlichen, rechtlich und umfangmäßig abgesicherten Informationszugang mit hohem Gewicht erfordere. Es sei Pflicht der öffentlichen Hände, sich hinreichende Einwirkungs- und Weisungsrechte in ihren Unternehmen vorzubehalten. Defizitäre Kontroll-, Steuerungs- und Legitimationsketten führten nicht zur Aufhebung der Informationspflicht. (BVerfG, Urteil vom 7.11.2017, NVwZ 2018, 51)

Zur Ausformung dieser verfassungsrechtlichen Prinzipien weist die Hessische Gemeindeordnung in § 125 Abs. 1 und 2 dem Magistrat ein ausschließliches Vertretungs- Weisungs- und Entsendungsrecht in Bezug auf Gesellschaften zu, die der Gemeinde gehören oder an denen sie beteiligt ist. Zum Instrumentarium der Umsetzung gemeindlicher Vorstellungen in diesen Gesellschaften gehört neben der Auswahl ihrer Vertreter auch das diesen gegenüber vom Magistrat auszuübende Weisungsrecht gemäß § 125 Abs. 1 Satz 4 HGO. Damit der Magistrat seine Rechte wahrnehmen kann, sieht § 125 Abs. 1 Satz 5 HGO ein frühzeitiges Informationsrecht des Magistrats durch die Vertreter der Kommune in den Gesellschaften vor. In der Stellungnahme der LH WI

ist kein Hinweis zu finden, dass neben dem Aufsichtsrat der MBA auch ausdrücklich der Magistrat über Umfang und Bedeutung des Vergabeverfahrens in Kenntnis gesetzt wurde. Der Aufsichtsrat der MBA war zudem, wie Sie in Ihrem ergänzenden Schreiben mit dem Gutachten des Rechtsamtes ausführen, auch erst bei der Auswahlentscheidung eingebunden und damit in einem zu späten Stadium des Vergabeverfahrens.

In einem weiteren Schritt hat der Magistrat gem. § 50 Abs. 3 HGO die Stadtverordnetenversammlung über wichtige Angelegenheit zu unterrichten. Bei Missachtung dieser Vorschrift sind viele Mitglieder der Vertretungskörperschaft von wichtigen Informationen und der Ausübung ihrer Rechte abgeschnitten.

Der Verwaltungsgerichtshof Kassel hat klargestellt, dass von dem in § 125 HGO geregelten Außenvertretungsverhältnis zwischen Stadt und Gesellschaften das Innenverhältnis zwischen Magistrat und Stadtverordnetenversammlung zu unterscheiden ist, in dem die Entscheidungsbefugnisse über die in den Gesellschaften zu verfolgende Geschäftspolitik nach den allgemeinen Zuständigkeitsregelungen zu verteilen sind. Für den laufenden Geschäftsbetrieb ist danach der Magistrat gemäß § 9 Abs. 2 HGO auch inhaltlich zuständig, während bei wichtigen Angelegenheiten gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 HGO eine vorrangige Entscheidung der Stadtverordnetenversammlung einzuholen und vom Magistrat durch Weisung gemäß § 125 Abs. 1 Satz 4 HGO im Außenverhältnis zu den Gesellschaften umzusetzen ist (VGH Kassel, Beschl. vom 24.09.2008, LKRZ 2008, 420; vgl. Schmidt, HSGZ 2004 S. 50 [52])

Das heißt für das gegenständliche Vergabeverfahren, dass der von der Stadtverordnetenversammlung gegründete Beteiligungsausschuss über die wesentlichen Eckpunkte der Ausschreibung und die Vergabekriterien zumindest in Kenntnis zu setzen war und ggf. eine Entscheidung herbeiführen musste. Sofern der Beteiligungsausschuss zum Zeitpunkt der Festsetzung der Vergabekriterien noch nicht ausreichend konstituiert war, hätte die Stadtverordnetenversammlung unterrichtet werden müssen. Diese Mitwirkung ist unterblieben.

Mit Beschluss vom 30.03.2017 hat die Stadtverordnetenversammlung die Inkraftsetzung des Public Corporate Governance Kodex = Grundsätze guter Unternehmensführung (GgU) beschlossen. Unter Ziffer 3.2.2 bzw. unter H Ziffer 5 ist die Einrichtung eines Beteiligungsausschusses vorgesehen, dem die Stadtverordnetenversammlung

bestimmte Entscheidungen im Rahmen der Delegation überlässt. Unter anderem wird dem Beteiligungsausschuss die „Beratung aller wichtigen Angelegenheiten der Mehrheitsbeteiligungen“ sowie zur endgültigen Beschlussfassung „die Bestimmung von strategischen Zielen der Mehrheitsbeteiligungen“ der LH WI zugewiesen.

Die zukünftige Organisation der Abfallentsorgung und der nach den Vergabekriterien mögliche Bau einer Entsorgungsanlage im Gebiet der LH WI berührt wesentliche abfallrechtliche, immissionsschutzrechtliche, bauplanungsrechtliche und verkehrspolitische Aspekte, die eine Qualifizierung als Entscheidung im laufenden Geschäftsbetrieb (und damit die ausschließliche Zuständigkeit der MBA und ihres Aufsichtsrates) nicht mehr zu rechtfertigen vermögen. Dies gilt bereits für die Auswahl der Vergabekriterien, weil das Vergabeverfahren bereits zu diesem Zeitpunkt entscheidend geprägt wird. Zumindest war somit die Beratung im Beteiligungsausschuss obligatorisch, angesichts der Tragweite des Projekts dürfte auch die Berührung eines strategischen Ziels mit der damit notwendigen Beschlussfassung in Betracht kommen. War die Delegation auf den Ausschuss zum Zeitpunkt Konzeption des Vergabeverfahrens und der Unternehmensziele noch nicht möglich, hätte die Stadtverordnetenversammlung diese Rechte wahrnehmen müssen. Die Auftragsbekanntmachung zur Vergabe der Abfallentsorgung erfolgte am 9. September 2017, d. h. 4 Monate nach dem Beschluss zur Einrichtung des Beteiligungsausschusses.

Die von der LH WI angeführte Information der Betriebsversammlung der ELW über die Eckpunkte des Vergabeverfahrens ist unerheblich. Dieses Organ kann den Beteiligungsausschuss und die Stadtverordnetenversammlung nicht ersetzen. Zudem stellt sich die Frage der Zuständigkeit der Betriebskommission, wenn die MBA – wie als Korrektur des Beteiligungsberichts dargestellt – eine Gesellschaft der LH WI und nicht des Eigenbetriebes sein soll. Bezüglich der Qualität der Information an die Betriebskommission erlaube ich mir den Hinweis, dass die von Ihnen als Anlage übermittelte 5-seitige Präsentation nur eine äußerst oberflächliche Beschreibung der Vergabekriterien und keine sachgerechte Informationsgrundlage bietet. Entscheidend sind die Folgewirkungen des Vergabekriteriums „Umweltaspekte, Transportemissionen“ mit Blick auf den etwaigen Bau einer Entsorgungsanlage im Stadtgebiet. Auch dem Protokoll der Betriebskommission lässt sich kein Hinweis darauf entnehmen, dass eine „ortsnahe Entsorgung“ die thermische Verwertung von Abfällen auf dem Stadtgebiet der

LH WI konkret in Betracht zieht.

Ich weise zugleich darauf hin, dass nicht jede unternehmerische Entscheidung einer Eigengesellschaft der LH WI zukünftig einer Information und ggf. Mitentscheidung des Beteiligungsausschusses/der Stadtverordnetenversammlung unterliegt. Andernfalls würden Vorteile der Nutzung von privatrechtlichen Rechtsformen bei der wirtschaftlichen sowie der nichtwirtschaftlichen Betätigung unterlaufen. Eindeutige Vorgaben, wann eine „wichtige“ Angelegenheit im Sinne von § 9 Abs. 1 HGO vorliegt, ist im Einzelfall zu entscheiden. Jedenfalls begründen Gefährdungen des Gemein-/Kommunalwohls Informationsgrenzen. Darunter fallen z. B. ganz besonders sensible Fälle, stark vertrauliche Dinge, namentlich Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, deren Offenbarung einem Kommunalunternehmen großen Schaden zufügen könnte, sowie ein vertraulicher Kernbereich wie Beratungsverlauf und Abstimmungsverhalten (*Katz, NVwZ 2018, 1091*). Besondere Geheimhaltungsinteressen waren im Vergabeverfahren zur Restabfallverwertung aber nicht ersichtlich.

b. Auswirkungen der unterbliebenen Beteiligung der Stadtverordnetenversammlung auf das Vergabeverfahren

Die vergaberechtliche Nachprüfung durch eine Mitbewerberin vor der Vergabekammer des Landes Hessen sowie vor dem Oberlandesgericht Frankfurt hat für die Beurteilung der Kommunalaufsichtsbeschwerde keine Relevanz. Gegenstand der Entscheidungen waren keine Zuständigkeitsfragen bzw. Mitwirkungsrechte bei der LH WI als Auftraggeberin, sondern nur die Ausgestaltung der Vergabekriterien im Hinblick auf eine etwaige Benachteiligung von Mitbewerbern.

In der obergerichtlichen Rechtsprechung wird teilweise die Auffassung vertreten, dass die gesetzliche Zuständigkeitsverteilung auch gegenüber Außenstehenden eine rechtliche Bedeutung haben kann. D. h., bei Handlungen eines unzuständigen Gemeindeorgans, sei die getroffene Auswahlentscheidung rechtswidrig (so für die Vergabe von Rettungsdienstleistungen und der Auswahlentscheidung durch den Landrat anstatt des Kreistages das *OVG Magdeburg*, Beschl. v. 24.5.2017, *KommJur 2018, 58*.) In Bayern hat das Bayerische Oberste Landesgericht geurteilt, dass die

Vertretungsmacht des Bürgermeisters nur so weit reiche, wie ein entsprechender Beschluss des Gemeinderates vorliege (z. B. *BayObLG*, Beschl. v. 31.8.2011, *BayVBl.* 2012, 177). Der Bundesgerichtshof wiederum hat diese Auffassung nicht geteilt und entschieden, dass die Gemeinde Rechtshandlungen für und gegen sich gelten lassen müsse, auch wenn sei auf einem fehlerhafteten internen Willensbildungsakt beruhten (Urteil v. 18.11.2016, V ZR 266/14). Der vorrangige Schutz des Rechtsverkehrs wird auch von anderen obergerichtlichen Gerichten in der Verwaltungsgerichtsbarkeit geteilt (z. B. *OVG NRW*, Ur. v. 27.5.1993 – 4 A 2800/92, *GewArch* 1994, 25; *OVG R-Pf.* Beschl. v. 22.12.2000 – 11 A 11462/99).

In § 71 der Hessischen Gemeindeordnung erfährt die umfassende Außenvertretungsmacht des Magistrats (bzw. der beauftragten Organisationseinheit innerhalb des Konzerns Kommune) keine Einschränkung. Im Rechtsverkehr gilt zu Gunsten von Dritten eine Anscheinsvollmacht, dass Verpflichtungserklärungen und Verfahrenshandlungen die notwendige demokratische Legitimation aufweisen. Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) kennt für den Oberschwellenbereich keine Unwirksamkeitsgründe, die in Willensbildungsprozessen beim öffentlichen Auftraggeber bestehen. Deshalb hat im Ergebnis die unterbliebene Information/Mitwirkung des Beteiligungsausschusses/der Stadtverordnetenversammlung keine Auswirkung auf das Vergabeverfahren. Die Verfahrenshandlungen der MBA im Vergabeverfahren sind trotz fehlerhafter Willensbildung innerhalb der LH WI gegenüber der Bestbietenden wirksam vorgenommen worden.

4. Auswirkungen der Baumfällarbeiten vor Zuschlagserteilung

Ein Ausschlussgrund der Bestbietenden Knettenbrech & Gurdulic Service GmbH & Co KG nach dem GWB bestand nicht. Das GWB kennt zwingende und fakultative Ausschlussgründe. Der Katalog der zwingenden Ausschlussgründe nach § 123 GWB enthält keine Umweltstraftatbestände und ist nicht einschlägig. § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB kann nicht zur Anwendung gelangen. Selbst unterstellt, dass mit der Rodung von Vegetation gegen umweltrechtliche Bestimmungen verstoßen wurde, ist dieser Verstoß nicht in Ausführung eines „öffentlichen Auftrags“ erfolgt. Dieses Tatbestandsmerkmal verlangt zwar keinen Auftrag der LH WI, zum Zeitpunkt der Rodung lag aber auch kein

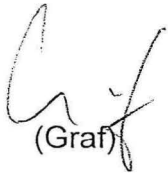
anderer öffentlicher Auftrag vor bzw. hat die Beschwerdeführerin keine Anhaltspunkte vorgetragen, dass der LH WI in der Vergangenheit vor diesem Vergabeverfahren ein anderes gesetzwidriges Verhalten der Bestbietenden bekannt war. § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB ist ein Auffangtatbestand, der erst zur Anwendung gelangt, wenn die Nr. 1 nicht einschlägig ist, aber nicht zur Umgehung der Nr. 1 führen darf. Die in Nr. 3 vorausgesetzte „schwere Verfehlung“ muss bei wertender Betrachtung den Ausschlussgründen des § 123 GWB nahe kommen (*Stolz* in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 124 GWB, Rn. 21). D. h., es werden vor allem Betrugsdelikte, Korruptionsdelikte oder weitere Delikte im geschäftlichen Verkehr geahndet. Auch eine wiederholte, vorsätzliche bzw. grob fahrlässige Missachtung von Umweltbestimmungen im bisherigen Geschäftsbetrieb oder schwere Verfehlungen wie Gewässer-/Bodenverunreinigungen durch den Geschäftsbetrieb etc. wären geeignet, die Integrität des Unternehmens in Frage stellen und der LH WI eine vertiefte Prüfungspflicht aufzuerlegen. Dazu fehlen aber vorliegend die notwendigen Anhaltspunkte. Ein möglicher – erstmaliger – Verstoß gegen umweltrechtliche Bestimmungen bzw. eine Umweltstraftat durch die zum Zeitpunkt unzulässige Rodung von Vegetation erfüllt die Anforderungen des § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB nicht. Im Ergebnis sind die Ausführungen der LH WI zu diesem Punkt damit zutreffend.

Ein Einschreiten der Kommunalaufsicht ist auf Grund der fehlenden Auswirkung der fehlerhaften internen Willensbildung auf das Vergabeverfahren nicht erforderlich. Die LH WI hätte die Transparenz und Akzeptanz dieses Vergabeverfahrens erhöhen können, wenn Sie die vorgenannten Aspekte bereits vor Zuschlagserteilung geprüft hätten und dies gegenüber dem Beteiligungsausschuss sowie auch in der angeforderten Stellungnahme deutlich gemacht worden wäre. Zu allen Punkten der Kommunalaufsichtsbeschwerde wäre eine substantiellere Auseinandersetzung mit der Thematik in der Stellungnahme wünschenswert gewesen. Dies gilt auch für den Vermerk der Kanzlei Redeker zu § 132 GWB, der die oberste Kommunalaufsicht über die Beschwerdeführerin erreicht hat, von der LH WI aber nicht selbstständig im Rahmen der Stellungnahme vorgelegt wurde.

Ich bitte um Beachtung der gegebenen Hinweise für zukünftige Verfahren. Dieses Schreiben werde ich auch der beschwerdeführenden Fraktion zur Verfügung stellen.

Mit freundlichen Grüßen

Im Auftrag



(Graf)

Anlagen

Schreiben an die Beschwerdeführerin