

Unterzeichnung der 1. Nachtragsvereinbarung zu der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung zwischen der Stadt Norderstedt und dem Wegezweckverband Segeberg durch die Oberbürgermeisterin der Stadt Norderstedt

Kommunalaufsichtsbeschwerde der Fraktionen von CDU, Bündnis 90/Die Grünen, WiN, FDP, Die Linke und AfD sowie der Freien Wähler vom 14. Januar 2019

Ergebnis der kommunalaufsichtlichen Prüfung

Vermerk

1. Ausgangslage

Durch Vertrag zwischen dem Kreis Segeberg und der Stadt Norderstedt vom 17. August 1999 wurden Aufgaben der Abfallentsorgung vom Kreis auf die Stadt für deren Gebiet übertragen; durch einen parallel zwischen dem Kreis und dem Wegezweckverband der Gemeinden des Kreises Segeberg (WZV) geschlossenen Vertrag wurde auch letzterer Entsorgungsträger. Der ursprünglich bis zum 31. Dezember 2018 befristete Vertrag zwischen Stadt und Kreis wurde durch ergänzende Vereinbarung vom 24. August 2012 bis Ende 2050 verlängert. In § 2 Ziffer 2 des Vertrages zwischen Kreis und Stadt ist u.a. bestimmt, dass die Stadt die auf ihrem Gebiet angefallenen Abfälle dem WZV zur weiteren Behandlung bzw. Entsorgung zu überlassen hat, mit Ausnahme stofflich verwertbarer und schadstoffbelasteter Abfälle.

An die mit dem Kreis Segeberg geschlossenen Verträge anknüpfend übertrug die Stadt Norderstedt durch öffentlich-rechtliche Vereinbarung nach § 18 GkZ mit Wirkung vom 1. Januar 2006 dem WZV die Aufgabe der weiteren Entsorgung von Sperrmüll, Sonderabfall, Strauchgut und Gartenabfällen ab der Übergabe aus der Sammlung. Daneben regelt der Vertrag die Mitbenutzung der vom WZV in Nor-

derstedt betriebenen Entsorgungseinrichtung durch die Stadt. Der Vertrag wurde zunächst zeitlich befristet bis zum 31. Dezember 2018 geschlossen.

Nach längeren Verhandlungen mit dem WZV über die Fortführung der Kooperation unterzeichnete die Oberbürgermeisterin am 20. Dezember 2018 eine Nachtragsvereinbarung zu der im Auslaufen befindlichen Kooperationsvereinbarung. Durch diese wurde die Laufzeit der Kooperation um ein Jahr bis Ende 2019 verlängert und eine Neuregelung der Kosten für die Mitbenutzung und die Aufgabenübernahme getroffen. Für die Stadt ergibt sich danach eine Erhöhung der von ihr zu leistenden – und im Rahmen einer Jahresrechnung im Folgejahr vom WZV abzurechnenden – Abschlagszahlungen um rund 500 T€ auf einen kalkulatorischen Gesamtbetrag von rund 2,6 Mio. € für das Jahr 2019. Diese Nachtragsvereinbarung war Gegenstand der Sitzung des Umweltausschusses der Stadt Norderstedt am 19. Dezember 2018; die Stadtvertretung wurde vor der Unterzeichnung dieser Vereinbarung nicht befasst.

Mit an den Leiter der Kommunalabteilung des Ministeriums für Inneres, ländliche Räume und Integration gerichteten Schreiben vom 14. Januar 2019 haben die Fraktionen der Stadtvertretung Norderstedt von CDU, Bündnis 90/Die Grünen, WiN, FDP, Die Linke und AfD sowie die Freien Wähler Kommunalaufsichtsbeschwerde erhoben. Sie sind der Meinung, die Oberbürgermeisterin hätte die Nachtragsvereinbarung mit dem WZV nicht ohne eine Bevollmächtigung durch die Stadtvertretung unterschreiben dürfen; jedenfalls hätte sie die Vereinbarung nur dem Zusatz „vorbehaltlich der Zustimmung der Stadtvertretung“ zeichnen müssen. Es liege damit ein Verstoß gegen die Zuständigkeitsordnung der Stadt sowie gegen §§ 28 Nr. 24 und 65 Abs. 1 und 2 GO vor. Weiterhin wurde um Prüfung gebeten, ob der Unterzeichnung nicht ein Ausschreibungsverfahren hätte vorausgehen müssen.

Mit Schreiben vom 25. Januar 2019 wurde die Oberbürgermeisterin bis zum 8. Februar um Stellungnahme zu der Kommunalaufsichtsbeschwerde im Allgemeinen und zu einer Reihe von hier formulierter Fragen gebeten. Aus dem Antwortschreiben vom 8. Februar 2019, das mit umfangreichen Anlagen versehen war, ergibt sich, dass die Oberbürgermeisterin unmittelbar vor der Unterzeichnung der Nachtragsvereinbarung auf Empfehlung des zuständigen Fachbereichs der Stadtverwaltung eine Eilentscheidung auf der Grundlage des § 65 Abs. 4 GO getroffen hatte. Im Rahmen der

am Vorabend (19. Dezember 2018) durchgeführten Sitzung des Umweltausschusses hatte sie ausweislich der Sitzungsniederschrift unter TOP 6 über die Kooperation mit dem WZV berichtet. Der vom WZV betriebene Recyclinghof war auch Gegenstand eines von der FDP-Fraktion eingebrachten und unter TOP 7 behandelten Dringlichkeitsantrages; als Ergebnis der Beratung hatte sich der Umweltausschuss gegen eine Schließung des Recyclinghofes ausgesprochen und die Verwaltung aufgefordert, die dem Ausschuss zur Kenntnis gegebene Nachtragsvereinbarung zu unterzeichnen. Über die getroffene Eilentscheidung wurde die Stadtvertretung in ihrer Sitzung vom 5. Februar 2019 auf der Grundlage einer den Mitgliedern der Stadtvertretung im Rahmen der Sitzungsvorbereitung zur Verfügung gestellten Mitteilungsvorlage (M 19/0079) informiert.

Nach Auswertung der von der Oberbürgermeisterin übersandten Unterlagen ergaben sich noch einige Nachfragen, um deren Beantwortung die Oberbürgermeisterin mit Schreiben vom 19. Februar 2019 unter Fristsetzung bis zum 1. März 2019 gebeten wurde. Mit Schreiben vom gleichen Tage wurden den beschwerdeführenden Fraktionen jeweils die Kernaussagen der Stellungnahme zur Kenntnis gegeben und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 1. März eingeräumt.

Die auf den 1. März datierende, hier am 5. März 2019 eingegangene, ergänzende Stellungnahme der Oberbürgermeisterin wurde im Rahmen der kommunalaufsichtlichen Prüfung ebenso berücksichtigt, wie zwei an den Leiter der Kommunalabteilung gerichtete e-mails des Vorsitzenden der CDU-Fraktion (e-mails vom 11. Februar 2019 bzw. vom 19. Februar 2019 – letztere als Reaktion auf das hiesige Informationsschreiben vom gleichen Tage).

2. Rechtliche Bewertung der getroffenen Eilentscheidung anhand § 65 Abs. 4 GO

a) Vorbemerkung

Ausgangspunkt der rechtlichen Prüfung ist die Stellungnahme der Oberbürgermeisterin der Stadt Norderstedt zu der erhobenen Kommunalaufsichtsbeschwerde vom 8. Februar 2019. Sie hat darin als Rechtsgrundlage für die Unterzeichnung der

1. Nachtragsvereinbarung zu dem ursprünglich bis zum 31. Dezember 2018 befristeten Kooperationsvertrag mit dem WZV Segeberg auf § 65 Abs. 4 GO verwiesen. Zwar hat der Vorsitzende der Norderstedter CDU-Fraktion in seiner an den Leiter der Kommunalaufsicht gerichteten e-mail vom 19. Februar 2019 das Vorliegen einer Eilentscheidung in Frage gestellt. Dem ist jedoch zu entgegnen, dass die Überprüfung behördlicher Entscheidungen an der gewählten Handlungsform anzusetzen hat; die Oberbürgermeisterin hat ersichtlich den ihr vom zuständigen Fachamt der Stadt unterbreiteten Vorschlag („Vorlage zu einer Eilentscheidung“ vom 20. Dezember 2018, vgl. Anlage 4 zur Mitteilungsvorlage M 19/0079) umgesetzt. Die von den beschwerdeführenden Fraktionen zur Begründung ihrer Beschwerde angeführten Vorschriften der §§ 28 Nr. 24 und 65 Abs. 1, 2 sowie der Zuständigkeitsordnung sind allerdings Bestandteil der Prüfung, weil im Rahmen der Prüfung der getroffenen Eilentscheidung zu klären ist, ob von der prinzipiellen Zuständigkeitsordnung in der konkreten Situation abgewichen werden durfte.

Die Prüfung bezieht sich in diesem Abschnitt ausschließlich auf die Frage, ob eine Eilentscheidung durch § 65 Abs. 4 GO eröffnet, also formell zulässig war. Das Ergebnis der mit der Kommunalaufsichtsbeschwerde erbetenen vergaberechtlichen Prüfung ist unter der nachfolgenden Ziffer 3 dargestellt.

b) Grundsätzliche Abgrenzung der Entscheidungsbefugnisse von Stadtvertretung und Oberbürgermeisterin

Gemäß § 27 Abs. 1 Satz 2 GO trifft die Gemeindevertretung alle für die Gemeinde wichtigen Entscheidungen in Selbstverwaltungsangelegenheiten und überwacht deren Durchführung, soweit das Gesetz keine anderen Zuständigkeiten vorsieht. Außerhalb der der Bürgermeisterin oder dem Bürgermeister durch § 55 Abs. 1 bzw. § 65 Abs. 1 GO ausschließlich zugewiesenen Aufgaben der Verwaltungsleitung und der Erledigung der Geschäfte der laufenden Verwaltung obliegen Entscheidungen in Selbstverwaltungsangelegenheiten grundsätzlich der Gemeindevertretung, wodurch ihre übergeordnete Stellung auch im Verhältnis zum Organ Bürgermeister deutlich wird. Als besonders bedeutsam und der Gemeindevertretung vorbehalten hat der Gesetzgeber in § 28 GO eine Reihe von Entscheidungen herausgestellt, bei denen

abweichend zu § 27 Abs. 1 Satz 3 GO eine Delegation der Entscheidungsbefugnis eingeschränkt, in einer Reihe von Fällen sogar ausgeschlossen ist. Nach der vom Gesetzgeber getroffenen Wertung scheidet in solchen Fällen die Annahme eines Geschäfts der laufenden Verwaltung von vornherein aus.

Nach der in der Kommunalaufsichtsbeschwerde angeführten Vorschrift des § 28 Nr. 24 GO kann die Gemeindevertretung die Entscheidung über den Abschluss, die Änderung oder die Kündigung einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung nicht übertragen, sofern diese wesentliche Aufgaben oder die Satzungsbefugnis zum Gegenstand hat. Die öffentlich-rechtliche Vereinbarung ist als eine Gestaltungsform der kommunalen Zusammenarbeit im Gesetz über kommunale Zusammenarbeit (GkZ) geregelt. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 28 Nr. 24 GO unterliegen nur Aufgabendelegationen nach § 18 GkZ der absoluten Entscheidungskompetenz der Gemeindevertretung, nicht hingegen Vereinbarungen auf der Grundlage des § 19 a GkZ (Dehn/Wolf, Gemeindeordnung Schleswig-Holstein, 15. Aufl., Anm. zu § 28 Nr. 24).

Die am 20. Februar 2018 von der Oberbürgermeisterin unterzeichnete Nachtragsvereinbarung unterfällt dem § 28 Nr. 24 GO.

In ihrer ursprünglichen Vereinbarung hat die Stadt dem WZV die Aufgabe der weiteren Entsorgung von Sperrmüll, Sonderabfall, Strauchgut und Gartenabfällen übertragen. Des Weiteren haben die Parteien eine Mitbenutzung der Müllumschlagstation, des Wertstoffhofes und der Sonderabfallstelle durch die Stadt vereinbart; diese zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung in § 18 Abs. 1, 2. Alt. GkZ enthaltene Gestattung ist aktuell in § 19 a Abs. 1, 2. Alt. GkZ geregelt. Es handelt sich bei der mit Wirkung zum 1. Januar 2006 geschlossenen Kooperationsvereinbarung somit um einen gemischten Vertrag. Für die rechtliche Bewertung eines solchen Vertrages insbesondere mit Blick auf die Frage der Entscheidungszuständigkeit wird man in Anlehnung an gesetzliche Auslegungsregelungen (vgl. §§ 126 Abs. 4 LVwG und 59 Abs. 3 VwVfG für die Teilnichtigkeit öffentlich-rechtlicher Verträge sowie als Grundnorm für Verträge § 139 BGB) darauf abstellen müssen, ob der Vertrag nach den Willen der Parteien als einheitliches Rechtsgeschäft anzusehen ist, ob also bei zusammengesetzten Rechtsgeschäften jedes für sich existieren könnte (vgl. Busche in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Aufl. 2015, § 139 Rn. 15).

Im Zweifel ist bei zusammengesetzten Rechtsgeschäften von einem inneren Zusammenhang der Teilregelungen auszugehen.

Im vorliegenden Fall gibt es keinen Anhaltspunkt, der gegen die Annahme eines inneren Zusammenhangs der beiden Teile der Kooperationsvereinbarung spricht. Die in der Vereinbarung getroffene Mitbenutzungsvereinbarung macht vielmehr nur im Kontext der im gleichen Zuge erfolgten Aufgabenübertragung Sinn.

Die Kooperation mit dem WZV bezog sich auch auf eine „wesentliche“ Aufgabe im Sinne des § 28 Nr. 24 GO. Eine Aufgabe ist als wesentlich einzustufen, wenn sie den Gesamtaufgabenbestand der Gemeinde nennenswert verändert (Dehn/Wolf, Anm. zu § 28 Nr. 24). Für die Frage, ob eine Aufgabe als wesentlich anzusehen ist, wird man vergleichbar der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs „wichtige Selbstverwaltungsaufgabe“ in § 27 Abs. 1 GO auch die politische Bewertung der Gemeindevertretung einbeziehen müssen. Im vorliegenden Fall kann allein wegen des durch die Kooperation ausgelösten Kostenvolumens von mehr als 2 Mio. € pro Jahr kein Zweifel daran bestehen, dass es sich bei dem Gegenstand der Kooperation mit dem WZV um eine wesentliche Aufgabe handelt.

Damit unterfiel die mit Wirkung zum 1. Januar 2006 getroffene Ausgangvereinbarung insgesamt der Regelung des § 28 Nr. 24 GO. Nach dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift gilt entsprechendes für die am 20. Dezember 2018 unterzeichnete 1. Nachtragsvereinbarung, durch die u.a. die Laufzeit der Kooperation (um ein Jahr) verlängert wurde.

Damit kann als Zwischenergebnis festgehalten werden: Unbeschadet der Tatsache, dass die von der Oberbürgermeisterin als gesetzliche Vertreterin der Stadt (vgl. § 64 Abs. 1 GO) unterzeichnete Nachtragsvereinbarung nach außen rechtliche Bindungswirkung entfaltet (vgl. Dehn/Wolf, Anm. 1 zu § 56), war für die Entscheidung über den Abschluss prinzipiell die Stadtvertretung zuständig. Weder handelte es sich um eine Angelegenheit, über die die Oberbürgermeisterin im Rahmen ihrer Zuständigkeit für Geschäfte der laufenden Verwaltung entscheiden konnte, noch war wegen der durch § 28 Nr. 24 GO ausgeschlossenen Delegationsmöglichkeit eine (bindende) Entscheidung des Umweltausschusses in dieser Sache möglich.

Wie sich aus der Stellungnahme der Oberbürgermeisterin vom 8. Februar 2018 und auch aus dem Protokoll der Sitzung des Umweltausschusses der Stadt Norderstedt vom 19. Dezember 2018 ergibt, wurde die prinzipielle Entscheidungszuständigkeit der Stadtvertretung gar nicht in Abrede gestellt. Die Oberbürgermeisterin hat in ihrer Stellungnahme insbesondere nachvollziehbar klargestellt, dass sie entgegen der Darstellung in der Kommunalaufsichtsbeschwerde keine Entscheidung des Umweltausschusses herbeigeführt hat. Ausweislich des vorgelegten Sitzungsprotokolls hat sie in der Sitzung des Umweltausschusses vom 19. Dezember 2018 unter TOP 6 lediglich einen Sachstandsbericht abgegeben. Der zu der Thematik WZV gefasste Beschluss des Ausschusses beruht auf einem von der FDP-Fraktion eingebrachten Dringlichkeitsantrag, der unter TOP 7 behandelt und vom Ausschussvorsitzenden zur Abstimmung gestellt wurde. Wenn der Vorsitzende der Norderstedter CDU-Fraktion in seiner an den Leiter der Kommunalabteilung gerichteten e-mail vom 19. Februar 2019 die Auffassung vertritt, der Umweltausschuss hätte keinen Beschluss fassen dürfen und die Oberbürgermeisterin hätte Widerspruch einlegen müssen, so ist dem entgegenzuhalten, dass der Umweltausschuss keine Sachentscheidung getroffen, sondern lediglich eine Resolution gefasst hat. Hierzu war er im Rahmen seiner fachlichen Aufgabenstellung (vgl. § 7 Abs. 1 Nr. 6a der Hauptsatzung der Stadt Norderstedt) befugt. Wollte man dies anders sehen, so hätte sich der Ausschuss (auch schon früher) mit der Thematik Abfall insgesamt gar nicht befassen dürfen; auch hätte er zu der Thematik gegenüber der Stadtvertretung generell keine in deren Sitzungen vorbereitende Stellungnahmen abgeben können, was der grundlegenden Aufgabenstellung von Ausschüssen widersprechen würde. Dass der Umweltausschuss im Rahmen des gefassten Beschlusses die Verwaltung zur Vermeidung einer Schließung des Recyclinghofes zum Handeln aufgefordert hat, ändert an dieser Bewertung nichts. Mit Blick auf die dem Umweltausschuss in seiner Sitzung am 19. Dezember 2018 bekannten zeitlichen Rahmenbedingungen – auf die an späterer Stelle näher eingegangen wird – konnte der Beschluss bei verständiger Auslegung nur als Aufforderung an die Oberbürgermeisterin verstanden werden, eine Eilentscheidung zu treffen. Diese Aufforderung war allerdings nicht bindend. Vielmehr hatte die Oberbürgermeisterin unter Mithilfe ihres Fachamtes eigenverantwortlich zu prüfen, ob die Voraussetzungen für den Erlass einer Eilentscheidung vorliegen. Wie sie in ihrer Stellungnahme vom 8. Februar 2019 nachvollziehbar ausgeführt hat, stellte das Vo-

tum des Umweltausschusses lediglich ein Meinungsbild aus der Kommunalpolitik als Entscheidungshilfe dar.

c) Voraussetzungen für eine Eilentscheidung

Als Durchbrechung der grundsätzlichen Verteilung der Entscheidungsbefugnisse ist in §§ 50 Abs. 3 und 55 Abs. 4 GO geregelt, dass die Bürgermeisterin oder der Bürgermeister dringende Maßnahmen, die sofort ausgeführt werden müssen, für die Gemeindevertretung und für die Ausschüsse anordnet. Eine gleichlautende Bestimmung findet sich für Städte in § 65 Abs. 4 GO.

aa) Grundsätzliches zur Anwendung des § 65 Abs. 4 GO

Das Eilentscheidungsrecht ist gegenständlich nicht beschränkt, es reicht so weit wie die Zuständigkeit der Vertretung oder des Ausschusses, an deren bzw. an dessen Stelle entschieden werden soll (Sponer/Jacob/Musall u.a., Gemeindeordnung für den Freistaat Sachsen, § 52 SächsGemO, Anm. 5.1). Im Wege der Eilentscheidung kann daher z.B. auch eine Satzung erlassen, ein Vorkaufsrecht ausgeübt oder eine Veränderungssperre erlassen werden (Lütje/Husvogt in: Kommunalverfassungsrecht Schleswig-Holstein, § 65 GO Rdnr. 56). In Fällen besonderer Dringlichkeit können auch die nach § 28 GO vorbehaltenden Aufgaben im Wege einer Eilentscheidung vom Bürgermeister entschieden werden (Dehn/Wolf, Anm. zu § 28 Satz 1). Selbst haushaltsbezogene Entscheidungen sind einer Eilentscheidung zugänglich (vgl. Dehn/Wolf, Anm. 5 zu § 95 d Abs. 1).

Eine Maßnahme ist dann dringend, wenn sie ohne erhebliche Nachteile für die Stadt oder im Interesse des Gemeinwohls nicht aufgeschoben werden kann (Lütje/ Husvogt, a.a.O., Rdnr. 54). Der Erlass einer Eilentscheidung hat damit zwei Voraussetzungen, die kumulativ vorliegen müssen (vgl. OVG Münster, Urteil vom 31. Mai 1988, Az. 2 A 1739/86, Rdnr. 11 f., zitiert nach beck-online; OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 13. April 2006, Az. 1 A 11596/05, Rdnr. 5 f.):

- Das Drohen eines erheblichen Nachteils (dazu unter bb)) und
- das Fehlen einer anderweitigen Möglichkeit, diesen Nachteil abzuwenden (dazu unter cc)).

Fehlt eine dieser Voraussetzungen, so ist die Eilentscheidung rechtswidrig.

Wegen der grundsätzlich zu wahrenen Zuständigkeitsverteilung zwischen den kommunalen Organen kann eine Eilentscheidung mit der damit verbundenen Durchbrechung der Zuständigkeit der Vertretung nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen in Betracht kommen. Wegen des Ausnahmecharakters der Eilentscheidung ist die Vorschrift des § 65 Abs. 4 GO eng auszulegen und streng zu prüfen, ob die Entscheidung wirklich eilbedürftig ist und worin der zu erwartende Nachteil besteht (OVG Rheinland-Pfalz, a.a.O., Rdnr. 28).

Bei dem Merkmal Dringlichkeit handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der nach herrschender Meinung voll nachprüfbar ist (OVG Münster, a.a.O., Rdnr. 9; Lütje/Husvogt, a.a.O., Rdnr. 54; Schmitz, VR 1995, Seite 74 f.) Einen Beurteilungsspielraum gibt es damit nicht. Eine gegenteilige Einzelmeinung, die dem Bürgermeister einen „gewissen“ Einschätzungsspielraum zubilligen will (vgl. den Nachweis bei Unger in: Kommunalverfassungsrecht Hessen, § 70 HGO, Rdnr. 49), kann mit Blick auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG nicht überzeugen; gebietet diese Vorschrift grundsätzlich eine vollständige Überprüfung von Entscheidungen der Verwaltung, so können Beurteilungsspielräume nur in solchen Fallgruppen zugestanden werden, in denen eine vollständige Nachprüfung die Funktionsgrenzen der Rechtsprechung sprengen würde. Das ist vorliegend jedoch nicht der Fall. Als Zwischenergebnis ist damit festzuhalten, dass die getroffene Maßnahme in der gegebenen Situation unumgänglich und zwingend erforderlich gewesen sein muss (Unger, a.a.O.). Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit ist dabei auf die Situation abzustellen, die zum Zeitpunkt der Entscheidung bestand (Lütje/Husvogt, a.a.O., Rdnr. 54).

Auch eröffnet die Vorschrift des § 65 Abs. 4 GO keinen Ermessensspielraum. Daraus folgt, dass die Vorschrift für die Bürgermeisterin oder den Bürgermeister nicht nur die Befugnis eröffnet, dringende Maßnahmen anzuordnen, sondern auch eine Rechts-

pflicht zum Handeln enthält, wenn erhebliche Nachteile anders nicht abgewendet werden können (Lütje/Husvogt, a.a.O., Rdnr. 58). Das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Eilentscheidung ist auch aus diesem Grund stets sorgfältig zu prüfen.

bb) Drohen eines erheblichen Nachteils für die Stadt? („dringende Maßnahme“)

Um zu verhindern, dass die gesetzliche Zuständigkeitsverteilung zwischen Bürgermeister und Vertretung bzw. Ausschüssen leichtfertig unterlaufen wird, kann eine Eilentscheidung von vornherein nur dann in Betracht kommen, wenn ein schwerer, praktisch nicht wieder gutzumachender Schaden droht (OVG Münster, a.a.O., Rdnr. 18; OVG Rheinland-Pfalz, a.a.O., Rdnr. 28). Der Nachteil darf nicht nur gering sein, sondern muss so groß sein, dass im Verhältnis zu ihm die Außerachtlassung der Zuständigkeit der Stadtvertretung als das kleinere Übel erscheint (Lütje/Husvogt, a.a.O., Rdnr. 55).

Hinsichtlich der Beurteilung der Schadenswahrscheinlichkeit wird man einen strengen Maßstab anlegen müssen. Es genügt daher nicht die Möglichkeit eines Schadenseintritts. Wenn man hinsichtlich des Eintritts des Nachteils zwar keine Gewissheit fordern kann, so muss aber jedenfalls seine Wahrscheinlichkeit größer sein als die des Nichteintritts des Nachteils, wenn man nicht sogar verlangen muss, dass die Unterlassung der Entscheidung mit hoher Wahrscheinlichkeit einen Nachteil zur Folge haben wird (Sponer/Jacob/Musall u.a, a.a.O., Rdnr. 5.2). Es ist konkret zu ermitteln, worin der zu erwartende Nachteil besteht (OVG Rheinland-Pfalz, a.a.O., Rdnr. 28). Der Nachteil kann auch ein immaterieller sein (Sponer/Jacob/Musall u.a, a.a.O., Rdnr. 5.2). Der Nachteilseintritt muss in absehbarer Zeit zu besorgen sein. Grundvoraussetzung einer jeden Eilentscheidung ist daher, dass der Angelegenheit eine Dringlichkeit innewohnt, die eine zeitnahe Befassung mit ihr erfordert.

Nach Auswertung der von der Oberbürgermeisterin vorgelegten Unterlagen ergibt sich folgendes Bild:

Aus den als Anlage 3 zur Stellungnahme vom 8. Februar 2019 vorgelegten umfangreichen Unterlagen zu den Verhandlungen mit dem WZV ergibt sich, dass die Beziehung zwischen der Stadt Norderstedt und dem WZV (wenigstens) seit 2 Jahren be-

lastet ist; es bestanden ganz offensichtlich erhebliche Differenzen über die erhobenen Entsorgungsentgelte bzw. Abrechnungen durch den WZV. So hatte bereits Anfang 2017 die Stadt die Vorlage prüffähiger Unterlagen durch den WZV angemahnt. In der Folge wurde über die Frage von Abrechnungen, möglicher Überzahlungen und zu leistender Abschläge auch unter Einbeziehung von Rechtsanwälten heftig gestritten. Der Akte kann auch entnommen werden, dass gegen einen ehemaligen Mitarbeiter des WZV, der auf dem Recyclinghof in Norderstedt tätig war, ein Strafverfahren wegen Unterschlagung eingeleitet wurde, das zu einer – allerdings noch nicht rechtskräftigen – Verurteilung geführt hat; die Stadt hat sich deswegen gegenüber dem WZV die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen vorbehalten. Nach Abberufung des Verbandsvorstehers des WZV im Mai 2018 wurden die Gespräche mit kommissarischen Verbandsvorstehern fortgeführt. All diese Umstände sind von hier nicht zu bewerten, werfen aber ein Schlaglicht auf die Rahmenbedingungen, unter denen die Gespräche zwischen der Stadt und dem WZV über die Fortführung der Kooperation geführt wurden.

Nach den vorgelegten Unterlagen wurde seitens des WZV mit Schreiben vom 28. November 2018 ein Angebot zur Vertragsverlängerung unterbreitet; diesem beigelegt war der Entwurf einer Nachtragsvereinbarung. In dem Schreiben wurde der Stadt Norderstedt eine Frist für die Unterzeichnung bis zum 12. Dezember 2018 gesetzt, verbunden mit der Ankündigung, den Recyclinghof und die Schadstoffannahmestelle im Falle der Nichtunterzeichnung ab dem 1. Januar 2019 bis auf Weiteres zu schließen. Wegen fortbestehender Differenzen wurde der Landrat des Kreises Segeberg um Vermittlung gebeten. Am 12. Dezember 2018 fand bei diesem ein Vermittlungsgespräch statt. Anschließend gab es zwischen der Stadt und dem WZV unterschiedliche Auffassungen über die Ergebnisse dieses Gesprächs. Mit Schreiben vom 17. Dezember 2018 forderte der WZV die Stadt erneut zur Unterzeichnung der von ihm vorgelegten Nachtragsvereinbarung auf, verbunden mit einer letztmaligen Frist bis 19. Dezember 2018, 12:00 Uhr. Bereits am 18. Dezember 2018 wies der WZV auf seiner Homepage sowie durch Aushang vor Ort darauf hin, dass der Recyclinghof ab dem 2. Januar 2019 bis auf Weiteres geschlossen werde. Mit e-mail vom 19. Dezember, 13:44 Uhr, unterbreitete die Oberbürgermeisterin dem WZV einen Vorschlag für einen Vertrag mit geringeren Abschlägen (575 T€ statt 625 T€ pro Quartal). Dieses Angebot wies der WZV mit e-mail vom gleichen Tag, 16:14 Uhr, zu-

rück verbunden mit einer Fristsetzung für die Unterzeichnung der von ihm vorgelegten Nachtragsvereinbarung bis zum 20. Dezember 2018, 09:45. Hieran schloss sich die Sitzung des Umweltausschusses an (laut der Niederschrift der Sitzung Beginn 18:30 Uhr, Ende um 21:25 Uhr).

Die vom WZV für den Fall der Nichtunterzeichnung der von ihm vorgelegten Nachtragsvereinbarung mehrfach angekündigte Schließung des Recyclinghofes und der Schadstoffannahmestelle muss als Nachteil im Sinne des § 65 Abs. 4 GO bewertet werden, weil sich hierdurch nachteilige Folgen für die Entsorgung insbesondere schadstoffbelasteter Abfälle für die Einwohnerinnen und Einwohner der Stadt ergeben hätten. Die Entsorgung solcher der bis dato auf dem Recyclinghof ablieferbarer Abfälle wäre für einen nicht absehbaren Zeitraum nicht gewährleistet, zumindest aber für die Einwohnerinnen und Einwohner der Stadt unklar gewesen. In die Bewertung einzubeziehen ist auch der Umstand, dass die Stadt Norderstedt infolge des 1999 mit dem Kreis Segeberg geschlossenen Vertrages gehalten war, für eine zuverlässige Entsorgung auch von Sperrmüll und schadstoffbelasteter Abfälle Sorge zu tragen. Auch deshalb wäre die Hinnahme der Schließung des Recyclinghofes und der Schadstoffannahmestelle durch den WZV ohne Bereitstellung eines Alternativkonzepts (z.B. die zwischenzeitlich einmal angedachte Übernahme des Recyclinghofes in eigene Regie) keine Option gewesen (möglicherweise ist eine nach der e-mail des CDU-Vorsitzenden an den Leiter der Kommunalabteilung vom 11. Februar 2019 von der Oberbürgermeisterin im Rahmen der Ratssitzung am 5. Februar 2019 angeblich getätigte Aussage, sie habe mit Blick auf den Vertrag mit dem Kreis nicht anders handeln können, in diesem Sinne zu verstehen). Die sehr deutliche Haltung des kommunalen Ehrenamts in der Sitzung des Umweltausschusses vom 19. Dezember 2018 rundet dieses Bild ab. Es wäre damit auch politisch nicht vermittelbar gewesen, wenn der Recyclinghof, wie vom AZV angedroht, am Jahresende geschlossen worden wäre. Vor diesem Hintergrund war die Verlängerung der Vereinbarung um (lediglich) ein Jahr eine angemessene Maßnahme, die einerseits die notwendige Versorgungssicherheit gewährleistete und gleichzeitig der Stadt zusätzliche Zeit für weitere Verhandlungen verschaffte.

cc) Fehlen einer anderweitigen Möglichkeit zur Nachteilsabwendung

Selbst wenn das Drohen eines erheblichen Nachteils in absehbarer Zeit zu bejahen ist, so ändert dies zunächst einmal noch nichts an der Entscheidungszuständigkeit der Stadtvertretung. Die Befugnis des Hauptverwaltungsbeamten, sich an die Stelle der Vertretung zu setzen, erfordert nämlich über diese „Einstiegsvoraussetzung“ hinausgehend, dass eine anderweitige Möglichkeit zur Nachteilsabwendung nicht besteht. In § 65 Abs. 4 GO findet diese Auslegung einen Anklang darin, dass es sich um eine dringende Maßnahme handeln muss, die der sofortigen Ausführung bedarf. Eine Dringlichkeit der Maßnahme ist damit nicht ausreichend, um eine Eilentscheidung zu rechtfertigen. Dies zeigt im Übrigen auch die Vorschrift des § 34 Abs. 4 Satz 4 GO, der die Möglichkeit einer kurzfristigen Erweiterung der Tagesordnung einer anstehenden Sitzung der Vertretung um dringende Angelegenheiten ermöglicht. Die Dringlichkeit einer Angelegenheit führt deshalb zunächst noch nicht zu einer Kompetenzverlagerung. Die Angelegenheit muss vielmehr so eilig sein, dass eine Befassung des obersten Gemeindeorgans nicht möglich und auch die Einberufung der Vertretung selbst unter Einhaltung der kürzest möglichen Ladungsfrist ausgeschlossen ist (Lütje/Husvotg, a.a.O., Rdnr. 54; Sponer/Jacob/Musall u.a, a.a.O., Rdnr. 5.2). Die Befassung der Vertretung muss objektiv nicht möglich sein.

Selbst unter Anlegung des bei der Prüfung von Eilentscheidungen geltenden sehr strengen Maßstabes liegt diese Voraussetzung hier zweifelsfrei vor. Bei einer Zeitspanne von lediglich einigen Stunden zwischen der letzten e-mail des WZV (19. Dezember 2018, 16:14 Uhr) bzw. dem Ende der Sitzung des Umweltausschusses (21:25 Uhr) und dem Fristablauf liegt es auf der Hand, dass selbst bei einer geschäftsordnungsmäßigen Ladungsfrist von einem Tag eine Einberufung der Stadtvertretung vor Ablauf der vom WZV gesetzten Frist nicht möglich gewesen wäre. Die Ladungsfrist für die Stadtvertretung Norderstedt beträgt nach der Hauptsatzung (§ 2 Abs. 3) elf Tage, so dass auch eventuelle Überlegungen, ob die Oberbürgermeisterin nicht hätte versuchen können, noch weiter Zeit zu gewinnen, um doch noch eine Befassung der Stadtvertretung vor der Jahreswende zu ermöglichen, von vornherein als unrealistisch verworfen werden müssten. Hätte noch eine erfolgversprechende Möglichkeit bestanden, die Stadtvertretung zu befassen, hätte auch der Umweltausschuss sicherlich nicht die Aufforderung zur Unterzeichnung der Nachtragsvereinba-

zung ausgesprochen. Mit der vom WZV auf seiner Internetseite und durch Aushang vor Ort erfolgten Information zur bevorstehenden Schließung des Recyclinghofes hatte er aber eine Eskalationsstufe beschriftet, die keine Zweifel an der Ernsthaftigkeit seiner Ankündigung zuließen.

Wenn in der Kommunalaufsichtsbeschwerde und auch noch einmal in der e-mail des Vorsitzenden der Norderstedter CDU-Fraktion an den Leiter der Kommunalaufsicht vom 19. Februar 2019 die Auffassung vertreten wird, die Oberbürgermeisterin hätte eine Entscheidung der Stadtvertretung in deren Sitzung am 11. Dezember 2018 herbeiführen können, so wird verkannt, dass es für die Beurteilung des Vorliegens der Voraussetzungen für den Erlass einer Eilentscheidung allein auf den Zeitpunkt der Eilentscheidung ankommt; dies hat seinen Grund darin, dass die Durchbrechung der prinzipiellen Zuständigkeitsordnung ihre Rechtfertigung in der Abwendung eines drohenden Nachteils hat und deshalb hypothetische alternative Geschehensabläufe vor Ergehen der Eilentscheidung außer Betracht zu bleiben haben. Es ist deshalb unerheblich, aus welchen Gründen die Dringlichkeit einer Angelegenheit eingetreten ist. Selbst ein Fall mangelnder Sorgfalt der Verwaltung bei der Bearbeitung kann zu keinem anderen Ergebnis führen (Bogner/Bätge/Bennemann/Engelhardt/Glaser/Sommer/Stein/Ziertmann, Beratungs- und Beschlussverfahren in der Gemeindevertretung, Abschnitt 2.5.3.2; vgl. auch Held/Winkel/Wansleben, Kommunalverfassungsrecht NRW, Anm. 4.1 zu § 60 GO). Es geht dem Gesetzgeber allein darum, einen erheblichen Nachteil von der Stadt abzuwenden. Erwägungen dazu, welche Verursachungsbeiträge die Oberbürgermeisterin oder die Verwaltung zur Dringlichkeit geleistet haben, sind unerheblich. Die Vorschrift des § 65 Abs. 4 GO ist eine Schutz- und keine Sanktionsnorm.

Auch wenn für die rechtliche Bewertung des Vorliegens der Voraussetzungen für eine Eilentscheidung irrelevant, so soll in diesem Zusammenhang vorsorglich klargestellt werden, dass Ansatzpunkte für eine unsachgerechte Bearbeitung der Angelegenheit oder gar eine pflichtwidrige gezielte Herbeiführung einer Eilsituation durch die Verwaltung nach den vorgelegten umfangreichen Unterlagen nicht ersichtlich sind. Wenn kritisiert wird, dass nicht in der Sitzung am 11. Dezember 2018 eine abschließende Entscheidung der Stadtvertretung eingeholt wurde, so ist zu bedenken zu geben, dass nach den hier vorliegenden Unterlagen der WZV erst mit Schreiben

vom 28. November 2018 (Eingang bei der Poststelle der Stadt am 29. November 2018) und damit unmittelbar vor Ablauf der Ladungsfrist für die Sitzung der Stadtvertretung am 11. Dezember 2018 erstmalig ein Angebot unterbreitet hat, das von der Verwaltung (zunächst dem zuständigen Fachamt) zu prüfen war. Zu berücksichtigen ist auch, dass die Oberbürgermeisterin bemüht war, ein für die Stadt Norderstedt besseres Ergebnis zu erzielen, auch mit Hilfe des zur Vermittlung angerufenen Landrates; das Vermittlungsgespräch beim Landrat war aber erst für den Tag nach der genannten Sitzung der Stadtvertretung terminiert. Sicherlich wäre es klug – wenn nicht gar angezeigt – gewesen, wenn die Oberbürgermeisterin der Stadtvertretung im Rahmen der Sitzung am 11. Dezember 2018 über die aktuelle Entwicklung in der Angelegenheit wenigstens mündlich berichtet hätte; dies hätte ohne weiteres unter dem TOP 5 der Sitzung („Berichte der Oberbürgermeisterin“) oder unter dem TOP 15 („Abfallwirtschaft“) erfolgen können und sich gerade deshalb aufdrängen können, weil es sich um die letzte Sitzung der eigentlich zur Entscheidung berufenen Stadtvertretung in 2018 handelte. Dies ist aber für die rechtliche Bewertung der getroffenen Eilentscheidung unerheblich.

In der Kommunalaufsichtsbeschwerde war auch noch die Auffassung vertreten worden, die Oberbürgermeisterin hätte den Vertrag jedenfalls mit dem Zusatz „vorbehaltlich der Zustimmung der Stadtvertretung“ unterzeichnen müssen. Dabei wird jedoch verkannt, dass nach § 150 BGB, der über § 129 LVwG auch für öffentlich-rechtliche Verträge zur Anwendung kommt, verspätete oder ein Angebot abändernde Annahmeerklärungen als Ablehnung verbunden mit einem neuen Angebot gelten. Hiermit sollen spätere Zweifel über den Inhalt von Vereinbarungen vermieden werden. Als Fälle einer einigungsschädlichen Abänderung eines Angebots nennt § 150 Abs. 2 BGB die Annahme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen. Hierunter fällt auch die Unterzeichnung einer Vereinbarung „unter Vorbehalt“ (LG Kleve, Urteil vom 3. Dezember 2013, Az. 4 O 4/13, zitiert nach openJur). Die Oberbürgermeisterin hätte also in der von den Beschwerdeführern angedachten Weise nicht verfahren können, ohne die Entsorgungssicherheit zu gefährden.

Auch andere Möglichkeiten der Abwendung des Nachteils haben zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der Nachtragsvereinbarung nicht bestanden. Zwischen der Stadt und dem WZV war zwischenzeitlich einmal die Frage kontrovers ausgetauscht wor-

den, ob sich wegen der zwischen dem Kreis mit der Stadt und dem WZV jeweils geschlossenen Verträge für die Fortführung der Kooperation zwischen Stadt und WZV ein Kontrahierungszwang ableiten lasse (vgl. Schreiben der Stadt an den WZV vom 7. Dezember 2018 und Antwort des WZV mit Schreiben vom 11. Dezember 2018). Eine Rechtsgrundlage für eine solche Annahme ist allerdings nicht ersichtlich. § 2 Ziffer 2 des zwischen dem Kreis Segeberg und der Stadt Norderstedt im Jahr 1999 geschlossenen Vertrages nimmt stofflich verwertbare und schadstoffbelastete Abfälle gerade von einer Verpflichtung zur Zusammenarbeit zwischen Stadt und WZV aus (insoweit ist die Darstellung auf Seite 3 der Mitteilungsvorlage M 19/0079 zum rechtlichen Hintergrund des Vertrags mit dem WZV missverständlich). Der WZV konnte deshalb für die Frage der Fortsetzung der Kooperation Vertragsfreiheit in Anspruch nehmen. Auch das zuständige Fachamt der Stadt hatte einmal Überlegungen angestellt, den Recyclinghof vom WZV zu übernehmen (vgl. Niederschrift zu TOP 17.1 der Sitzung des Umweltausschusses vom 16. Mai 2018). Deshalb muss der Frage, ob in einer rechtlich anderen Konstellation der WZV notfalls mit gerichtlicher Hilfe kurzfristig zur Fortsetzung der Kooperation hätte gezwungen werden können, nicht nachgegangen werden.

Da die Stadt Norderstedt nicht Mitglied im WZV ist, braucht auch die in einem anderen Fall an das Innenministerium herangetragene Frage, ob der aus dem Gesellschaftsrecht auf Zweckverbände übertragbare Gedanke der Verbandstreue eine Zusammenarbeitspflicht zu begründen vermag, nicht bewegt zu werden.

Nach alledem bestand für die Oberbürgermeisterin keine andere Möglichkeit, die Schließung des Recyclinghofes und der Schadstoffannahmestelle zu verhindern, als die auf ein Jahr befristete Nachtragsvereinbarung fristgerecht am 20. Dezember vorbehaltlos zu unterzeichnen.

d) Zwischenergebnis:

Die Voraussetzungen für den Erlass einer Eilentscheidung nach § 65 Abs. 4 GO haben vorgelegen.

3. Vergaberechtliche Bewertung des Sachverhalts

Die Oberbürgermeisterin der Stadt Norderstedt wurde zu Fragen der Anwendung des Vergaberechts bei Abschluss der in Rede stehenden Nachtragsvereinbarung zur Kooperationsvereinbarung mit dem WZV Segeberg vom 20. Dezember 2018 um Stellungnahme gebeten. Die Oberbürgermeisterin hat ihrem Schreiben vom 8. Februar 2019 als Anlage 6 eine gutachterliche Bewertung der Kanzlei Menold Bezler aus Stuttgart zu vergaberechtlichen Fragen vom 5. Februar 2019 beigelegt. Die Gutachter kommen zu dem Ergebnis, dass es sich bei der Nachtragsvereinbarung vom 20. Dezember 2018 um eine interkommunale Vereinbarung i.S.d. § 108 Abs. 6 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) handele, die nicht dem Vergaberecht unterliege. Das für vergaberechtliche Fragen im Kommunalbereich zuständige Referat IV 32 schließt sich dem Ergebnis der Prüfung an.

Gegenstand der zur kommunalaufsichtlichen Prüfung vorgelegten Nachtragsvereinbarung sind – verkürzt gesagt – zu erbringende Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Behandlung und Entsorgung von Abfällen, die im Gebiet der Stadt Norderstedt anfallen sowie bestimmte Gegenleistungen der Stadt Norderstedt bei der Durchführung (z.B. Personalgestellung, Nutzung der Einrichtung) sowie eine Ausgleichszahlung. Der Gegenstandswert des befristeten Vertrages beläuft sich auf rund 2,6 Mio. €.

a) Maßgeblicher rechtlicher Rahmen für die vergaberechtliche Bewertung

Gemäß § 97 Abs. 1 GWB werden öffentliche Aufträge im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren vergeben. Zur Anwendung des EU-Vergaberechts sind gemäß §§ 98, 99 Abs. 1 Nr. 1 GWB als öffentliche Auftraggeber Gebietskörperschaften – also auch die Stadt Norderstedt – verpflichtet, soweit sie gemäß § 103 Abs. 1, 4 GWB öffentliche Dienstleistungsaufträge vergeben, die den Schwellenwert erreichen, ab dem diese Aufträge europaweit auszuschreiben sind. Öffentliche Aufträge in diesem Sinne sind entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen, die die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Der Unternehmensbegriff ist in einem funktionalen Verständnis weit auszulegen (Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht Kommentar, § 103, Rn. 38). Ausreichend ist ein Angebot

von Gütern oder Leistungen an einem Markt, wobei es unerheblich ist, ob das Unternehmen in Gewinnerzielungsabsicht handelt, unternehmerisch strukturiert ist oder (nicht-) ständig auf dem Markt tätig ist. Der WZV fällt insoweit unter den weiten Unternehmensbegriff. Die Schwellenwerte, ab denen öffentliche Aufträge EU-weit auszuschreiben sind, werden von der EU-Kommission alle zwei Jahre festgelegt. Für Dienstleistungsaufträge, die nach dem 01.01.2018 vergeben werden gilt ein Schwellenwert von 221.000 €. Der Gegenstandswert des Vertrages zwischen der Stadt Norderstedt und dem WZV liegt oberhalb des Schwellenwertes.

Das GWB-Vergaberecht ist jedoch gemäß § 108 Abs. 1 GWB nicht anzuwenden auf Verträge, die zwischen zwei oder mehreren öffentlichen Auftraggebern im Sinne des § 99 Abs. 1 bis 3 GWB (wozu die Stadt Norderstedt, der Kreis Segeberg und der WZV zählen) geschlossen werden, wenn

- der Vertrag eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern begründet oder erfüllt, um sicherzustellen, dass die von ihnen zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden (§ 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB),
- die Durchführung der Zusammenarbeit nach Nummer 1 ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt wird (§ 108 Abs. 6 Nr. 2 GWB) und
- die öffentlichen Auftraggeber auf dem Markt weniger als 20 Prozent der Tätigkeiten erbringen, die durch die Zusammenarbeit nach Nummer 1 erfasst sind (§ 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB).

Der zitierte § 108 GWB hat bei der letzten Vergaberechtsnovelle im Jahre 2017 in Umsetzung der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EU Eingang in das GWB gefunden.

b) Bewertung der Nachtragsvereinbarung vom 20. Dezember 2018

Die Gutachter der Stadt Norderstedt kommen zutreffend zu der Auffassung, dass die Ergänzungsvereinbarung vom 20. Dezember 2018 den Kriterien des § 108 Abs. 6 GWB entspricht.

aa) Erreichung gemeinsamer Ziele (§ 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB)

Die Gutachter führen zutreffend aus, dass die Vereinbarung zwischen der Stadt und dem WZV, wie übrigens auch die vorangegangene befristete Vereinbarung, der Übertragung von (Entsorgungs-)Pflichten dient (§ 108 Abs. 6 Nr. 1) und deshalb nicht dem Begriff des öffentlichen Auftrags im vergaberechtlichen Sinne unterfällt. Die Vertragspartner sind aufgrund der Aufgabenübertragung durch den Kreis Segeberg für die dort geregelten Aufgaben der Abfallentsorgung zuständig. Die beteiligten Vertragspartner übernehmen jeder für sich eigene Beiträge zur Erfüllung der Aufgabe. Während der WZV die Anlage betreibt ist die Stadt an der Planung der Anlage beteiligt wie auch bei dem Betrieb durch die Gestellung von Personal. Die Vereinbarung dient der Sicherstellung der Ausführung der gemeinsamen öffentlichen Aufgabe einer geordneten Abfallentsorgung im Rahmen des geltenden Abfallrechts auf der Grundlage von § 3 LAbfWG i.V.m. den zwischen dem Kreis Segeberg, der Stadt Norderstedt und dem WZV geschlossenen Verträge. Es handelt sich insoweit um ein kooperatives Konzept, wie es durch den 33. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24/EU gefordert wird. Die Nachtragsvereinbarung schreibt die bis Ende 2018 befristete Vereinbarung aus dem Jahre 2006 insoweit fort. Dass darüber hinaus eine Kostenbeteiligung durch die Stadt Norderstedt erfolgt, ist vor dem Hintergrund der Rechtsprechung (EuGH i.S. „Stadtreinigung Hamburg“) unschädlich, da sich der Anteil der Beteiligung der Stadt Norderstedt nicht im Wesentlichen in der finanziellen Lastentragung erschöpft, was ggf. auf einen (ausschreibungspflichtigen) Vorgang hindeuten würde (vgl. Insoweit Engelhardt/Kaelble in Müller-Wrede, § 108 GWB, Rn. 84).

bb) Ausschließlich Durchführung im öffentlichen Interesse (§ 108 Abs. 6 Nr. 2)

Die Vereinbarung vom 20.12.2018 zwischen der Stadt Norderstedt und dem WZV zur Zusammenarbeit in dem vereinbarten Rahmen ist auch im Sinne von § 108 Abs. 6 Nr. 2 GWB ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt. Das Merkmal dient im Wesentlichen dazu, solche Vereinbarungen auszuschließen, bei denen ausschließlich oder ganz überwiegend finanzielle Erwägungen eine Rolle spielen, so dass diese lediglich eine „Mandatierung“ im Sinne eines entgeltlichen (Dienstleistungs-)auftrages bedeutete (Engelhardt/Kaelble a.a.O., Rn. 87). Die Gutachter weisen insoweit zutreffend darauf hin, dass die Vereinbarung keine Zahlungen der Stadt Norderstedt an den WZV vorsehen, die über den Ausgleich der durch die Aufgabenübernahme und die Mitbenutzung von Anlagen entstehenden Kosten hinausgehen. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass sowohl die Höhe als auch die Erhöhung der Ausgleichszahlung (politisch) umstritten sein mögen. Es ist jedenfalls alles andere als offenkundig, dass der Vereinbarung ausschließlich finanzielle Interessen eines Leistungserbringers gegenüberstünden, die gegen ein ausschließlich kooperatives Konzept sprächen. Die Gutachter stellen fest, dass die Nachtragsvereinbarung vom 20. Dezember 2018 aufgrund einer veränderten Aufteilung zwischen Fix- und variablen Kosten (bislang 30% WZV, 70% Stadt) zu erhöhten Kosten auf Seiten der Stadt Norderstedt führten, da die Verteilung auf Betreiben des WZV bei der Kostentragung der Fixkosten stärker auf die Herkunft bzw. die Nutzer der Anlage abgestellt werden soll. Dies führt jedoch, wie die Gutachter zutreffend feststellen, nicht dazu, dass damit der Charakter einer vergaberechtskonformen Kostenerstattungsregelung i.S.d. § 108 Abs. 6 Nr. 2 GWB negativ berührt würde. Abgesehen von einer (abfall-)politisch diskutablen Frage führt jedenfalls eine nachvollziehbar, an der Nutzerzahl orientierten Aufteilung von Fix- und variablen Kosten nicht dazu, solange sie nicht ganz offensichtlich ausschließlich wirtschaftlichen Interessen eines oder mehrerer Vertragspartner diene, die das Rechtsgeschäft dann ganz offenkundig zu einem einfachen entgeltlichen Dienstleistungsauftrag machten. Davon kann hier erkennbar aber schon aufgrund der ansonsten unverändert fortbestehenden vertraglichen Kooperationsregeln der Ausgangsvereinbarung 2006 keine Rede sein.

cc) Wesentlichkeitsschwelle (§ 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB)

Die Vertragspartner als öffentliche Auftraggeber dürfen darüber hinaus auf dem Markt nur weniger als 20% der Tätigkeiten erbringen, die durch die Zusammenarbeit i.S.d. § 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB erfasst sind. Der Gesetzgeber hat sich hier an der sog. „Wesentlichkeitsschwelle“ für Drittgeschäfte orientiert, die für die Definition sog. „In-House-Geschäfte“ gilt. Sie dient letztendlich der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen. Die Berechnung von am Markt und von nicht am Markt erbrachten Tätigkeiten richtet sich nach den gleichen dort geltenden Grundsätzen. Mit „Markt“ im Sinne der Vorschrift ist jede Tätigkeit am liberalisierten wettbewerblichen Markt gemeint, wobei auf diejenigen Tätigkeiten abzustellen sind, die von der Kooperation nach § 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB erfasst sind (Portz in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Kommentar, 4. Aufl. 2016, § 108 Rn. 267 f). Die Wesentlichkeitsgrenze darf dabei von keinem der beteiligten öffentlichen Auftraggeber für sich überschritten sein. Es erfolgt insofern keine Zusammenrechnung (Engelhardt/Kaelble a.a.O, Rn. 91 ff.). Die Berechnung erfolgt gemäß § 108 Abs. 7 GWB anhand des durchschnittlichen Gesamtumsatzes der letzten Jahre vor der Vergabe oder eines anderen tätigkeitsgestützten Wertes. Konkret darf als im Hinblick auf den von der Kooperation abgedeckten relevanten Markt kein sog. „Drittmarkt“ bei der Entsorgung von Sperrmüll, Sonderabfall, Strauchgut und Gartenabfälle abgedeckt werden, der 20% oder mehr von dem relevanten Gesamtmarkt umfasst, der durch die Vereinbarung abgedeckt wird. Die Gutachter haben mitgeteilt, dass ihnen diesbezüglich keine Informationen vorlägen, die diesem Tatbestandsmerkmal entgegenstünden. Das Ministerium für Inneres, ländliche Räume und Integration verfügt hierzu auch über keine eigenen Erkenntnisse, hält aber eine detailliertere Untersuchung für entbehrlich, weil die Annahme eines Verstoßes gegen dieses Kriterium wenig wahrscheinlich erscheint.

4. Ergebnis

Als Ergebnis der Prüfung kann damit festgestellt werden, dass die von der Oberbürgermeisterin am 20. Dezember 2018 unmittelbar vor der Unterzeichnung der 1. Nachtragsvereinbarung mit dem WZV getroffene Eilentscheidung die rechtlichen Anforderungen des § 65 Abs. 4 GO erfüllt hat und auch ein Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen nicht ersichtlich ist.

Nach den Ausführungen in der Kommunalaufsichtsbeschwerde sowie in den eingeholten Stellungnahmen der Oberbürgermeisterin – insbesondere der vom 1. März 2019 – ist allerdings davon auszugehen, dass die sich nach der Nachtragsvereinbarung für das Jahr 2019 im Vergleich zu der Ursprungsvereinbarung ergebenden Mehrkosten haushaltsrechtlich noch nicht abgebildet sind. Dies ist deshalb verwunderlich, weil nach Einschätzung des für das kommunale Haushaltsrecht zuständigen Referats IV 30 angesichts der außergewöhnlichen Umstände die materiellen Voraussetzungen für eine ergänzende haushaltsrechtliche Regelung, insbesondere für überplanmäßige Aufwendungen und Auszahlungen nach § 95 d GO, vorgelegen haben dürften und nach den gegebenen Voraussetzungen des § 65 Abs. 4 GO eine solche haushaltsrechtliche Maßnahme in die Eilentscheidung hätte einbezogen werden können. Die Oberbürgermeisterin hat allerdings auf entsprechende Nachfrage hin in ihrer Stellungnahme vom 1. März 2019 ausdrücklich erklärt, dass sie dies nicht getan hat. Ihre Ausführungen zu der hiesigen Nachfrage erwecken den Eindruck, dass sie und die bei der Vorbereitung der Eilentscheidung tätigen Mitarbeiter den haushaltsrechtlichen Maßstäben nicht die erforderliche Aufmerksamkeit geschenkt haben. Das danach bestehende haushaltsrechtliche Defizit sollte zeitnah geheilt werden. Die sachliche Notwendigkeit der am 20. Dezember 2018 erfolgten Unterzeichnung der Nachtragsvereinbarung mit dem WZV zur Verhinderung der sonst drohenden Schließung des Recyclinghofes wird hierdurch jedoch nicht berührt.