

WIRTSCHAFTSRAT RECHT, Bleichenbrücke 11, 20354 Hamburg

Stadt Norderstedt
Hauptamt
Herrn Hauke Borchardt
Rathausallee 50
22846 Norderstedt

Vorab per E-Mail an: Christoph.Heinemann@norderstedt.de

Ihr Zeichen	Unser Zeichen	Rechtsanwalt	Sekretariat	Datum
		Dr. Henrik Bremer	Frau Schmidt	07.09.2020

Vorschriften zur Vermeidung von Interessenskonflikten durch Mitglieder von Aufsichtsräten kommunaler Unternehmen

Sehr geehrter Herr Borchardt, sehr geehrter Herr Heinemann,

hiermit kommen wir Ihrer Bitte nach, näher zu erläutern, unter welchen Umständen sich kommunale Aufsichtsratsmitglieder nach derzeitiger Rechtslage in einen unzulässigen Interessenskonflikt begeben.

Einleitend fassen wir dazu im Folgenden zusammen, welche Vorgaben in Bezug auf die Vermeidung von Interessenskonflikten in Aufsichtsräten der Schleswig-Holsteinischen Kommunalwirtschaft im Wesentlichen gelten. Anschließend würdigen die Ziff. II und III je eines der folgenden Betätigungsfelder von Aufsichtsratsmitgliedern anhand der skizzierten Anforderungen rechtlich:

1. eine konkrete Vergabesituation, in der das Unternehmen des Aufsichtsratsmitglieds an einer Ausschreibung der Kommune teilnimmt, deren Verwaltung der Mandatsträger angehört.
2. die sonstige Tätigkeit im Aufsichtsrat eines kommunalen Unternehmens durch die Verwaltungsspitze oder sonstige Mitarbeiter der Kommunalverwaltung jenseits von Konsultationen zur Teilnahme an Ausschreibungen der Kommune.

Geschäftsführer

Dr. Henrik Bremer
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Steuerrecht,
Wirtschaftsprüfer, Steuerberater

Gerrit Woitag, LL.M. (Wellington)
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Vergaberecht

Gerhard Schwark
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Steuerrecht

Angestellte Rechtsanwälte

Inga Wellendorf
Rechtsanwältin,
Fachanwältin für Steuerrecht

Nele Schön
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Steuerrecht

Matthias Hahn
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Versicherungsrecht

Christine Beator
Rechtsanwältin, Steuerberaterin

Susanne Rennekamp
Rechtsanwältin, Mediatorin

Kirsten Thiele
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Handels- und Gesellschaftsrecht

Isabel Auf der Horst
Rechtsanwältin, Wirtschaftsmediatorin
Fachanwältin für Handels- und Gesellschaftsrecht

Marcus Dettmann
Rechtsanwalt

Matthias Lindgen
Rechtsanwalt

Janina Bary
Rechtsanwältin

Dr. Christian Baumann
Rechtsanwalt

Matthias Müller
Rechtsanwalt, Steuerberater

Charikleia Tsakiridou
Rechtsanwältin

Achim Richter
Rechtsanwalt

Christoph Bauer, LL.M.
(Stellenbosch & Cape Town)
Rechtsanwalt

Of Counsel

Prof. Dr. Christian J. Tams,
LL.M. (Cambridge)

Kontakt

Bleichenbrücke 11
20354 Hamburg
Telefon: 040 37669-210
Telefax: 040 37669-222
E-Mail: info@wr-recht.de
Website: www.wr-recht.de

I. GESETZLICHE ANFORDERUNGEN AN DIE VERMEIDUNG VON INTERESSENSKONFLIKTEN IN DER KOMMUNALWIRTSCHAFT

Aufsichtsratsmandate in kommunalwirtschaftlichen Unternehmen werden in aller Regel nebenberuflich ausgeübt. Dies bringt es bereits strukturell mit sich, dass Vertreter der Gemeinde im Aufsichtsrat i.S.d. § 104 Abs. 1 GO-SH in Personalunion typischerweise zugleich für andere Rechtspersonen tätig sind und dort auf die Teilnahme am Rechtsverkehr einwirken können – insbesondere in der Stadtverwaltung der sie entsendenden Gemeinde.

Letzteres entspricht schon deswegen der Lebenswirklichkeit, weil die Aufsichtsräte kommunaler Unternehmen meistens mit Mitgliedern des Gemeinde- bzw. Stadtrats besetzt werden, die ihrerseits wiederum regelmäßig zugleich der Kommunalverwaltung angehören – z.B. als Dezernenten. Daneben zählen auch häufig Bürgermeister bzw. Oberbürgermeister in ihrer Kommune zu den Aufsichtsratsmitgliedern – so auch Frau Oberbürgermeisterin Roeder in Norderstedt.

Diesbezüglich geht die Kommentarliteratur grundlegend davon aus, dass zumindest teilweise personelle Überschneidungen mit der Verwaltung aus kommunalverfassungsrechtlichen Erwägungen sogar geboten sind. Denn die Aufsichtsratsmitglieder sollen letztlich die Vermögensinteressen der an der jeweiligen Gesellschaft beteiligten Kommune wahrnehmen; hierzu sind ihre eigenen Bediensteten in der Regel besonders geeignet (vgl. *Springer*, in: PdK-SH B-1, § 104, Ziff. 2.3).

Ihre Mitgliedschaft in Aufsichtsräten kommunaler Unternehmen ist daher nicht etwa strukturell unzulässig, sondern in vielen Bundesländern als Regelfall oder gar zwingend normiert (siehe etwa § 104 Abs. 1 GO-BW; § 138 Abs. 2 S. 1 NKomVG; Art. 93 Abs. 1 GO-Bay; § 71 Abs. 1 KV M-V; § 113 Abs. 3 GO NRW). In Schleswig-Holstein verlangt § 104 Abs. 1 GO-SH in seiner aktuellen Fassung zwar nicht positiv eine Entsendung des Bürgermeisters oder anderer Mitarbeiter der Kommunalverwaltung in Aufsichtsräte städtischer Unternehmen. Die GO-SH untersagt diese aber umgekehrt auch nicht.

Kommunalrechtlich bestehen mithin keine grundlegenden Bedenken gegen die Besetzung von Aufsichtsräten mit den Spitzen der Verwaltung oder sonstigen Angehörigen der Kommunalverwaltung wie Dezernenten (vgl. VG Köln, Urt. v. 02.02.2011, 4 K 915/10 m.w.N.; VG Schleswig, Urt. v. 21.12.2016, 6 A 159/16; OVG Schleswig, Urt. v. 6.12.2017, 3 LB 11/17). Im Gegenteil treffen die meisten Gemeindeordnungen deutschlandweit betrachtet sogar zumindest eine Empfehlung, Bürgermeister oder sonstige Gemeindebedienstete in die Auf-

sichtsräte zu entsenden (vgl. VG Münster, Urt. v. 6. 5. 2011, 1 K 508/10). Letztlich harmonisiert dies auch grundsätzlich mit der Funktion eines Aufsichtsrates als Kontrollinstanz im Interesse der Gesellschafter, die geeigneter Weise auch mit deren Vertretern besetzt werden kann (vgl. *Habersack* in: MüKo-AktG, 5. Aufl. 2019, § 111, Rn. 12 m.w.N.).

Unzulässige Interessenskonflikte drohen unterdessen nur dort, wo die Kommune in Rechtsbeziehungen zu ihren Tochtergesellschaften von Gesetzes wegen verpflichtet ist, übergeordnete Interessen zu vertreten, die nicht zwingend denen ihrer Rolle als Gesellschafterin entsprechen oder diesen gar zuwiderlaufen können. Dies ist insbesondere immer dann der Fall, wenn die Rechtsordnung eine Kommune im Umgang mit Unternehmen zur Diskriminierungsfreiheit verpflichtet (↗Ziff. I.1.1). Schließlich kollidiert dieses Prinzip mit dem natürlichen Interesse einer Kommune am Wohl einer eigenen Tochtergesellschaft. Vorgebeugt werden muss darüber hinaus Interessenskonflikten der zuständigen Entscheidungsträger in Verwaltungsverfahren der Kommune, an denen eine ihrer Tochtergesellschaften beteiligt ist (↗Ziff. I.1.2).

1.1. Unzulässige Interessenskonflikte bei Verstößen gegen die Diskriminierungsfreiheit

Praktisch relevant sind zwei Rechtsgrundlagen des Gebots der Diskriminierungsfreiheit, aus denen sich Einschränkungen für die Ausübung eines Aufsichtsratsmandats durch Angehörige der Kommunalverwaltung ergeben können:

a. Vergaberechtliches Neutralitätsgebot

Zunächst gebieten die Vergabegrundsätze des § 97 GWB, dass bei Beschaffungsvorgängen öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 103 Abs. 1 GWB Aufträge transparent im Rahmen eines fairen Wettbewerbs vergeben werden. Konkreter Ausfluss dieser Prinzipien ist im Hinblick auf die Vermeidung von Interessenskonflikten das so bezeichnete Neutralitätsgebot, welches im oberschwelligen Bereich in § 6 Abs. 2, 3 Nr. 3 lit. a VgV, § 6 Abs. 2, 3 Nr. 3 lit. a SektVO und § 5 Abs. 2, 3 Nr. 3 lit. a KonzVgV normiert wurde und im unerschwelligen Bereich in § 4 Abs. 2, 3 Nr. 3 lit. a der in Schleswig-Holstein inzwischen geltenden UVgO. Teilweise werden diese Regelungen spezialgesetzlich für bestimmte Beschaffungsvorgänge zusätzlich noch bekräftigt – z.B. für die Ausschreibung von Stromkonzessionen durch § 46 Abs. 1 EnWG (vgl. BGH-Beschluss vom 18.10.2016, KZB 46/15; OLG Brandenburg vom 19.7.2016, Kart U 1/15).

Den Vorschriften der vergaberechtlichen Verordnungen zufolge wird ein Interessenskonflikt (widerlegbar) vermutet, wenn ein Organmitglied wie der Bürgermeister oder ein Mitarbeiter der Kommune in einem von dieser als Auftraggeberin betriebenen Vergabeverfahren als Mitglied des Aufsichtsrates eines Bieters „tätig“ ist. Diese Vermutung gilt im Übrigen oberschwellig wie unerschwellig auch für den Bürgermeister

und Bedienstete der Kommune, deren Angehörige als Mitglieder des Aufsichtsrates tätig sind (§ 6 Abs. 4 VgV, § 4 Abs. 4 UVgO). Angehörige sind hierbei verordnungsübergreifend einheitlich legal definiert als „*Verlobte, der Ehegatte, Lebenspartner, Verwandte und Verschwägere gerader Linie, Geschwister, Kinder der Geschwister, Ehegatten und Lebenspartner der Geschwister und Geschwister der Ehegatten und Lebenspartner, Geschwister der Eltern sowie Pflegeeltern und Pflegekinder*“ eines am Vergabeverfahren auf Seiten des Auftraggebers mitwirkenden Bürgermeisters oder Mitarbeiters der Kommunalverwaltung (§ 6 Abs. 4 S. 2 VgV, § 4 Abs. 4 S. 2 UVgO).

Die herrschende Meinung geht davon aus, dass die Anwendbarkeit des vergaberechtlichen Neutralitätsgebots nicht schon dadurch entfällt, dass das jeweilige Aufsichtsratsmitglied vorübergehend im Hinblick auf das Vergabeverfahren keine Tätigkeiten im Rahmen seines Mandates entfaltet. Ein Interessenskonflikt wird daher in Vergabeverfahren der Kommune bei Teilnahme des kommunalen Unternehmens bereits per se aufgrund der Aufsichtsratsmitgliedschaft vermutet (siehe *Schneider*, in: Kapellmann/Messerschmidt (Hrsg.), 7. Aufl. 2020, Rn. 51 m.w.N.; *Strack/Krumenaker*, in: BeckOK-VergabeR, 17. Edition 2020, § 6 VgV, Rn. 28ff. m.w.N.).

Zugleich besteht aber die (nicht bloß hypothetische) Möglichkeit, die durch § 6 Abs. 3 Nr. 3 VgV und die synonymen Normen der anderen vergaberechtlichen Verordnungen formulierten Vermutungen zu widerlegen (siehe a.a.O., Rn. 35f. m.w.N.). Offen steht dies insbesondere einem Bürgermeister oder sonstigen Mitarbeiter der Kommunalverwaltung, indem er glaubhaft macht, dass ein Interessenskonflikt nach objektiven Kriterien ausgeschlossen werden kann. Dies gelingt am rechtssichersten, indem Betroffene weder auf Seiten des Auftraggebers persönlich für die Betreuung des Vergabeverfahrens zuständig sind noch im Aufsichtsrat des Bieters an Konsultationen zu einer laufenden Ausschreibung der Kommune teilnehmen und dies jeweils dokumentiert wird (siehe a.a.O., Rn. 37).

b. Beihilferechtliches Neutralitätsgebot

Auch jenseits von Beschaffungsvorgängen können sich aus dem beihilferechtlichen Diskriminierungsverbot unzulässige Interessenskonflikte ergeben. Die Einzelheiten sind dabei jeweils den spezifischen Gruppenfreistellungsverordnungen und Förderrichtlinien zu entnehmen. Dem Grundsatz nach ähneln die jeweiligen Anforderungen aber denjenigen des Vergaberechts, zumal vielfach für die Zuweisung von Beihilfen bereits förderrechtlich ein EU-weites Ausschreibungsverfahren angeordnet wird (vgl. z.B. § 5 NGA-Rahmenregelung).

Grund hierfür ist, dass Beihilfen die Zulässigkeitsvoraussetzungen des Art. 107 AEUV regelmäßig erst aufgrund ihrer diskriminierungsfreien Zuteilung erlangen und die EU-Kommission gemäß Art. 108 AEUV die nationalen Maßnahmen fortlaufend hierauf überprüft (vgl. *Cremer*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), 5. Aufl. 2016, Rn. 5ff. m.w.N.). Über die meisten Erscheinungsformen dem Grunde nach zulässiger Beihilfen hinweg wird so konsistent sichergestellt, dass zur Auswahl der von einer Beihilfe Begünstigten ein Verfahren zur Anwendung kommt, das transparent und diskriminierungsfrei gestaltet ist (siehe von *Wallenberg/Schütte*: *Das Recht der EU*, 70. EL 2020, Rn. 63ff. m.w.N.).

Die vergaberechtlichen Anforderungen an die Vermeidung von Interessenskonflikten bei Beschaffungsvorgängen finden somit im Beihilferecht eine weitgehende Entsprechung, die auch jenseits von Beschaffungsvorgängen bei der Gewährung von Vorteilen durch eine Kommune gilt.

1.2. Unzulässige Interessenskonflikte in Verwaltungsverfahren

Darüber hinaus kann sich ein unzulässiger Interessenskonflikt für ein der Verwaltung angehörendes Aufsichtsratsmitglied immer dort ergeben, wo ein Verwaltungsverfahren gegen das jeweilige städtische Tochterunternehmen durchgeführt wird. Gemäß § 81 Abs. 1 Nr. 5 LVwG-SH darf in einem Verwaltungsverfahren i.S.d. § 74 LVwG-SH u.a. nicht tätig werden, wer bei einem Beteiligten i.S. des § 78 LVwG gegen Entgelt beschäftigt oder Mitglied des Aufsichtsrates ist. Die Regelung gilt für leitende Beamte, Behördenleiter, Staatssekretäre und Minister, aber auch für sonstige Verwaltungsbeamte und Angestellte.

§ 22 Abs. 1, 2 Nr. 3 GO-SH schreibt eine entsprechende Regelung explizit noch einmal für Ehrenbeamte der Kommune vor und zwar nicht bloß für Verwaltungsverfahren, sondern generell für „Angelegenheiten (...), wenn die Tätigkeit oder die Entscheidung in der Angelegenheit (...) einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil bringen kann“ (zum Verhältnis von § 22 GO-SH zu § 81 LVwG-SH vgl. BGH, Urt. v. 28.1.2020, EnZR 99/18). Effektiv konzentriert sich der Anwendungsbereich der Norm im Verhältnis zu Tochtergesellschaften damit aber ebenfalls auf Verwaltungsverfahren der Kommune (vgl. *Borchert/El Bureiasi*, in: *PdK SH B-1*, 2017, § 22 GO, Rn. 4). Er wird aber sogleich dadurch eingeschränkt, dass § 22 Abs. 2 Nr. 3 Hs. 2 GO-SH von der Gemeinde in Aufsichtsräte entsandte Vertreter von der Regelung ausnimmt.

Der Zweck der vorgenannten Regelung besteht darin, dass die Tätigkeit der Gemeindevertreter dort nicht beschränkt werden muss, wo die legitimen Interessen der Kommune sich mit denen ihrer Tochtergesellschaft decken. Etwas anderes kann jedoch immer dann gelten, wenn die Haltung der Gemeinde in einer Angelegenheit nicht selbstgewählt ist, sondern von Gesetzes wegen vorgegeben wird – z.B. weil die Kommune Bundes- oder Landesgesetze aus-

führt, die erkennbar Regelungsziele verfolgen, die mit dem öffentlichen Wohl der Kommunen und ihrer Tochterunternehmen kollidieren können. Daher ist umstritten, inwiefern der Ausschließungsstatbestand des § 22 Abs. 2 Nr. 3 Hs. 2 GO-SH durchgehend greift (vgl. *Borchert/El Bureiasi*, in: PdK SH B-1, 2017, § 22 GO, Rn. 34 m.w.N.). Zumal § 81 Abs. 1 Nr. 5 LVwG-SH seinerseits womöglich keine derart umfassende Rückausnahme wie § 22 Abs. 2 Nr. 3 Hs. 2 GO-SH normiert, empfiehlt es sich daher aus Vorsichtsgründen, jedenfalls in Verwaltungsverfahren der Kommune gegenüber ihren Tochterunternehmen gewisse Vorkehrungen zur Vermeidung von Interessenskonflikten zu treffen.

Konkret sollte die zuständige Behörde in relevanten Fällen durch andere Personen als die Aufsichtsratsmitglieder handeln – idealerweise auch bei Vorbereitungshandlungen (so OVG, Urt. v. 27.08.1981, 1 OVG C 5/80). Am rechtssichersten dürfte es sein, wenn der Bürgermeister oder Behördenleiter nach der Zuständigkeitsverteilung auf Seiten der Kommunalverwaltung in den die Tochtergesellschaften betreffenden Verwaltungsverfahren nicht selbst auftritt. Stattdessen sollte jeweils ein ihm nachgeordneter den Hoheitsträger vertreten (so *Veen*: Die Vereinbarkeit des Regierungsamts und Aufsichtsratsmandats in Wirtschaftsunternehmen, 1996, S. 221ff.).

Besteht wegen kollidierender Regelungsziele in der mit dem Verwaltungsverfahren verfolgten Angelegenheit potenziell ein Interessenskonflikt, empfiehlt es sich für die ausgeschlossene Person zudem, sich jeglicher Weisungen gegenüber dem Zuständigen (auch im Vorfeld einer zu treffenden Entscheidung) zu enthalten, die den Ablauf des Verfahrens und insbesondere die Entscheidung beeinflussen können (siehe *Säcker*, in: FS Rebmann, 1989, S. 781ff., 802). Zu unterlassen hat es die betroffene ausgeschlossene Person zudem, sich über den Vorgang vor dessen Abschluss von den an ihrer Stelle tätigwerdenden Dienstkräften unterrichten zu lassen oder Einsicht in die Akten zu nehmen (so *Meier*, in: NZG 2003, 54, 55). Das Gebot, auf betroffene Verwaltungsverfahren keinen Einfluss zu nehmen, führt freilich nicht zu einem generellen Mandatsverbot, sondern erfordert lediglich punktuell Vorkehrungen hinsichtlich der Zuständigkeitsordnung auf Seiten der Kommune (siehe *Fehling*, in: *Fehling/Kastner/Störmer* (Hrsg.), 4. Aufl. 2016, § 20 VwVfG, Rn. 36 m.w.N.).

Gemäß § 81 Abs. 1 Nr. 5 HS. 2 LVwG-SH erfolgt ein Ausschluss grundsätzlich dann nicht (Rückausnahme), wenn die Anstellungskörperschaft des Verwaltungsbeamten oder Angestellten selbst Beteiligte an dem konkreten Verwaltungsverfahren ist oder wenn eine Person dem Aufsichtsrat in amtlicher Eigenschaft angehört (siehe a.a.O., Rn. 35 m.w.N.). Diese Rückausnahmen grenzen die Zahl der Verwaltungsverfahren weiter ein, in denen von Gesetzes wegen Vorkehrungen zur Vermeidung von Interessenskonflikten geboten sind.

Die erste Alternative findet sich in allen Landesverwaltungsgesetzen, erfasst aber nicht den Fall, dass ein Amtsträger aufgrund seiner Eigenschaft als solcher zur Wahrnehmung öffentlicher Interessen - etwa bei einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung des jeweiligen Hoheitsträgers - Mitglied des Aufsichtsrates eines am Verwaltungsverfahren beteiligten Unternehmens ist. Zur Vermeidung von Interessenskonflikten bleibt also derjenige nach § 20 Abs. 1 Nr. 5 LVwVfG sowie § 81 Abs. 1 Nr. 5 HS. 2 Alt. 2 LVwG-SH verpflichtet, wenn nicht die Anstellungskörperschaft selbst Verfahrensbeteiligte ist, sondern eine kommunale Tochtergesellschaft in privater Rechtsform, und der Verwaltungsbedienstete deren Aufsichtsrat angehört. Seit jeher wird aber diskutiert, ob die Rückausnahme des § 81 Abs. 1 Nr. 5 HS. 2 Alt. 2 LVwG-SH analog auf Fälle angewendet werden kann, in denen ein Verwaltungsverfahren gegenüber einer kommunalen Tochtergesellschaft angestrengt wird (siehe a.a.O.):

Teilweise wurde eine solche Analogie des HS. 2 Alt. 2 bzw. eine einschränkende Auslegung des Halbsatzes 1 angenommen (vgl. *Kopp*, in: WuV 1983, 226, 238ff.): In solchen Fällen der Tätigkeit in amtlicher Eigenschaft sei gewährleistet, dass der jeweilige Amtsträger auch im Aufsichtsrat nur öffentliche Interessen wahrnehme. Damit komme es gar nicht zu einem Interessenkonflikt, da die auf beiden Seiten vertretenen Interessen identisch seien. Insoweit werde die ratio des § 81 Abs. 1 Nr. 5 LVwG-SH bzw. § 20 VwVfG, Interessenkonflikte zu vermeiden, gar nicht betroffen (a.a.O.). Diese Ansicht wird aber überwiegend zu Recht abgelehnt (so Heßhaus, in: BeckOK-VwVfG, 48. Edition 2020, Rn. 34 m.w.N.): Für eine Analogie des Halbs. 2 bestehe insoweit aber auch kein Raum mehr, da eine etwaige Regelungslücke jedenfalls nicht planwidrig ist. Zudem bestehe der Sinn und Zweck des § 81 I Nr. 5 LVwG-SH bzw. § 20 VwVfG darin, bereits den „bösen Schein“ der Beeinflussung der Verwaltungsentscheidung durch sachfremde Einflüsse, vor allem Einflüsse von Seiten des zu kontrollierenden Rechtssubjekts selbst, zu vermeiden (so auch BGH, Urteil vom 10.1.2002, III ZR 212/01).

Mithin ist § 81 Abs. 1 Nr. 5 HS. 2 Alt. 2 LVwG-SH weder analog anwendbar noch § 81 Abs. 1 Nr. 5 HS. 1 LVwG-SH einschränkend dahingehend auszulegen, dass eine Tätigkeitsbeschränkung entbehrlich ist, wenn die Aufsichtsratsmitgliedschaft des Amtswalters lediglich in amtlicher Eigenschaft besteht (siehe *Meier*, in: NZG 2003, 54, 55).

Allerdings erfasst die landesspezifische Regelung des § 81 Abs. 1 Nr. 5 HS. 2 Alt. 1 LVwG-SH genau solche Fälle. Damit sind in Schleswig-Holstein, anders als im restlichen Bundesgebiet, Amtskonflikte in Verwaltungsverfahren grundlegend vom Anwendungsbereich des Ausschlusstatbestands des § 81 Abs. 1 Nr. 5 LVwG-SH ausgenommen (siehe *Fehling*, in: *Fehling/Kastner/Störmer* (Hrsg.), 4. Aufl. 2016, § 20 VwVfG, Rn. 58).

Zu beachten ist gleichwohl, dass § 81a LVwG-SH eine Einwirkung auf das Verwaltungsverfahren durch den Bürgermeister oder einzelne Bedienstete der Kommune auch dann ausschließt, wenn Besorgnis zur Befangenheit besteht (siehe *Albert/Zimmermann*, in: PdK SH A-15, 2014, § 81a GO-SH, Ziff. 2). Während in Schleswig-Holstein eine Personalunion zwischen den für ein Verwaltungsverfahren Zuständigen und den Mitgliedern des Aufsichtsrates eines beteiligten kommunalen Unternehmens also nicht gemäß § 80 Abs. 1 Nr. 1 LVwG-SH per se unzulässig ist, kommt sie dennoch im Rahmen von § 81a Abs. 1 LVwG-SH als Indiz für eine unparteiische Amtsausübung in Betracht. Diese kann zumindest dort zu besorgen sein, wo das Verwaltungsverfahren Zwecken dient, die nicht bloß in seltenen Ausnahmefällen mit unternehmerischen Interessen einer kommunalen Tochtergesellschaft konfliktieren (z.B. bei der Erteilung einer Baugenehmigung bzw. der Festlegung entsprechender Auflagen durch einen Bediensteten der Kommune, der zugleich Aufsichtsratsmitglied des antragstellenden städtischen Unternehmens ist) (vgl. *Albert/Zimmermann*, in: PdK SH A-15, 2014, § 81a GO-SH, Ziff. 1).

Jedenfalls bei Vorhaben, die über bloße Routinevorgänge kommunaler Behörden hinausragen und bei denen zu erwarten steht, dass sie einer internen oder externen Kontrolle unterliegen, verdient § 81a Abs. 1 LVwG-SH deshalb besondere Beachtung. Hier ist der betreffende Amtsträger verpflichtet, seinem Behördenleiter oder – im Falle der Betroffenheit des Behördenleiters – der zuständigen Kommunalaufsichtsbehörde Mitteilung zu machen und sich bei entsprechender Anordnung der weiteren Mitwirkung zu enthalten. Als prophylaktische Vorkehrung kann alternativ auch die Zuständigkeitsverteilung innerhalb der kommunalen Behörden so geregelt werden, dass Aufsichtsratsmitglieder nicht an Verwaltungsverfahren mitwirken, die die jeweiligen kommunalen Unternehmen betreffen (siehe hierzu weitergehend bereits die Empfehlungen auf S. 5f.).

Deutlich sei unterdessen erneut zum Ausdruck gebracht, dass ein Verbot, Aufsichtsratsmandate zu übernehmen, aus alledem für Bürgermeister und Mitarbeiter der Kommunalverwaltung nicht folgt.

II. IMPLIKATIONEN FÜR AUFSICHTSRATSTÄTIGKEITEN IN VERGABEVERFAHREN

Besondere Sorgfalt von Bürgermeistern oder anderen Angehörigen der Kommunalverwaltung erfordert bei kommunalen Beschaffungsvorgängen – gerade bei Konzessionsvergaben – unterdessen das vergaberechtliche Neutralitätsgebot, wenn die Personen dem Aufsichtsrat eines Bieters angehören (siehe Ziff. I.1.1).

So erkannte in Schleswig-Holstein etwa das LG Kiel einen Verstoß gegen das Neutralitätsgebot in einem Fall, in dem die Kommune die Bürgermeisterin als „verfahrensleitende Stelle“

angegeben hatte und sie zugleich auf Bieterseite dem Aufsichtsrat angehörte und die Kommune in der Gesellschafterversammlung vertrat (Urt. v. 13.1.2017, 14 HKO 46/16 Kart). Konkret beanstandete das Gericht hier aus den genannten Gründen die unzureichende personelle und organisatorische Trennung zwischen Vergabestelle und Bieter. Diese Rechtsauffassung bekräftigte mit Entscheidung vom 16.4.2018 inzwischen auch das OLG Schleswig (16 U 110/17 Kart). Es führte aus, dass bereits „hinreichende, auf glaubhafte Anknüpfungstatsachen gestützte Zweifel“ genügten, „um einen Verstoß gegen das Neutralitätsgebot zu bejahen“. Zugleich verdeutlichte das OLG Schleswig aber auch, wann solche Zweifel nicht vorlägen: Zur Widerlegung der Vermutung eines Interessenskonfliktes erachtete es das Gericht als ausreichend, wenn Doppelmandatsträger erstens auftraggeberseitig das Vergabeverfahren nicht selbst betreuen und zweitens „während des Konzessionsverfahrens ihr Aufsichtsmandat dergestalt ruhen lassen, dass sie (gemeint sind Aufsichtsratsmitglieder mit Doppelfunktion, Anm. d. Verf.) an den Sitzungen (des Aufsichtsrates und der Stadtvertretung, Anm. d. Verf.) nicht teilgenommen haben“. Im Verfahren vor dem OLG Schleswig hatten die Betroffenen dies eidesstattlich versichert. Ebenso dürften in fraglichen Fällen die Protokolle der Gremien Aufschluss liefern.

Die Entscheidung lässt sich so werten, dass der skizzierte Umgang mit dem Neutralitätsgebot in Doppelfunktionskonstellationen eine viable Möglichkeit bildet, um die Vermutung eines Interessenskonfliktes zu widerlegen. Zugleich sind andere oder zusätzliche Maßnahmen zur personellen und organisatorischen Trennung denkbar.

Eben auf solche bezog sich die Anmerkung in der im vergangenen Jahr in Norderstedt gehaltenen Aufsichtsratsschulung unserer Kanzlei, wonach Gemeinden den Bürgermeister nicht zum Aufsichtsratsmitglied bestimmen sollten, um Interessenskonflikte zu vermeiden. Dies ist die klarste Trennung und gerade dort zu in Betracht zu ziehen, wo es der Bürgermeister nach Lage seiner Amtsführung pflegt, auftraggeberseitig zentrale Ausschreibungen wie solche zur Konzessionsvergabe maßgeblich mitzubetreuen. Der damalige Hinweis stand im Kontext einer derartigen Konstellation, die auch der gleichzeitig zitierten Entscheidung des LG Kiel vom 13.01.2017 zugrunde lag.

Alternativ kann die Kommune beispielsweise externe Berater mit der Durchführung eines Vergabeverfahrens betrauen und diese bevollmächtigen, die Vergabeentscheidung zu treffen. Sicherzustellen ist hierbei unterdessen, dass zu keiner Zeit des Verfahrens die Gefahr bestehen darf, dass das Neutralitätsgebot verletzt werden könnte (vgl. *Kermel/Vennewald*, in: EWeRK 2016, 335; *Sauer*, in: EWeRK 2018, 227). Dies wird es regelmäßig erfordern, dass Doppelmandatsträger keine Akteneinsicht nehmen, sich über den Fortgang des Vergabeverfahrens durch die externen Berater berichten lassen oder sich gar selbst die Zuschlagsent-

scheidung vorbehalten. Die Hinzuziehung eines externen Beraters dürfte jedenfalls dann nicht entlastend wirken, wenn ein Doppelmandatsträger wie der Bürgermeister dennoch als Teil der verfahrensleitenden Stelle zuständig bleibt und zugleich uneingeschränkt seine Funktion im Aufsichtsrat ausübt. Gleiches gilt dort, wo ein Doppelmandatsträger innerhalb der kommunalen Zuständigkeitsordnung z.B. als Behördenleiter gegenüber der zuständigen Stelle weisungsbefugt ist, Berichte derselben entgegennimmt und auch keine Regelung getroffen wird, wonach im Vergabeverfahren die zuständige Stelle ausnahmsweise eigenständig entscheidet.

Erforderlich ist es zur Vermeidung von Interessenskonflikten zudem unabhängig von organisatorischen Vorkehrungen auf Seiten des Auftraggebers, dass Aufsichtsratsmitglieder während eines Vergabeverfahrens konsequent allen Konsultationen des Gremiums fernbleiben, die die Teilnahme an der Ausschreibung betreffen (OLG Schleswig, Urt. v. 16.4.2018, 16 U 110/17 Kart). Hierbei sollte möglichst durch eine Geschäftsordnung sichergestellt werden, dass die Kommunikationskanäle klar definiert sind. Denn nur so lässt sich im Zweifel glaubhaft machen, dass ein Doppelmandatsträger konsequent dem Bieter nicht seinen potenziellen Informationsvorteil zuteil werden lässt. Wenn es gängige Praxis ist, dass der Aufsichtsrat auch jenseits seiner Sitzungen in der Sache kommuniziert (z.B. über gemeinsame E-Mail-Verteiler oder Chatgruppen), müssen Aufsichtsratsmitglieder mit Doppelfunktion zur Widerlegung eines Interessenskonfliktes auch hier von der Korrespondenz ausgeschlossen werden, soweit diese die Teilnahme am Vergabeverfahren betrifft.

Tendenziell gilt hierbei: Je strukturierter die Beratungen und der Informationsaustausch innerhalb des Aufsichtsrates, desto eher kann ein Doppelmandatsträger unschädlich an den Konsultationen teilnehmen, die nicht die Ausschreibung der Kommune betreffen. Dient die Aufsichtsratssitzung als einziger Kanal zum Informationsaustausch, genügt es, den Doppelmandatsträger von einzelnen Tagesordnungspunkten auszuschließen. Korrespondieren die Aufsichtsratsmitglieder dagegen auch per E-Mail oder Chat, sollte die Geschäftsordnung des Gremiums regeln, dass alle ein Vergabeverfahren der Kommune betreffende Mitteilungen hierüber nicht ausgetauscht werden dürfen. Ansonsten müssten Doppelmandatsträger für die Zeit der Ausschreibung gegebenenfalls insgesamt aus dem E-Mail-Verteiler oder der Chatgruppe ausgeschlossen werden, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass darin auch über die Teilnahme am Vergabeverfahren gesprochen wird. Die Geschäftsordnung des Aufsichtsrats kann hier dabei helfen, klare Abgrenzungen vorzunehmen: Hierzu müsste sie vorschreiben, dass ein Informationsaustausch über die Teilnahme an Vergabeverfahren der Kommune nur in Aufsichtsratssitzungen stattfindet und nicht über sonstige Kanäle und dass Doppelmandatsträger von der Teilnahme an entsprechenden Tagesordnungspunkten ausgeschlossen sind.

III. IMPLIKATIONEN FÜR SONSTIGE AUFSICHTSRATSTÄTIGKEITEN

Außer in Verwaltungsverfahren, bei der Gewährung von Beihilfen oder bei Ausschreibungen der Kommune wirken sich die eingangs dargestellten Vorschriften zur Vermeidung von Interessenskonflikten nicht auf die Mandatstätigkeit der Aufsichtsratsmitglieder aus. Hier wird § 111 AktG gerade nicht durch verwaltungs-, beihilfe- oder vergaberechtliche Vorgaben überlagert.

Uneingeschränkt gilt dadurch für Aufsichtsratsmitglieder (einschließlich solcher aus der Kommunalverwaltung) die positive Aufgabe, die Geschäftsführung des Unternehmens zu überwachen und zu beraten. Ein systematisches Fernbleiben oder eine Nichtteilnahme an Aufsichtsratssitzungen oder sonstigen Konsultationen und Aktivitäten des Gremiums wäre hier gerade pflichtwidrig. Auch eine dauerhafte Vertretung in Aufsichtsratsmandaten ist nur insoweit kommunalverfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wie auch durch Stellvertreter sichergestellt wird, dass die Interessen der Kommune als Gesellschafterin ihrer Tochterunternehmen angemessen im Aufsichtsrat wahrgenommen werden. Dies wird regelmäßig Weisungen i.S.d. § 25 GO-SH unvermeidbar machen.

Mit anderen Worten: Faktisch erfordert es die kommunalrechtlich ebenfalls u.a. durch § 75 Abs. 1 GO-SH gebotene Verwirklichung der Vermögensinteressen einer Gemeinde, dass die Kommunalverwaltung in der einen oder anderen Form – unmittelbar oder mittelbar – im Aufsichtsrat einer Tochtergesellschaft vertreten ist. Dies bedeutet, dass die Verwaltungsspitze und sonstige Bedienstete der Kommune kommunalwirtschafts- und gesellschaftsrechtlich grundsätzlich gehalten sind, sich in den Aufsichtsräten einzubringen.

In einer Gesamtschau verlangt die Rechtsordnung von Aufsichtsratsmitgliedern im Umgang mit den verschiedenen einschlägigen Vorschriften daher eine differenzierte Herangehensweise. Die Verwaltungsspitze und ihre Mitarbeiter sind als Bedienstete der Gesellschafterin einerseits angehalten, die Geschäftstätigkeiten kommunaler Tochtergesellschaft über deren Aufsichtsräte zu überwachen. Durch eigene Entsendung in die Gremien kann dies besonders effizient gelingen. Die Wahrnehmung von Aufsichtsratsmandaten ist daher nicht per se unzulässig, sondern im Gegenteil grundsätzlich sogar kommunalverfassungsrechtlich wünschenswert. Andererseits müssen Doppelmandatsträger darauf achten, dass sie in verwaltungs-, vergabe- oder beihilferechtlichen Vorgängen unter Beteiligung eines Tochterunternehmens in ihrer Person keine Doppelfunktion zu realisieren. Besonders geboten ist dies zumindest in Schleswig-Holstein fast ausschließlich bei Beschaffungsvorgängen und der Gewährung von Beihilfen in Verfahren, an denen sich eine kommunale Gesellschaft beteiligt. Solche Vorgaben führen gleichwohl nicht zu einem faktischen Verbot von Doppelmandaten. Stattdessen können Bürgermeister oder Mitarbeiter der Kommune trotz Mitgliedschaft im

Aufsichtsrat der Vorgabe auch gerecht werden, indem sie nach der Zuständigkeitsverteilung innerhalb der Kommunalverwaltung eine eigene Befassung mit den jeweiligen Verfahren vermeiden und zugleich punktuell den jeweiligen Konsultationen des Aufsichtsrats fernbleiben.

Wir hoffen, dass wir mit unseren Ausführungen die Rechtslage hinsichtlich der wesentlichen Vorschriften zur Vermeidung von Interessenskonflikten durch kommunale Aufsichtsratsmitglieder näher veranschaulichen konnten.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Henrik Bremer
Rechtsanwalt und Partner
Fachanwalt für Steuerrecht
Wirtschaftsprüfer, Steuerberater