

Interkommunale Zusammenarbeit bei der Verwertung von Bioabfall

Gutachten

im Auftrag des Landes



Baden-Württemberg

MINISTERIUM FÜR UMWELT, KLIMA UND ENERGIEWIRTSCHAFT

Rechtsanwalt Hartmut Gaßner
Rechtsanwalt Wolfgang Siederer
Rechtsanwalt Linus Viezens

Berlin

Hartmut Gaßner
Dr. Klaus-Martin Groth
Wolfgang Siederer
Katrin Jänicke
Angela Zimmermann
Caroline von Bechtolsheim
Dr. Achim Willand
Dr. Jochen Fischer
Dr. Frank Wenzel
Dr. Maren Wittzack
Dr. Gerrit Aschmann
Dr. Georg Buchholz
Jens Kröcher
Dr. Sebastian Schattenfroh
Dr. Jörg Beckmann
Dr. Joachim Wrase
Isabelle-Konstanze Charlier, M.E.S.
Dr. Markus Behnisch
Wiebke Richmann
Annette Sander
Julia Biermann
Alexandra Pyttlik
Linus Viezens
Grigori Lagodinsky
Dr. Julia-Pia Schütze, LL.M.
Dorothee Hoffmeister

Augsburg

Dr. Thomas Reif
Robert Kutschick
Dr. Valentin Köppert, LL.M.

Berlin, 19.12.2014

Inhaltsverzeichnis

A.	Abstract	6
B.	Ausgangssituation	7
C.	Lösungsmodelle	8
I.	Modell 1 – Ausschreibungsmodell	8
II.	Modell 2 – PPP-Modell	8
III.	Modell 3 – Einbahnstraßenmodell.....	9
IV.	Modell 4 – Austauschmodell.....	9
V.	Modell 5 – Betreibermodell	10
D.	Rechtliche Bewertung	10
I.	Rechtliche Grundlagen	10
1.	Vergaberecht.....	10
a)	Anwendbares Recht.....	11
b)	In-House-Vergabe	13
c)	Interkommunale Kooperation	16
aa)	Erbringung öffentlicher Dienstleistungen zur Erreichung gemeinsamer Ziele	17
aaa)	Gemeinsame Aufgabe	18
bbb)	Beitrag zur Kooperation	19
bb)	Ausschließliche Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse.....	21
cc)	Markttätigkeit von weniger als 20 %.....	22
dd)	Zwischenergebnis.....	23
ee)	Sonderfall: Interkommunale Kooperation und anschließender Fremdvergabe.....	23
2.	Kartellrecht	25
a)	Anwendbarkeit des Kartellrechts	25
b)	Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen .	26
c)	Beschränkung des Wettbewerbs.....	27
d)	Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung.....	28
aa)	Allgemeine Grundsätze.....	28
bb)	Marktbegriff/betroffene Märkte	28
aaa)	Sachliche Marktabgrenzung	29

	bbb) Räumliche Marktabgrenzung	30
	cc) Marktanteil und Spürbarkeitsschwelle	31
e)	Freistellung	32
	aa) Freistellung als Mittelstandskartell (§ 3 GWB)	32
	bb) Freistellung nach § 2 GWB.....	33
f)	Anwendung der Grundsätze auf die beabsichtigten Kooperationsmodelle	34
g)	Fusionskontrolle	35
3.	Kommunalrecht.....	37
a)	Zulässigkeit wirtschaftlicher Tätigkeit.....	37
	aa) Wirtschaftliche Betätigung.....	38
	bb) Rechtfertigung durch einen öffentlichen Zweck (§ 102 Abs. 1 Nr. 1 GemO BW)	39
	cc) Angemessenheit (§ 102 Abs. 1 Nr. 2 GemO BW).....	40
	dd) Subsidiarität (§ 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO BW)	40
	ee) Zwischenergebnis.....	41
b)	Rechtsformen für die Zusammenarbeit	41
	aa) Nichtinstitutionelle Zusammenarbeit	41
	bb) Institutionelle Formen der Zusammenarbeit	42
4.	Steuerrecht	43
a)	Urteil des Bundesfinanzhofs	44
	aa) Nachhaltige wirtschaftliche Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen	44
	bb) Heraushebung innerhalb der Gesamtbetätigung.....	45
	cc) Europarechtliche Vorgaben.....	45
	aaa) Privatrechtliches Handeln.....	46
	bbb) Öffentlich-rechtliche Handlungsform	46
	dd) Ausnahme für Beistandsleistungen?.....	48
b)	Anwendung auf die interkommunale Kooperation	48
	aa) Hoheitsbetrieb.....	49
	bb) „Überwiegend“	51
	cc) Hoheitliche Tätigkeiten für Dritte	51
	aaa) Unterstützungsleistungen oder hoheitliche Kernaufgaben	52
	bbb) Keine parallele Tätigkeit privater Wettbewerber	54
	ccc) Aufgabenübertragung	56
c)	Zwischenergebnis	57
d)	Entwurf einer Neuregelung (§ 2b UStG)	58

5.	Gebührenrecht und Preisrecht.....	59
	a) Öffentlicher Auftrag	61
	b) Sonstige Vereinbarungen.....	63
II.	Rechtliche Realisierbarkeit und Risikostruktur.....	64
1.	Ausschreibungsmodell	64
	a) Vergaberecht	65
	b) Kartellrecht	67
	c) Sonstige Rechtsfragen	69
	d) Zwischenergebnis	70
	e) Variantenbewertung.....	70
2.	PPP-Modell.....	71
	a) Organisationsformen	71
	b) Vergaberecht	72
	c) Kartellrecht	74
	d) Kommunalrecht.....	74
	e) Sonstige Rechtsfragen	75
	f) Zwischenergebnis	75
	g) Variantenbewertung.....	75
3.	Einbahnstraßenmodell	76
	a) Vergaberecht	76
	b) Steuerrecht.....	78
	c) Sonstige Rechtsfragen	79
	d) Zwischenergebnis	80
	e) Variantenbewertung.....	80
4.	Austauschmodell.....	81
5.	Betreibermodell.....	81
	a) Organisationsform.....	82
	b) Vergaberecht.....	83
	c) Steuerrecht.....	83
	d) Sonstige Rechtsfragen	84
	e) Zwischenergebnis	84
6.	Zwischenergebnis	85
III.	Vergleichende Bewertung	85
1.	Wirtschaftliche Risiken	85
2.	Verwaltungsaufwand	86
3.	Zeitliche Unterschiede	87
4.	Einfluss- und Gestaltungsmöglichkeiten.....	88

5.	Leitfragen zur Entscheidungsfindung.....	88
IV.	Einzelne Fragestellungen.....	89
1.	Einbeziehung weiterer Abfallmengen in bestehende Vertragsverhältnisse	90
a)	Direktbeauftragung.....	90
b)	„Zweistufige“ Beauftragung	92
c)	Zwischenergebnis	95
2.	Vereinbarung zwischen einer kommunalen Besitzgesellschaft und einer PPP-Betreiber-gesellschaft zur Überlassung von Anlagen.....	95
3.	Anstalt des öffentlichen Rechts.....	97
a)	Errichtung und Grundlagen der gemeinsamen kommunalen Anstalt.....	98
b)	Vorrang von Aufgaben und Kompetenzen	98
c)	Wirtschaftliche Betätigung.....	99
d)	Organe der gemeinsamen selbstständigen Kommunalanstalt	99
e)	Auflösung der gemeinsamen selbstständigen Kommunalanstalt .	100
f)	Vorteile der gemeinsamen selbstständigen Kommunalanstalt gegenüber GmbH und Zweckverband	100
g)	Zwischenergebnis	102
4.	Einbeziehung von Stadtwerken.....	102
5.	Beteiligung von Kommunen als Bieter an Ausschreibungen.....	105
a)	Vergaberecht.....	105
b)	Kommunalwirtschaftsrecht.....	107
c)	Ergebnis	108
E.	Zusammenfassung	108
	Anhang: Musterverträge.....	112
I.	Kooperationsvertrag (Ausschreibungsmodell).....	112
II.	Konsortialvertrag (PPP-Modell)	117
III.	Öffentlich-rechtliche Vereinbarung (Modelle 3/4).....	122

Hinweis zur Haftung

Bei dem vorliegenden Gutachten handelt es sich um eine wissenschaftliche Untersuchung im Auftrag des Ministeriums für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft Baden-Württemberg. Die Anwendung der Untersuchungsergebnisse im konkreten Fall bedarf der Prüfung aller Umstände des Einzelfalls. Das Gutachten ersetzt nicht die einzelfallbezogene Beratung. Eine Haftung für die Richtigkeit der Untersuchungsergebnisse und die Musterverträge im Anhang gegenüber einzelnen Kommunen wird durch [GGSC] nicht übernommen.

A. Abstract

Die nachstehende Studie befasst sich mit der interkommunalen Zusammenarbeit bei der Verwertung von Bioabfall. Ziel der Studie ist es, die rechtlichen Rahmenbedingungen für eine interkommunale Zusammenarbeit darzustellen und daraus die bestehenden Gestaltungsmöglichkeiten für die beteiligten öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger abzuleiten.

Untersucht werden fünf mögliche Modelle der Umsetzung der interkommunalen Zusammenarbeit bei der Verwertung von Bioabfall, die in Kapitel C. ausführlich dargestellt werden. Dabei werden sowohl marktorientierte als auch rein kommunale Lösungen untersucht. In Betracht gezogen werden Gestaltungsmöglichkeiten mit und ohne Beteiligung der beauftragenden Kommune an einer Anlage zur Verwertung von Bioabfällen. Erfolgt eine Beteiligung an einer Anlage wird weiter zwischen rein kommunalen und PPP-Modellen differenziert.

Die Studie betrachtet in Kapitel D. I. die rechtlichen Rahmenbedingungen und geht dazu auf das Vergaberecht, das Kartellrecht, das Kommunalrecht, das Steuerrecht sowie das Gebühren- und Preisrecht ein. Als Zwischenergebnis der Untersuchung wird in Kapitel D. II. festgehalten, dass alle vorgestellten Modelle umsetzbar sind, allerdings unterschiedliche Risiken aufweisen. Als Hilfestellung für die Entscheidungsträger erfolgt eine vergleichende Bewertung der Modelle und es werden Leitfragen zur Entscheidungsfindung aufgezeigt (D. III.).

Gegenstand der Untersuchung sind weiterhin einzelne Fragestellungen, die sich aus Praxiserfahrungen der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger und der möglichen Einführung einer Anstalt des öffentlichen Rechts im Kommunalrecht von Baden-Württemberg ergeben (D. IV.). Eingegangen wird beispielsweise auf die Einbeziehung weiterer Abfallmengen in bestehenden Vertragsverhältnisse, die Beteiligung von Kommunen als Bieter an Ausschreibungen sowie die Vor- und Nachteile der Anstalt des öffentlichen Rechts gegenüber anderen Rechtsformen.

Im Anhang der Studie werden zu den behandelten Umsetzungsmodellen die wichtigsten Verträge als Muster zur Verfügung gestellt. Diese bieten eine Grundlage für die Ausarbeitung des Rechtsrahmens einer interkommunalen Zusammenarbeit, ersetzen eine Rechtsberatung im Einzelfall jedoch nicht.

B. Ausgangssituation

Nach § 11 Abs. 1 KrWG sind die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger verpflichtet, die überlassungspflichtigen Bioabfälle ab 01.01.2015 getrennt zu sammeln, soweit dies zur Erfüllung der Anforderungen nach § 7 Abs. 2 bis 4 und § 8 Abs. 1 KrWG erforderlich ist. Die getrennt gesammelten Bioabfälle sind zu verwerten, wobei insbesondere der Vorrang des Recyclings vor der sonstigen Verwertung (§ 6 KrWG) und das Gebot einer hochwertigen Verwertung (§ 8 Abs. 1 Satz 3 KrWG) zu beachten sind.

Die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger stehen vor der Frage, wie sie ihrer Verwertungsaufgabe unter Beachtung der gesetzlichen Vorgaben an die Hochwertigkeit der Verwertung möglichst wirtschaftlich nachkommen können. Die meisten öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger verfügen nicht über eigene Anlagen zur hochwertigen Verwertung von Bioabfällen. Damit stellt sich die Frage, ob

- private Entsorgungsunternehmen nach § 22 KrWG mit der Erfüllung der Verwertungspflicht beauftragt werden sollen oder
- der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger eine eigene Verwertungsanlage errichten und betreiben soll.

Die dem einzelnen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger überlassenen Bioabfallmengen sind indes oftmals nicht ausreichend, um eine eigene Verwertungsanlage bei wirtschaftlicher Dimensionierung auszulasten. Auch ist zu erwarten, dass bei Ausschreibung relativ geringer Bioabfallmengen zur Verwertung am Markt ungünstigere Konditionen realisiert werden können, als bei größeren Mengen, die wiederum für die Anbieter einen wirtschaftlicheren Anlagenbetrieb und damit günstigere Verwertungspreise ermöglichen.

Aufgrund von Skaleneffekten ist davon auszugehen, dass die spezifischen Verwertungskosten (€/Mg) mit der Höherdimensionierung einer Verwertungsanlage sinken.

Vor diesem Hintergrund kann eine Wahrnehmung der Aufgabe der Bioabfallverwertung im Wege der kommunalen Zusammenarbeit wirtschaftlicher sein, als eine „stand-alone-Lösung“.

Für eine kommunale Zusammenarbeit kommen unterschiedliche Gestaltungsformen in Betracht, die zu betrachtenden Modelle werden nachstehend vorgestellt.

C. Lösungsmodelle

Für die interkommunale Zusammenarbeit wurden im Rahmen der Plattform Bioabfall unterschiedliche Modelle diskutiert. Diese Modelle werden nachfolgend zunächst kurz skizziert. Sodann erfolgt die rechtliche Bewertung der Kooperationsmöglichkeiten.

I. Modell 1 – Ausschreibungsmodell

Das Ausschreibungsmodell beinhaltet eine Nachfragebündelung durch gemeinsame Ausschreibung, sieht aber nicht die Errichtung und den Betrieb kommunaler Anlagen vor. Die Verwertungsleistung wird am Markt nachgefragt.

Innerhalb des Ausschreibungsmodells können zwei Gestaltungsvarianten unterschieden werden:

In der ersten Variante erfolgt eine Ausschreibung zwar gemeinsam, im Ergebnis der Ausschreibung werden aber zwischen den beteiligten Körperschaften und den beauftragten Unternehmen getrennte Verträge geschlossen. Die Leistungen für die einzelnen Kommunen werden als Lose ausgeschrieben. Dabei können Rabatte für den Fall einer Beauftragung mit mehreren Losen angeboten werden.

In der zweiten Variante erfolgt hingegen nicht nur eine organisatorische Bündelung in der Ausschreibungsphase, sondern eine Gesamtmenge wird ohne Losaufteilung ausgeschrieben und eine gemeinsame Beauftragung erfolgt durch einen einheitlichen Vertrag. In diesem Fall sind zusätzliche Regelungen erforderlich, wie der gemeinsame Vertrag in der Leistungsphase verwaltet wird.

II. Modell 2 – PPP-Modell

Das PPP-Modell stellt eine institutionelle Kooperation mit gemeinsamer Anlage dar. Es erfolgt eine vertragliche Zusammenarbeit zwischen zwei oder mehreren Kommunen und privatrechtlich organisierten Unternehmen zum Betrieb einer

gemeinsamen Anlage zur Bioabfallvergärung. Auch in diesem Modell können zwei Varianten unterschieden werden.

Zum einen ist eine Gründung und Beauftragung einer neuen PPP-Gesellschaft durch mehrere Kommunen gemeinsam mit einem privaten Partner möglich.

Ebenso in Betracht zu ziehen ist eine Entsorgung von Abfällen weiterer kommunaler Partner in der Anlage einer bestehenden PPP-Gesellschaft.

III. Modell 3 – Einbahnstraßenmodell

Im Rahmen von dem Einbahnstraßenmodell erfolgt eine Verwertung von Bioabfall in einer kommunalen Anlage, bei der es sich nicht um eine gemeinsame Anlage der Kooperationspartner handelt. Eine Kommune übernimmt hier Verwertungsaufgaben für andere Kommunen, ohne dass eine gemeinsame Institution errichtet wird. Auch in diesem Modell können zwei Varianten unterschieden werden:

Einerseits ist denkbar, dass eine Anlieferung des Bioabfalls zur Verwertung durch einen oder mehrere Kreise an den die Anlage betreibenden Kreis erfolgt, der die Entsorgung vollständig (ohne Rücknahme durch den Anlieferer) übernimmt.

Als zweite Variante ist denkbar, dass die anliefernden Kreise den behandelten Bioabfall (und/oder die nicht biologisch verwertbaren Stör- und Reststoffe aus diesem Abfallstrom) wieder zurücknehmen und in eigener Regie verwerten bzw. beseitigen.

IV. Modell 4 – Austauschmodell

Bei dem Austauschmodell liefert ein Kreis A Bioabfall zur Verwertung an den kooperierenden Kreis B, der dafür Restabfälle an den Kreis A liefert. Dabei soll berücksichtigt werden, ob weitere Abfallarten ausgetauscht und weitere Kreise an dem Modell teilhaben können. Auch bei diesem Modell handelt es sich – wie schon bei dem Einbahnstraßenmodell – um eine Kooperation ohne gemeinsame Anlage. Eine Kommune übernimmt hier Verwertungsaufgaben für eine andere Kommune und – im Unterschied zum Einbahnstraßenmodell – erfolgt ein wechselseitiger Austausch von Abfällen.

V. Modell 5 – Betreibermodell

Schließlich soll das Betreibermodell untersucht werden, dass zwei oder mehrere Kreise eine Verwertungsanlage gemeinsam betreiben. Bei der Bewertung soll die Rechtsform der GmbH als Modell der institutionellen Zusammenarbeit im Vordergrund stehen.

Als Alternative und als Ausblick auf die mögliche Änderung des Kommunalrechts soll auch geprüft werden, unter welchen Voraussetzungen eine gemeinsame Anstalt des öffentlichen Rechts als Rechtsform dienen kann.

D. Rechtliche Bewertung

Die für die rechtliche Bewertung maßgeblichen rechtlichen Grundlagen werden zunächst in einem ersten Kapitel übergreifend und systematisch dargestellt (dazu I.). Sodann wird die rechtliche Realisierbarkeit und Risikostruktur der unter B. dargelegten Modelle diskutiert (dazu II.). In einem weiteren Kapitel wird eine vergleichende Bewertung der Modelle vorgenommen (dazu III.) Abschließend werden einzelne konkrete Fragestellungen erörtert (dazu IV.).

I. Rechtliche Grundlagen

Für die Bewertung der Möglichkeiten der interkommunalen Zusammenarbeit sind insbesondere die nachfolgend dargestellten Rechtsgebiete maßgeblich. Es wird zunächst auf das Vergaberecht (dazu 1.), sodann auf das Kartellrecht (dazu 2.) und weiterhin auf das Kommunalrecht und insbesondere Kommunalwirtschaftsrecht (dazu 3.) eingegangen. Weiterhin wird in die Betrachtung sowohl das Steuerrecht (dazu 4.) als auch das Gebührenrecht (dazu 5.) einbezogen.

1. Vergaberecht

Bei der interkommunalen Zusammenarbeit im Rahmen der Bioabfallverwertung stellen sich insbesondere vergaberechtliche Fragen. Besondere Bedeutung hat dabei die Beantwortung der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine In-House-Vergabe einerseits und eine kommunale Kooperation andererseits vergabefrei zulässig ist. Dafür ist nachfolgend zu-

nächst auf das anwendbare Recht und sodann auf die Voraussetzungen von In-House-Vergabe und interkommunaler Kooperation einzugehen.

a) Anwendbares Recht

Bisher ist die Frage, in welchen Fällen von einer vergabefreien In-House-Vergabe oder interkommunalen Kooperation auszugehen ist, insbesondere anhand der Rechtsprechung des EuGH beantwortet worden.¹ Eine Festlegung der Kriterien durch den Gesetzgeber bestand zunächst nicht.

Nunmehr haben das Europäische Parlament und der Rat am 26. Februar 2014 die Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (im Folgenden: RL 2014/24/EU) erlassen. Diese regelt in ihrem Art. 12 öffentliche Aufträge zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors. Durch die Richtlinie werden erstmals die bisher nur durch die Rechtsprechung geprägten Institute der In-House-Vergabe und der interkommunalen Zusammenarbeit kodifiziert. Im nationalen Recht gibt es bislang keine Regelungen, die Problematik wird in der Rechtsanwendung bei der Auslegung des Begriffs des (vergabepflichtigen) „öffentlichen Auftrags“ (§ 99 GWB) verankert.

Die Richtlinie ist am 28.03.2014 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht worden und gemäß Art. 93 RL 2014/24/EU am 20. Tag nach ihrer Veröffentlichung in Kraft getreten.

Gemäß Art. 90 RL 2014/24/EU sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, eine Umsetzung der Richtlinie bis zum 18.04.2016 vorzunehmen. Für den Zeitraum bis zum Ablauf der Umsetzungspflicht findet die Richtlinie zwar keine unmittelbare Anwendung, sie ist aber bei der Anwendung des nationalen Rechts – das bisher keine ausdrücklichen Ausnahmen für interkommunale Kooperationen enthält – heranzuziehen.

¹ U.a. *EuGH*, Urt. v. 09.06.2009, Rs. C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg), *EuGH*, Urt. v. 13.06.2013, Rs. C-386/11 (Piepenbrock).

Es ist daher davon auszugehen, dass die nationalen Gerichte eine richtlinienkonforme Auslegung der Vorschriften des GWB vornehmen werden. Eine solche Orientierung an den europarechtlichen Vorgaben vor Fristablauf durch mitgliedstaatliche Gerichte ist unionsrechtlich nicht zu beanstanden und von der Rechtsprechung anerkannt.² Teilweise gehen die Gerichte bereits von einer Anwendbarkeit der Richtlinie aus.³

Mehrere Oberlandesgerichte sind entsprechend davon ausgegangen, dass der Begriff „öffentlicher Auftrag“ europarechtlich auszulegen ist.⁴ Allein das OLG Koblenz hegt Zweifel, ob vor einer Umsetzung der RL 2014/24/EU eine vergabefreie interkommunale Kooperation nach nationalem Recht möglich ist.⁵ Zur Begründung führt das OLG Koblenz aus, dass es dem Gesetzgeber frei stehe, strengere Regelungen als europarechtlich vorgegeben, festzulegen. Der Gesetzgeber habe die Möglichkeit einer Freistellung der interkommunalen Kooperation von den Vorgaben des Vergaberechts diskutiert und verworfen. Das OLG verkennt dabei allerdings, dass die Streichung der im Entwurf aus dem Jahre 2008 vorgesehenen Regelung aufgrund europarechtlicher Bedenken erfolgte; das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie geht in einem Eckpunktepapier vom 18.11.2014 auch von einer „eins zu eins“ Umsetzung der Regelungen in Art. 12 RL 2014/24/EU aus. Es ist daher naheliegend, dass die Auffassung des OLG Koblenz singulär bleiben wird. Dennoch werden vor der Umsetzung der Richtlinie durch die Entscheidung die vergaberechtlichen Risiken für das Einbahnstraßen- und das Austauschmodell erhöht. In-House-Vergaben nach Art. 12 Abs. 1 bis 3 RL

² BGHZ 138, 55, 60 ff.

³ OLG Schleswig, Beschl. v. 4.11.2014, Az.: 1 Verg 1/14.

⁴ Das OLG Düsseldorf geht in seinem Vorlagebeschluss v. 6.6.2011, Az.: VII Verg 39/11, davon aus, dass maßgeblich die Auslegung des Begriffs „öffentlicher Auftrag“ ist, den das nationale Recht aus dem Europarecht übernommen hat; ebenso nimmt das KG im Beschluss vom 16.9.2013, Az: Verg 4/13 an, dass die Möglichkeit einer vergabefreien interkommunalen Kooperation nach nationalem Recht besteht.

⁵ OLG Koblenz, Beschl. v. 3.12.2014, Az.: Verg 8/14.

2014/24/EU hält das OLG Koblenz hingegen auch vor der Umsetzung unter Verweis auf den BGH⁶ für zulässig.

Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass die RL 2014/24/EU als geltendes Recht bei der Auslegung der Vorschriften der §§ 97 ff. GWB zu berücksichtigen ist, zumal das nationale Recht keine ausdrücklichen Regelungen zur Vergabepflicht bzw. Vergabefreiheit von kommunalen Kooperationen enthält.

Das Vergaberecht enthält im Übrigen keine Vorgaben für eine bestimmte Laufzeit. Eine kommunale Kooperation kann sowohl für bestimmte Laufzeiten vereinbart werden, als auch in dem Abschluss von Verträgen von unbestimmter Dauer bestehen. Dabei kann die Vertragsdauer flexibel an die Verfügbarkeit von Kapazitäten gekoppelt werden.

b) In-House-Vergabe

Für das Betreibermodell ist die Frage einer möglichen In-House-Vergabe von besonderer Relevanz. Die In-House-Vergabe ist nunmehr grundsätzlich in Art. 12 Abs. 1 RL 2014/24/EU geregelt. Vorliegend kommt allerdings nicht eine Beauftragung durch eine einzelne Kommune in Betracht, sondern es soll eine institutionelle Zusammenarbeit durch Gründung einer entsprechenden juristischen Person erfolgen. Dafür enthält Art. 12 Abs. 3 RL 2014/24/EU eine besondere Regelung bereit. Diese lautet:

„(3) Ein öffentlicher Auftraggeber, der keine Kontrolle über eine juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts im Sinne von Absatz 1 ausübt, kann einen öffentlichen Auftrag dennoch ohne Anwendung dieser Richtlinie an diese juristische Person vergeben, wenn alle der folgenden Bedingungen erfüllt sind:

⁶ BGH, Beschl. v. 12.06.2001, Az.: X ZB 10/01.

a) Der öffentliche Auftraggeber übt gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern über diese juristische Person eine ähnliche Kontrolle aus wie über ihre eigenen Dienststellen;

b) mehr als 80 % der Tätigkeiten dieser juristischen Person dienen der Ausführung der Aufgaben, mit denen sie von den die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggebern oder von anderen von denselben öffentlichen Auftraggebern kontrollierten juristischen Personen beauftragt wurden und

c) es besteht keine direkte private Kapitalbeteiligung an der kontrollierten juristischen Person, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die in Übereinstimmung mit den Verträgen durch nationale gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln.

Für die Zwecke von Unterabsatz 1 Buchstabe a üben öffentliche Auftraggeber gemeinsam die Kontrolle über eine juristische Person aus, wenn alle folgenden Bedingungen erfüllt sind:

i) Die beschlussfassenden Organe der kontrollierten juristischen Person setzen sich aus Vertretern sämtlicher teilnehmender öffentlicher Auftraggeber zusammen. Einzelne Vertreter können mehrere oder alle teilnehmenden öffentlichen Auftraggeber vertreten;

ii) diese öffentlichen Auftraggeber können gemeinsam einen maßgeblichen Einfluss auf die strategischen Ziele und wesentlichen Entscheidungen der kontrollierten juristischen Person ausüben und

iii) die kontrollierte juristische Person verfolgt keine Interessen, die denen der kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber zuwiderlaufen.“

Voraussetzung für die Möglichkeit einer vergabefreien Beauftragung ist daher die Einhaltung folgender Anforderungen:

Zunächst muss das in der Rechtsprechung bereits entwickelte Kontrollkriterium erfüllt sein. Der öffentliche Auftraggeber muss daher gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern über die betreffende juristische Person eine ähnliche Kontrolle ausüben, wie über eine eigene Dienststelle. Bei dem Zusammenschluss mehrerer Kommunen im Betreibermodell wird dieses Kriterium dadurch erfüllt, dass die beteiligten Kommunen die zu gründende Institution gemeinsam kontrollieren.

Zweitens ist Voraussetzung die Erfüllung des ebenfalls von der Rechtsprechung entwickelten Wesentlichkeitskriteriums. Die Richtlinie legt nunmehr fest, dass mehr als 80 % der Tätigkeiten der kontrollierten juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen müssen, mit denen die juristische Person von den die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggebern betraut worden ist. Eine im Rahmen des Betreibermodells tätige Institution muss daher im Wesentlichen für die öffentlichen Auftraggeber tätig sein und darf nur im geringen Umfang „Fremdumsätze“ mit gewerblichen Dritten haben.

Drittens darf keine direkte private Kapitalbeteiligung an der juristischen Person bestehen. Diese Anforderung führt auch dazu, dass die Vergabefreiheit in einem PPP-Modell nicht besteht.

Hinzuweisen ist darauf, dass Art. 12 Abs. 3 Unterabs. 2 Regelungen für die gemeinsame Ausübung der Kontrolle über die juristische Person aufstellt. Es ist erforderlich, dass sich die beschlussfassenden Organe der kontrollierten juristischen Person aus Vertretern sämtlicher teilnehmender öffentlicher Auftraggeber zusammensetzen. Weiterhin müssen die öffentlichen Auftraggeber gemeinsam einen

maßgeblichen Einfluss auf die strategischen Ziele und wesentlichen Entscheidungen der kontrollierten juristischen Personen ausüben und schließlich darf die kontrollierte juristische Person keine Interessen verfolgen, die denen der kontrollierenden öffentlichen Auftraggeber zuwider laufen.

Die vorgenannten Voraussetzungen dürften ohne weiteres zu erfüllen sein. Es ist allerdings darauf zu achten, dass in den entsprechenden Satzungen eine Vertretung sämtlicher öffentlicher Auftraggeber verankert wird.

c) Interkommunale Kooperation

Art. 12 Abs. 4 und 5 RL 2014/24/EU enthalten Vorgaben, wann ein zwischen zwei oder mehr öffentlichen Auftraggebern geschlossener Vertrag nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt und damit kein öffentlicher Auftrag i.S.d. Vergaberechts ist. Die Vorschriften lauten:

„(4) Ein ausschließlich zwischen zwei oder mehr öffentlichen Auftraggebern geschlossener Vertrag fällt nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie, wenn alle nachfolgend genannten Bedingungen erfüllt sind:

a) Der Vertrag begründet oder erfüllt eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern mit dem Ziel sicherzustellen, dass von ihnen zu erbringende öffentliche Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden;

b) die Durchführung dieser Zusammenarbeit wird ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt und

c) die beteiligten öffentlichen Auftraggeber erbringen auf dem offenen Markt weniger als 20 % der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten.

(5) Zur Bestimmung des prozentualen Anteils der Tätigkeiten gemäß Absatz 1 Unterabsatz 1 Buchstabe b, Absatz

3 Unterabsatz 1 Buchstabe b und Absatz 4 Buchstabe c wird der durchschnittliche Gesamtumsatz, oder ein geeigneter alternativer tätigkeitsgestützter Wert wie z. B. Kosten, die der betreffenden juristischen Person oder dem betreffenden öffentlichen Auftraggeber während der letzten drei Jahre vor Vergabe des Auftrags in Bezug auf Dienstleistungen, Lieferungen und Bauleistungen entstanden sind, herangezogen. [...]"

Nach der Richtlinie müssen daher kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt sein, damit von einer nicht dem Anwendungsbereich des Vergaberechts unterliegenden Kooperation ausgegangen werden kann:

Der Vertrag muss eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern mit dem Ziel sicherstellen, dass die von ihnen zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden. Weiterhin ist erforderlich, dass die Durchführung dieser Zusammenarbeit ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt wird. Schließlich dürfen die öffentlichen Auftraggeber auf dem offenen Markt nicht mehr als 20 % der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten erbringen.

Dazu im Einzelnen:

aa) Erbringung öffentlicher Dienstleistungen zur Erreichung gemeinsamer Ziele

Die in Art. 12 Abs. 4 lit. a) RL 2014/24/EU aufgestellten Anforderungen an die vertragliche Zusammenarbeit machen deutlich, dass die Regelung nur für eine Zusammenarbeit bei öffentlichen Dienstleistungen gilt, nicht aber für die gemeinsame Durchführung von reinen Hilfsdienstleistungen. Die Zusammenarbeit kann grundsätzlich alle Arten von Dienstleistungen

erfassen, die gesetzliche oder freiwillige Aufgaben lokaler oder regionaler Gebietskörperschaften betreffen.⁷

aaa) Gemeinsame Aufgabe

Diskutiert wird die Frage, ob es für die Anwendung von Art. 12 Abs. 4 lit. a) RL 2014/24/EU erforderlich ist, dass beiden Vertragspartnern die Aufgabe obliegt, die von der Zusammenarbeit erfasst werden soll. Relevant ist die Beantwortung der Frage insbesondere für die Einbeziehung von Stadtwerken in die Kooperationsmodelle, da diesen nicht die Verwertung von Bioabfällen obliegt.⁸ Das Kriterium ist aus der früheren Rechtsprechung des EuGH vor Inkrafttreten der RL 2014/24/EU herausgelesen worden.⁹ Ob dieses Kriterium weiterhin Bestand haben soll, lässt sich aus dem Text der Richtlinie nicht abschließend beurteilen. Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU stellt dem Wortlaut nach nur noch auf die Erreichung von gemeinsamen Zielen ab.

Etwas anderes könnte sich allerdings aus dem Erwägungsgrund 33 RL 2014/24/EU ergeben. Dieser lautet:

„Diese Zusammenarbeit könnte alle Arten von Tätigkeiten in Verbindung mit der Ausführung der Dienstleistungen und Zuständigkeiten, die den teilnehmenden Stellen zugeteilt wurden oder von ihnen übernommen werden, erfassen, wie gesetzliche oder freiwillige Aufgaben der Gebietskörperschaften oder Dienste, die bestimmten Einrichtungen durch das öffentliche Recht übertragen wer-

⁷ Sudbrock, Wasserkonzessionen, In-House-Geschäfte und interkommunale Kooperationen nach den neuen EU-Vergaberichtlinien, KommJur 2014, 41, 46.

⁸ Bei einer Kooperation nur von öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern auf dem Gebiet der Bioabfallverwertung stellt sich die Auslegungsfrage demgegenüber nicht.

⁹ So insbesondere *VK Münster*, Beschl. vom 22.07.2011, Az.: VK 7/11, die auf die „Wahrnehmung einer ihnen allen obliegenden öffentlichen Aufgabe“ abstellt.

den. Die von den verschiedenen teilnehmenden Stellen erbrachten Dienstleistungen müssen nicht notwendigerweise identisch sein; sie können sich auch ergänzen.“

Während der erste Satz noch annehmen lässt, dass an dem Kriterium der „gemeinsamen Aufgabe“ festgehalten werden soll, deutet insbesondere der zweite zitierte Satz darauf hin, dass eine Kooperation auch dann möglich ist, wenn die Beteiligten unterschiedliche Aufgaben haben. Dies spricht dafür, dass eine vergabefreie Kooperation auch dann möglich ist, wenn die Beteiligten unterschiedliche Aufgaben haben, aber gemeinsame Ziele verfolgen.

bbb) Beitrag zur Kooperation

Weiterhin stellt sich bei der Anwendung von Art. 12 Abs. 4 lit. a) RL 2014/24/EU die Frage, ob eine Kooperation auch darin bestehen kann, dass eine der Parteien die Aufgabe für die andere Partei ausschließlich gegen Zahlung eines Entgelts übernimmt. Diese Frage ist insbesondere für das Einbahnstraßenmodell relevant.

Aus der bisherigen Rechtsprechung¹⁰ ist teilweise gefolgert worden, dass eine vergabefreie Kooperation erfordert, dass jede Partei über reine Zahlungsverpflichtungen hinausgehende Beiträge leistet. Die Kommission hatte eine „echte Zusammenarbeit“ gefordert, ohne klar zu definieren, wann eine Zusammenarbeit „echt“ ist.¹¹

Aus dem Wortlaut von Art. 12 Abs. 4 lit. a) RL 2014/24/EU lässt sich ein solches Erfordernis allerdings nicht ent-

¹⁰ Insbesondere: *EUGH*, Urt. vom 13.06.2013, Rs. C-386/11 (Piepenbrock).

¹¹ Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen über die Anwendung des EU-Vergaberechts im Fall von Beziehungen zwischen öffentlichen Auftraggebern (öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit), SEK(2011) 1196 endg. vom 04.10.2011, S. 16.

nehmen.¹² Für die Auslegung ist Erwägungsgrund 33 zu berücksichtigen, der in der maßgeblichen Passage lautet:

„Um diese Voraussetzungen zu erfüllen, sollte die Zusammenarbeit auf einem kooperativen Konzept beruhen. Die Zusammenarbeit setzt nicht voraus, dass alle teilnehmenden Stellen die Ausführung wesentlicher vertraglicher Pflichten übernehmen, solange sie sich verpflichtet haben, einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden öffentlichen Dienstleistung zu leisten. Für die Durchführung der Zusammenarbeit einschließlich etwaiger Finanztransfers zwischen den teilnehmenden öffentlichen Auftraggebern sollten im Übrigen ausschließlich Erwägungen des öffentlichen Interesses maßgeblich sein.“

Wir gehen davon aus, dass insbesondere aufgrund des letzten Satzes der Beitrag von einzelnen Beteiligten zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden öffentlichen Dienstleistung i.S.v. Satz 2 auch nur in der Erbringung eines Finanztransfers liegen kann.

Allerdings geht das OLG Koblenz davon aus, dass bereits aus dem Wort „Zusammenarbeit“ folge, dass mehr als eine bloße Leistung gegen Bezahlung erbracht werden müsse.¹³ Aus dem Erwägungsgrund 33 der Richtlinie ergebe sich die Notwendigkeit eines kooperativen Vorgehens, das über die Erbringung einer marktfähigen Leis-

¹² In der ursprünglich als Art. 11 Abs. 4 durch die Kommission in das Gesetzgebungsverfahren eingebrachten Fassung der Vorschrift über die interkommunale Zusammenarbeit wurde unter lit. a) gefordert, dass die Vereinbarung eine „echte Zusammenarbeit“ begründen und wechselseitige Rechte und Pflichten umfassen muss. Sowohl das Adjektiv „echt“ als auch die wechselseitigen Rechte und Pflichten sind in der Endfassung von Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU nicht mehr enthalten. Daraus lässt sich schließen, dass sich der Gesetzgeber gegen die Forderung von Beiträgen, die über reine Zahlungsverpflichtungen hinausgehen, entschieden hat.

¹³ OLG Koblenz, Beschl. v. 3.12.2014, Az.: Verg 8/14.

tung gegen Bezahlung hinausgehende Elemente erfordere.

Weitere Entscheidungen zu der neuen Rechtslage sind bisher nicht ersichtlich und es lässt sich nicht hinreichend sicher voraussagen, wie sich die übrigen Obergerichte positionieren werden. Es besteht daher ein Risiko, wenn die Kooperation keine kooperativen Elemente enthält, die über eine bloße Beauftragung hinausgehen.

bb) Ausschließliche Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse

Art. 12 Abs. 4 lit. b) RL 2014/24/EU sieht weiter vor, dass die Durchführung der Zusammenarbeit ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt wird.

In welchen Fällen diese Voraussetzung erfüllt ist, ist bisher nicht abschließend geklärt.¹⁴

Der Gesetzgeber greift mit der Formulierung die bisherige Rechtsprechung des EuGH auf, nach der eine Voraussetzung der Vergaberechtsfreiheit ist, dass der Vertrag nur durch Erfordernisse und Überlegungen bestimmt wird, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen.¹⁵ Eine nähere Ausdifferenzierung, in welchen Fällen die Erfüllung dieses Kriteriums anzunehmen ist, findet sich in der Rechtsprechung nicht.

Vorliegend ist allerdings davon auszugehen, dass die Verwertung von Bioabfällen gemeinsam mit anderen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse an einer siche-

¹⁴ Auf die verbleibenden Rechtsunsicherheiten weisen auch hin: *Müller/Klostermann*, Die neuen Vergaberichtlinien, ZfBR 2014, 347, 350.

¹⁵ *EuGH*, Urt. v. 19.12.2012, Az.: C-159/11.

ren, wirtschaftlichen und umweltverträglichen Bioabfallentsorgung bestimmt wird. Aufgrund des Ausschließlichkeitskriteriums ist bei der konkreten Ausgestaltung darauf zu achten, dass keine weiteren – dem öffentlichen Interesse fremden – Überlegungen berücksichtigt werden. So ist in der Rechtsprechung des EuGH etwa ausdrücklich benannt worden, dass die Anlage von privatem Kapital in einem Unternehmen nicht auf Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse beruht.¹⁶

cc) Markttätigkeit von weniger als 20 %

Art. 12 Abs. 4 lit. c) RL 2014/24/EU sieht schließlich vor, dass die beteiligten öffentlichen Auftraggeber auf dem offenen Markt weniger als 20 % der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten erbringen dürfen. Die Berechnung des prozentualen Anteils der Tätigkeiten hat gemäß Art. 12 Abs. 5 RL 2014/24/EU zu erfolgen.

Für die Rechnung ist gemäß Art. 12 Abs. 5 i.V.m. Art. 12 Abs. 4 lit. c) RL 2014/24/EU darauf abzustellen, ob die beteiligten öffentlichen Auftraggeber auf dem offenen Markt weniger als 20 % der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten erbringen. Es ist daher im Einzelfall zu überprüfen, ob die an der interkommunalen Kooperation Beteiligten weniger als 20 % ihrer Tätigkeit im Zusammenhang mit der Verwertung von Bioabfällen am offenen Markt erbringen.

Der RL 2014/24/EU ist keine Definition des Begriffs „offener Markt“ zu entnehmen. Es ist daher auszulegen, in welchen Fällen von einer Tätigkeit der Auftraggeber auf dem offenen Markt auszugehen ist. Eine solche Tätigkeit ist jedenfalls anzunehmen, wenn Leistungen der Bioabfallverwertung gegenüber privaten Dritten erbracht werden. Ebenfalls ist eine Tätigkeit am offenen Markt anzunehmen, wenn sich eine Kommune mit ihrer Anlage im Rahmen eines Vergabeverfahrens einer

¹⁶ *EuGH*, Urt. v. 11.01.2005, Az.: C-26/03, Rn. 50.

anderen Kommune am Wettbewerb beteiligt. Erhält sie dadurch den Auftrag, liegt eine Tätigkeit am offenen Markt vor. Hingegen ist in den von Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU erfassten Tätigkeiten nicht von einem Tätigwerden auf dem offenen Markt auszugehen, sodass eine Tätigkeit für andere Kommunen im Rahmen kommunaler Kooperationen der Kooperation mit weiteren Kommunen unabhängig von dem Umfang nicht entgegensteht.

dd) Zwischenergebnis

Eine vergabefreie interkommunale Zusammenarbeit ist möglich, wenn die vorgenannten Voraussetzungen eingehalten sind. Auf die Einzelheiten und die Anwendung der vorgenannten Kriterien wird im Rahmen der Bewertung der unterschiedlichen Modelle unter II. eingegangen.

ee) Sonderfall: Interkommunale Kooperation und anschließender Fremdvergabe

Im Rahmen der interkommunalen Kooperation stellt sich die Frage, ob eine vergabefreie Kooperation voraussetzt, dass die Kommune, der die Aufgabe übertragen wird, die Leistungen selbst (bzw. durch einen Eigenbetrieb) oder durch ein von ihr beherrschtes inhouse-fähiges Unternehmen in Privatrechtsform (Eigengesellschaft) erbringt oder ob auch eine Beauftragung (nicht inhouse-fähiger) Dritter durch diese Kommune möglich ist, ohne dass dadurch die kommunale Kooperation auf der ersten Stufe vergabepflichtig wird.

Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU enthält dazu keine konkreten Vorgaben. Folgt man der zur alten Rechtslage insbesondere von der Kommission vertretenen Ansicht, dass jede Partei über reine Zahlungsverpflichtungen hinausgehende Beiträge leisten muss,¹⁷ lässt die Beauftragung eines Dritten die Vergabefreiheit entfallen, da keine eigenen Beiträge geleistet werden. Wie

¹⁷ Vgl. oben D. I. 1. c) aa) bbb).

dargelegt sprechen aber gewichtige Gründe – namentlich der Wortlaut und die Entstehungsgeschichte – dafür, dass ein solches Erfordernis nicht besteht. Auch der Zweck des Vergaberechts spricht dafür, dass eine Beauftragung nicht inhouse-fähiger Dritter auf der zweiten Stufe unschädlich ist. Zweck des Vergaberechts ist es, den öffentlichen Auftraggeber zu dem Prinzip der Wirtschaftlichkeit zu verpflichten und einen funktionierenden Wettbewerb zu gewährleisten. Erfolgt die Beauftragung eines Dritten im Wege eines Vergabeverfahrens für die Gesamtmenge mehrerer kommunaler Gebietskörperschaften, so erfolgt eine Vergabe der Bioabfallverwertung am offenen Markt für die Bioabfälle beider beteiligter Kommunen.

Ein anderes Ergebnis würde nicht erzielt, wenn auf der ersten Stufe keine interkommunale Kooperation „zwischen geschaltet“ wäre, da dann jeweils einzeln eine Ausschreibung der gleichen Gesamtmenge erfolgen würde. Der Ratio des Vergaberechts ist daher ebenso Rechnung getragen, wenn auf der ersten Stufe eine interkommunale Kooperation erfolgt und erst im zweiten Schritt eine Ausschreibung am Markt stattfindet. Wir gehen daher davon aus, dass eine vergabefreie Kooperation auf der ersten Stufe mit einer anschließenden Vergabe eines Auftrages an einen Dritten vereinbar ist, sofern diese Vergabe ihrerseits im Einklang mit den vergaberechtlichen Anforderungen erfolgt. Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass zu dieser Frage auf Grundlage der neuen Richtlinie noch keine Rechtsprechung vorliegt.¹⁸

¹⁸ In der Entscheidung „Piepenbrock“ (EuGH, Urt. v. 13.06.2013, Az. C-386/11) hatte der EuGH entschieden, dass ein Vertrag zwischen zwei öffentlichen Auftraggebern dann nicht vergabefrei ist, wenn ein privater Dienstleistungserbringer besser gestellt wird als seine Wettbewerber. Auf Grund des dem Verfahren zu Grunde liegenden Vertrages ist das Gericht von der Möglichkeit einer solchen Besserstellung eines Dritten ausgegangen. Der Vertrag erlaubte zur Erfüllung der darin vorgesehenen Aufgabe den Rückgriff auf einen Dritten, so dass nach Auffassung des Gerichts dieser Dritte gegenüber den übrigen auf demselben Markt tätigen Unternehmen begünstigt werden könnte. Die Anforderung, dass ein Dritter gegenüber den übrigen auf demselben Markt tätigen Unternehmen nicht mehr besser gestellt werden darf, ist in der Richtlinie dem Wortlaut nach nicht enthalten. Nur wenn die bisherige Rechtsprechung auch auf Grundlage der neuen Richtlinie fortgesetzt werden sollte, besteht das Risiko der Gefährdung der Vergabefreiheit auf der ersten Stufe bei Einschaltung privater Dritter auf der zweiten Stufe. Erfolgt diese Einschaltung auf Grundlage eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens, liegt aber keine „Besserstellung“ vor.

2. Kartellrecht

Ausgangspunkt der kartellrechtlichen Prüfung bildet die Fragestellung, ob eine Nachfragebündelung bei der Vergabe der Entsorgungsleistungen (Ausschreibungsmodell) gegen kartellrechtliche Vorschriften verstößt bzw. unter welchen Voraussetzungen eine Freistellung vom grundsätzlichen Verbot von Nachfragekartellen in Betracht kommt.

Auf die Anwendung der kartellrechtlichen Fusionskontrolle auf kommunale Gemeinschaftsunternehmen (Betreibermodell) und PPP-Modelle wird unter g) eingegangen.

a) Anwendbarkeit des Kartellrechts

Zunächst stellt sich die Frage, ob die Nachfragebündelung durch kommunale Kooperation bei der Bioabfallverwertung überhaupt zur Anwendbarkeit der kartellrechtlichen Vorschriften führt. Maßgebliche Vorschrift ist insoweit § 1 GWB.

Nach § 1 GWB sind

„Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbes bezwecken oder bewirken, [...] verboten.“

Im Rahmen der interkommunalen Kooperation bei der Bioabfallverwertungsleistungen stellt sich zunächst die Frage, ob die kooperierenden Gebietskörperschaften überhaupt Adressaten des § 1 GWB sind, d.h. unter den Unternehmensbegriff des GWB fallen. Dies könnte deshalb fraglich sein, weil die hier in Rede stehenden Tätigkeiten funktional auf die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben bezogen sind, d.h. den Zweck haben, hoheitliche Aufgaben, hier die Bioabfallverwertung, zu erfüllen.

Nach ganz überwiegender Auffassung fallen jedoch auch öffentlich-rechtliche Körperschaften und Unternehmen im Rahmen ihrer Be-

schaffungstätigkeit unter den funktionalen Unternehmensbegriff des GWB.¹⁹ Danach ist das Kartellrecht auf die öffentliche Hand anwendbar, da ihm ein funktions- und tätigkeitsbezogener Unternehmensbegriff zu Grunde liegt. Als Unternehmen handelt danach, wer zum Zwecke des marktwirtschaftlichen Leistungsaustauschs auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager auftritt. Dementsprechend ist die Nachfragetätigkeit der Gebietskörperschaften zur Verwertung von Bioabfällen ungeachtet der damit letztlich verfolgten hoheitlichen Aufgabe als unternehmerische Tätigkeit anzusehen und die öffentliche Hand entsprechend an das GWB gebunden.

Eine Ausnahme besteht nach der Rechtsprechung des EuG und EuGH nur dann, wenn eine staatliche Einrichtung Waren einkauft, um sie zu rein sozialen Zwecken zu verwenden. In diesem Fall wird die Unternehmenseigenschaft verneint.²⁰ Eine derartige Ausnahme liegt aber bei der Beschaffung von Bioabfallverwertungsdienstleistungen nicht vor.

b) Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen

§ 1 GWB setzt weiter voraus, dass Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen vorliegen. Erfasst werden insoweit alle Formen der Absprache und Abstimmung zwischen den Beteiligten. Für die Subsumption unter die Tatbestandsmerkmale „Vereinbarungen, Beschlüsse, abgestimmte Verhaltensweisen“ ist prinzipiell unerheblich, mit welcher zeitlichen Dauer die Kooperation geführt wird, in welcher Rechtsform sie erfolgt und wie genau die Organisationsform ist. Voraussetzung für die Anwendung von § 1 GWB ist lediglich, dass das Wettbewerbsverhalten selbstständig bleibender Unternehmen koordiniert wird oder koordiniert werden soll.

Für einzelne der angedachten Modelle ist auf Folgendes hinzuweisen: Voraussetzung für die Anwendung von § 1 GWB ist, dass ein

¹⁹ *Bechtold*, GWB, 7. Aufl. 2013, § 1, Rn. 13; Lutz, WRP 2002, 47, 48.

²⁰ *EuG*, Urte. v. 04.03.2003, Az.: T-319/99; *EuGH*, Urte. vom 11.07.2006, Rs. C-205/03 P.

Vertrag zwischen Wettbewerbern vorliegt, der das gegenseitige Wettbewerbsverhältnis betrifft.²¹ Dies ist z.B. beim Anteilsverkauf nicht der Fall. Weiterhin ist erforderlich, dass die beteiligten Unternehmen im Verhältnis zueinander rechtlich und wirtschaftlich selbstständig sind und bleiben.²² Entsprechend ist bei einer Übertragung der Aufgaben etwa auf einen Zweckverband oder eine Anstalt öffentlichen Rechts § 1 GWB nicht anwendbar, denn ein solcher Zweckverband würde die bisher den beteiligten Landkreisen zustehenden Aufgaben übernehmen und wäre für die Nachfrage nach Verwertungsleistungen unabhängig von den beteiligten öffentlich-rechtlichen Körperschaften zuständig. Damit fehlt es an der Erfüllung eines wesentlichen Tatbestandmerkmals von § 1 GWB, nämlich einer Vereinbarung oder Absprache zwischen mehreren Marktteilnehmern.²³ Auf die Errichtung eines Zweckverbandes, dem hoheitliche Aufgaben übertragen werden, findet die Fusionskontrolle nach §§ 35 ff. GWB keine Anwendung.²⁴

c) Beschränkung des Wettbewerbs

§ 1 GWB setzt weiterhin eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs, d.h. eine Wettbewerbsbeschränkung voraus. Eine Wettbewerbsbeschränkung bedeutet eine Beeinträchtigung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit als Anbieter oder Nachfrager.²⁵ Bei kommunalen Beschaffungsk Kooperationen geht es regelmäßig nicht um eine Beschränkung des Anbieterwettbewerbs, sondern um eine solche des Nachfragerwettbewerbs.

Gegenstand der Wettbewerbsbeschränkung ist dabei die Bündelung der Nachfrage, um möglichst hohe Preisnachlässe und möglichst günstige Konditionen zu erzielen. Dadurch kann der Wettbewerb auf dem betroffenen Beschaffungsmarkt eingeschränkt werden, wenn durch den gemeinsamen Einkauf und die damit verbundene

²¹ *Bechtold*, GWB, 7. Aufl. 2013, § 1, Rn. 80.

²² *BGH*, WuW/E 359 ff., 365.

²³ Auf den Zweckverband sind dann wiederum die allgemeinen Regelungen des GWB anwendbar, so etwa das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach § 19 GWB.

²⁴ *Mestmäcker/Veelken* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: GWB, 4. Auflage 2007, § 36 GWB, Rn. 34.

²⁵ *Bechtold*, GWB, 7. Aufl. 2013, § 1, Rn. 33.

Mengenbündelung der potentielle Kreis der Bieter reduziert wird oder bessere Konditionen durchgesetzt werden können.

Bei einer Zusammenarbeit unterschiedlicher Gebietskörperschaften bei der Nachfrage von Verwertungsdienstleistungen für Bioabfälle wird daher im Grundsatz eine Wettbewerbsbeschränkung bezüglich des Nachfragemarktes anzunehmen sein, da das Ziel der Beschaffungskoooperation gerade ist, durch die Bündelung der Nachfrage bessere Preise und Konditionen zu erzielen.

d) Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung

aa) Allgemeine Grundsätze

Eine besondere Bedeutung für die kartellrechtliche Bewertung des vorliegenden Sachverhalts hat das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der „Spürbarkeit“ der Wettbewerbsbeschränkung.²⁶ Eine derartige spürbare Beeinflussung der Marktverhältnisse ist dabei grundsätzlich nur dann gegeben, wenn die kooperierenden Unternehmen, hier also die zusammenarbeitenden Gebietskörperschaften, erhebliche Nachfragevolumina auf sich vereinigen und dadurch erheblich günstigere Bedingungen durchsetzen können.²⁷ Um von einer Spürbarkeit ausgehen zu können, muss die Wettbewerbsbeschränkung nach allgemeiner wirtschaftlicher Erwartung geeignet sein, bei den konkret festzustellenden Marktverhältnissen zur Marktbeeinflussung zu führen. Dabei ist eine Prüfung anhand der Umstände des Einzelfalls erforderlich. Hierfür ist eine räumliche und sachliche Abgrenzung des relevanten Marktes, auf den sich das Nachfrageverhalten auswirkt, erforderlich.

bb) Marktbegriff/betroffene Märkte

Die Marktabgrenzung ist sowohl in sachlicher als auch in räumlicher Hinsicht vorzunehmen. Dabei ist stets auf die Sicht

²⁶ Vgl. zur spürbaren Außenwirkung *Bechtold*, *GWB*, 7. Aufl. 2013, § 1, Rn. 41 ff.

²⁷ *Bechtold*, *GWB*, 7. Aufl. 2013, § 1, Rn. 96.

der Marktgegenseite abzustellen.²⁸ Eine Trennung ist deshalb zwischen Anbieter- und Nachfragemärkten erforderlich. Bei Nachfragemärkten ist auf die Sicht des Anbieters abzustellen.

aaa) Sachliche Marktabgrenzung

Die bisherige kartellrechtliche Spruchpraxis grenzt den Markt der Bioabfallverwertung in mehrfacher Hinsicht ab. Zum einen wird davon ausgegangen, dass von dem Markt der Sammlung und des Transportes von Bioabfällen der Markt der Verwertung/Beseitigung zu unterscheiden ist. Eine derartige Trennung wurde bisher jedenfalls ausdrücklich für den Bereich der Siedlungsabfälle vorgenommen, da eine Kopplung der Aufträge für die Sammlung und den Transport einerseits und für die Verwertung/Beseitigung andererseits nicht erfolgt.²⁹ Da auch im Bereich der Bioabfallverwertung die Vergabe von Dienstleistungen typischerweise für Sammlung und Transport einerseits und Verwertung/Beseitigung andererseits getrennt erfolgt, ist von sachlich unterschiedlichen Märkten auszugehen.

Weiterhin ist bei Bioabfällen zwischen den aus Haushalten gemäß § 17 Abs. 1 KrWG überlassungspflichtigen Abfällen und Garten- und Parkabfällen aus anderen Herkunftsbereichen zu trennen. Garten- und Parkabfälle sind überwiegend pflanzliche Abfälle aus der Pflege von öffentlichen Parkanlagen, Gärten, Grünflächen, Friedhöfen und Straßenbegleitgrün. Diese nicht überlassungspflichtigen Abfallarten bilden einen gesonderten sachlichen Markt. Hintergrund der Unterscheidung der Märkte zwischen Bioabfällen aus Haushaltungen einerseits und sonstigen Grünabfällen andererseits ist die Preisdifferenz der Behandlung der unterschiedlichen Bioabfälle.³⁰

²⁸ *BGH*, WuW/E DG-R 357 ff.

²⁹ *BKartA*, Beschl. v. 24.05.2002, Az.: B 10-248/01, Rn. 56.

³⁰ *BKartA*, a.a.O., Rn. 29.

bbb) Räumliche Marktabgrenzung

In der kartellrechtlichen Spruchpraxis zur räumlichen Marktabgrenzung sind für den Entsorgungsmarkt bisher grundsätzlich zwei Herangehensweisen zu identifizieren:

Um den räumlichen Markt abzugrenzen, wird einerseits eine Analyse von Ausschreibungen vorgenommen und insoweit der räumliche Bereich festgestellt, aus dem heraus Angebote erfolgen, andererseits wird ohne nähere Prüfung ein regionaler Markt unter Bezugnahme auf betreffende Bundesländer angenommen.

Übertragen auf die vorliegende Konstellation der Nachfrage nach der Verwertung von Bioabfällen bedeutet dies, dass zu ermitteln ist, aus welcher Entfernung sich üblicherweise Anbieter von Verwertungsdienstleistungen auf Ausschreibungen für die Verwertung von Bioabfällen bewerben. Bei einer interkommunalen Kooperation innerhalb von Baden-Württemberg liegt es zumindest nahe, jedenfalls das gesamte Landesgebiet in den räumlichen Markt mit einzubeziehen.

Wie schon bei der sachlichen Marktabgrenzung kann auch der räumliche Markt, je nach nachgefragter Leistung, Veränderungen unterliegen. Dies wäre insbesondere dann der Fall, wenn konkrete Vorgaben für die Art der Verwertung und die eingesetzten Anlagen gemacht würden. Soweit Daten über vorhergehende Ausschreibungen und die daraufhin erfolgten Bewerbungen vorliegen, sind diese bei der kartellrechtlichen Bewertung für die räumliche Marktabgrenzung zu berücksichtigen.

Ausweislich der Studie „Aufwand und Nutzen einer optimierten Bioabfallverwertung hinsichtlich Energieeffizi-

enz, Klima- und Ressourcenschutz“³¹ liegt das tatsächliche Bio- und Grünabfallaufkommen über den in Baden-Württemberg genehmigten Anlagekapazitäten. Es ist daher davon auszugehen, dass Angebote für die Verwertung von Bioabfällen auch aus anderen Bundesländern stammen und der räumliche Markt daher wohl auch die Landesgrenzen überschreitet.

cc) Marktanteil und Spürbarkeitsschwelle

Nachdem die Marktabgrenzung erfolgt ist, stellt sich die Frage, welcher Marktanteil bezogen auf die nachgefragte Dienstleistung noch unterhalb der „Spürbarkeitsschwelle“ liegt. Für kommunale Beschaffungsk Kooperationen wird dabei davon ausgegangen, dass eine Marktbeeinträchtigung nicht vorliegt, sofern ein Marktanteil von 15 % auf dem jeweiligen Nachfragemarkt nicht überschritten wird.³² Bleibt die 15 %-Schwelle unterschritten, sprechen gute Gründe dafür, dass es bereits an einer Spürbarkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung fehlt und damit der Tatbestand von § 1 GWB nicht erfüllt ist. Im Einzelfall kann jedoch auch bei Unterschreiten der 15 %-Schwelle eine spürbare Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegen und damit der Tatbestand von § 1 GWB erfüllt sein. Dies ist z.B. dann denkbar, wenn die kooperierenden Gebietskörperschaften trotz Unterschreitens der 15 %-Schwelle eine starke Stellung auf den Nachfragemärkten innehaben, die genutzt werden könnte, um die Wettbewerbsstellung anderer Teilnehmer auf den jeweiligen Märkten zu beeinträchtigen. Die Spürbarkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung könnte auch dann anzu-

³¹ Durchgeführt durch das Witzenhausen-Institut für Abfall, Umwelt und Energie GmbH im Auftrag des Umweltbundesamtes, 43/2010, S. 79.

³² Vgl. Ziff. 208 der Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (sog. Horizontalleitlinien), ABl. 2011 C 11/01, in der es heißt: „*Es gibt keine absolute Schwelle, bei deren Überschreiten davon ausgegangen werden kann, dass eine gemeinsame Einkaufsregelung Marktmacht begründet, so dass sie wahrscheinlich wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 hat. In den meisten Fällen ist es jedoch unwahrscheinlich, dass Marktmacht besteht, wenn die Parteien der gemeinsamen Einkaufsregelung sowohl auf den Einkaufsmärkten als auch auf den Verkaufsmärkten einen gemeinsamen Marktanteil von nicht mehr als 15 % haben.*“; vgl. auch *Bechtold*, GWB, 7. Aufl. 2013, § 1, Rn. 96 f.

nehmen sein, wenn es auf der Marktgegenseite an starken Anbietern fehlt.

Um festzustellen, ob die Spürbarkeitsschwelle überschritten ist, müssten die Marktanteile konkret ermittelt werden und zu dem relevanten räumlichen Markt in Bezug gesetzt werden.

e) **Freistellung**

Nach §§ 2 und 3 GWB besteht grundsätzlich die Möglichkeit einer Freistellung von Vereinbarungen vom Verbot des § 1 GWB. Die – schon entsprechend ihrer Rechtsnatur als Ausnahmenvorschriften – eng auszulegenden Vorschriften enthalten eine Reihe von Voraussetzungen, die zu erfüllen sind.

aa) **Freistellung als Mittelstandskartell (§ 3 GWB)**

Eine Freistellung nach § 3 GWB (Freistellung als Mittelstandskartell) setzt voraus, dass Ziel der Vereinbarung die Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge durch zwischenbetriebliche Zusammenarbeit ist, der Wettbewerb auf dem Markt nicht wesentlich beeinträchtigt wird und die Vereinbarung oder der Beschluss dazu dient, die Wettbewerbsfähigkeit kleinerer und mittlerer Unternehmen zu verbessern. Hierbei ist zudem zu beachten, dass § 3 GWB nur dann Anwendung findet, wenn der zwischenstaatliche Handel nicht berührt ist. Eine Freistellung ist auch bei Überschreiten der 15 %-Schwelle nicht grundsätzlich ausgeschlossen, sondern setzt eine Widerlegung der Vermutung einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung voraus. Dies ist aufgrund einer Analyse des jeweiligen Nachfragemarktes zu leisten.

Bei der Anwendung von § 3 GWB ist zu prüfen, ob die einzelnen Partner der interkommunalen Zusammenarbeit noch als kleines oder mittleres Unternehmen gelten; andernfalls ist nachzuweisen, dass ihre Beteiligung erforderlich ist, um die Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer kommunaler Gebietskörperschaften zu verbessern. Eine Legaldefinition der

Begriffe „kleine und mittlere Unternehmen“ existiert nicht.³³ Das Bundeskartellamt geht davon aus, dass auf das relative Verhältnis der aktuellen Marktteilnehmer abzustellen ist.³⁴ Die Zugehörigkeit zur öffentlichen Hand schließt die Qualifizierung als kleines oder mittleres Unternehmen nicht aus.³⁵ In der Rechtsprechung finden sich bisher keine Präzedenzfälle zur Einstufung von Landkreisen als kleine oder mittlere Unternehmen auf dem Nachfragemarkt der Bioabfallverwertung. Die Landkreise in Baden-Württemberg haben eine sehr heterogene Struktur (die Einwohnerzahlen reichen von ca. 52.000 bis 597.000); insbesondere die größeren Landkreise können nicht mehr als mittlere Unternehmen auf dem Nachfragemarkt für Bioabfall eingestuft werden.

bb) Freistellung nach § 2 GWB

Scheidet eine Freistellung nach § 3 GWB danach aus, kann eine Freistellung nach § 2 GWB in Betracht kommen. Voraussetzung ist insoweit, dass die Vereinbarung unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts beiträgt. Hierbei dürfen den beteiligten Unternehmen keine Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

Eine angemessene Beteiligung der Verbraucher am Gewinn ist aufgrund des Kostendeckungsprinzips, dem gebührenkalkulierende Einrichtungen unterliegen, regelmäßig zu bejahen.

Ausgangspunkt für eine Beurteilung, ob der Wettbewerb ausgeschaltet wird, ist auch hier die Abgrenzung des relevanten

³³ *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: GWB, 4. Auflage 2007, § 3, Rn. 34.

³⁴ *BKartA*, Merkblatt Mittelstandskooperationen (2007), Rn. 12.

³⁵ *Nordemann*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Auflage 2009, § 3, Rn. 18.

Marktes, um die Marktanteile der beteiligten Unternehmen ermitteln zu können. Eine konkrete Festlegung einer Obergrenze gibt es nicht. Es gilt zunächst allgemein der Grundsatz, dass eine Freistellung bei sehr hohen Marktanteilen nicht in Betracht kommt. Bejaht man im Einzelfall auch unterhalb eines Marktanteils von 15 % eine spürbare Wettbewerbsbeeinträchtigung, ist jedenfalls bei Unterschreiten der 15-Prozent-Schwelle zu vermuten, dass nicht für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren der Wettbewerb ausgeschaltet ist. Nach allgemeiner Auffassung lassen sich zudem aus den Marktanteilsschwellen in den verschiedenen sog. Gruppenfreistellungsverordnungen (GVO), die nach § 2 Abs. 2 GWB als Europäisches Recht unmittelbar anwendbar, hier jedoch nicht einschlägig sind,³⁶ wichtige Hinweise für noch akzeptable Marktanteile ableiten. Demnach dürften Anteile in Höhe von 20-30 % die Freistellung im Regelfall nicht hindern, oberhalb von 40 % jedoch nur in Ausnahmefällen akzeptabel sein.³⁷

Eine Beurteilung der Freistellungs Voraussetzungen setzt voraus, dass die zu bündelnde Nachfragemenge ins Verhältnis zur Gesamtnachfrage nach Bioabfallverwertung auf dem räumlich relevanten Markt gesetzt wird.

f) Anwendung der Grundsätze auf die beabsichtigten Kooperationsmodelle

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass es sowohl für die Annahme einer spürbaren Wettbewerbsbeschränkung als auch für die Prüfung der Freistellungs Voraussetzungen insbesondere auf die räumliche Marktabgrenzung ankommt. Soweit es überregionale Anbieter gibt und Bioabfälle in Anlagen in anderen Bundesländern entsorgt werden, kann dies zu einer überregionalen, ggf. sogar bundesweiten Marktabgrenzung führen. Legt man einen überregionalen oder sogar bundesweiten Markt zugrunde, ergibt sich bei einer Kooperation mehrerer Landkreise in Baden-Württemberg, dass eine

³⁶ Vgl. aktuelle Liste unter: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html>.

³⁷ *Fuchs*, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht – GWB, 4. Aufl., 2007, § 2 Rn. 107 m.w.N.

spürbare Marktbeeinträchtigung sicher auszuschließen ist. Allerdings kann sich diese Einordnung bislang nicht auf eine entsprechende Spruchpraxis des Bundeskartellamts bzw. des Kartellsenats des OLG Düsseldorf stützen.

Würde man eine sehr enge Marktabgrenzung vornehmen, die nur auf das Bundesland Baden-Württemberg und ggf. angrenzende Kommunen abstellt, ist von einer spürbaren Wettbewerbsbeschränkung erst auszugehen, wenn die Spürbarkeitsschwelle von 15% überschritten wird. Ab wann diese Schwelle erreicht wird, ist wiederum von der Menge der durch die Kooperation erfassten Bioabfälle abhängig. Auch bei der engen Marktabgrenzung ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Freistellungsvoraussetzungen nach § 2 GWB begründet werden können, etwa weil der gemeinsame Marktanteil nicht über ca. 30 % liegt.

Nach Erhebungen des Statistischen Landesamtes Baden-Württemberg beträgt das Aufkommen an getrennt erfassten Grünabfällen und Abfällen aus der Biotonne in Baden-Württemberg im Jahr 2013 etwa 1.379.000 Mg (473.000 Mg Abfälle aus der Biotonne und 906.000 Mg Grünabfälle).³⁸ Eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung droht selbst bei einer engen Marktabgrenzung erst, wenn die Kooperation mehr als ca. 71.000 Mg/a Abfälle aus der Biotonne bzw. mehr als ca. 136.000 Mg/a Grünabfälle (jeweils 15 % der Gesamtmenge) erfasst. Auch oberhalb dieser Grenzen kann eine Kooperation bei Vorliegen der Freistellungsvoraussetzungen nach den §§ 2, 3 GWB erfolgen.

g) Fusionskontrolle

In den PPP- und Betreibermodellen stellt sich weiterhin die Frage, ob die Gründung einer gemeinsamen Institution der Fusionskontrolle nach § 35 ff. GWB unterliegt.

³⁸ Statistisches Landesamt Baden-Württemberg, Stuttgart, 2014, <https://www.statistik-bw.de/UmweltVerkehr/Landesdaten/a2bo5.asp.de>.

Es ist das nationale Kartellrecht anwendbar, da es sich nicht um Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung i.S.v. Art. 1 VO 139/2004 handelt.

Grundsätzlich findet das GWB und auch die Fusionskontrolle auf die öffentliche Hand Anwendung.³⁹ Dies gilt allerdings nur, wenn eine unternehmerische Tätigkeit besteht. Dies wiederum ist der Fall, sobald die öffentliche Hand als Anbieter oder Nachfrager von Leistungen am Wirtschaftsleben teilnimmt und dadurch in Wettbewerbsbeziehungen zu Dritten eintritt.⁴⁰ Es ist daher davon auszugehen, dass auch die Gründung einer gemeinsamen Institution zur Erbringung von Verwertungsleistungen für Bioabfall der Fusionskontrolle unterliegen kann,⁴¹ sofern die Schwellenwerte des § 35 GWB für die Umsatzerlöse der beteiligten Kommunen bzw. Unternehmen überschritten sind.⁴²

Es ist weiter zu berücksichtigen, dass – auch wenn die übrigen Voraussetzungen der Anwendung des nationalen Rechts über die Fusionskontrolle im Einzelfall vorliegen – die Vorschriften der §§ 35 ff. GWB keine Anwendung finden, solange ein Wettbewerb nicht eröffnet ist. Davon ist jedenfalls für Bereiche auszugehen, in denen ein Anschluss- und Benutzungszwang besteht.⁴³ Davon ist allerdings nicht zwingend auch die Verwertung von Bioabfällen erfasst. Allerdings könnte insoweit darauf abgestellt werden, dass ein Wettbewerb nicht eröffnet ist, solange lediglich der kommunale Eigenbedarf durch den Zusammenschluss gedeckt wird.

Fällt die Gründung einer gemeinsamen Institution – insbesondere bei der Erbringung von Dienstleistungen auch gegenüber Dritten und bei der Beteiligung Privater – in den Anwendungsbereich der

³⁹ *BGH*, Beschl. v. 16.01.2008 - KVR 26/07, WuW/DE-R 2327, Rn. 14; siehe auch die Ausnahmeregelung für die Zusammenlegung kommunaler Einrichtungen und Betriebe im Zusammenhang mit einer kommunalen Gebietsreform (§ 35 Abs. 2 Satz 2 GWB).

⁴⁰ *BGH*, Urt. v. 10.10.1989 - KZR 22/88, WuW/E BGH 2603; *BGH*, Urt. v. 12.12.1991 - KZR 26/89, NJW 1991 S. 2963 ff.; *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl. 2007, § 130 Rn. 14.

⁴¹ So für den ÖPNV z. B. *BKartA*, Beschl. v. 02.12.2003, Az.: B 9 - 91/03, WuW/E DE-V 891; *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl. 2007, § 130 Rn. 36, 45; Zur Diskussion um den Krankenhausbereich vgl. *Bechtold*, GWB, 7. Aufl. 2013, § 130 Rn. 6 ff.

⁴² Dies kann insbesondere bei der Beteiligung kommunaler Stadtwerke oder großer privater Entsorger der Fall sein.

⁴³ *Emmerich/Rehbinder/Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl. 2007, § 130 Rn. 39 ff.

Fusionskontrolle, ist eine Anmeldung beim Bundeskartellamt erforderlich. Dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet wird, die zu einem Verbot des Zusammenschlusses führt, erscheint – in Abhängigkeit von der Größe des Zusammenschlusses – allerdings unwahrscheinlich. Dazu wäre gem. § 18 Abs. 4 GWB ein Marktanteil von 40% erforderlich. Auch bei einer engen räumlichen Abgrenzung des Marktes⁴⁴ ist diese Schwelle erst bei einem Marktanteil von mehr als ca. 550.000 Mg/a erreicht.

3. Kommunalrecht

Das Kommunalrecht ist für die vorliegende Fragestellung in zweifacher Hinsicht von Bedeutung. Zum einen ist insbesondere mit Blick auf das PPP-Modell und das Betreibermodell die Frage zu beantworten, in welchen Fällen eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde zulässig ist (dazu a). Weiterhin ist zu prüfen, welche Möglichkeiten der rechtlichen Ausgestaltung der interkommunalen Zusammenarbeit von den einschlägigen Rechtsvorschriften vorgesehen werden (dazu b).

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass § 103 Gemeindeordnung für Baden-Württemberg (GemO BW) besondere Regelungen für Unternehmen in Privatrechtsform vorsieht. § 103 Abs. 1 GemO BW legt die Voraussetzungen fest, unter denen eine Gemeinde ein solches Unternehmen errichten, übernehmen, wesentlich erweitern oder sich daran beteiligen darf. Insbesondere muss im Gesellschaftsvertrag oder der Satzung sichergestellt werden, dass der öffentliche Zweck des Unternehmens erfüllt wird (§ 103 Abs. 1 Nr. 2 GemO BW). Es muss ein angemessener Einfluss der Gemeinde auf das Unternehmen bestehen (§ 103 Abs. 1 Nr. 3 GemO BW). § 103 Abs. 2 GemO BW schließt darüber hinaus mit Ausnahme von Sonderfällen die Betätigung in Form einer Aktiengesellschaft aus.

a) Zulässigkeit wirtschaftlicher Tätigkeit

Die kommunalrechtliche Zulässigkeit einer wirtschaftlichen Tätigkeit der Gemeinde richtet sich nach § 102 GemO BW. Die einschlägige Vorschrift lautet:

⁴⁴ S.o., D. I. 2. d) bb).

„(1) Die Gemeinde darf ungeachtet der Rechtsform wirtschaftliche Unternehmen nur errichten, übernehmen, wesentlich erweitern oder sich daran beteiligen, wenn

1. der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt,
2. das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht und
3. bei einem Tätigwerden außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge der Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Anbieter erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

(3) Wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinde sind so zu führen, dass der öffentliche Zweck erfüllt wird; sie sollen einen Ertrag für den Haushalt der Gemeinde abwerfen.

(4)-(6) [...]

(7) Die Betätigung außerhalb des Gemeindegebiets ist zulässig, wenn bei wirtschaftlicher Betätigung die Voraussetzungen des Absatzes 1 vorliegen und die berechtigten Interessen der betroffenen Gemeinden gewahrt sind. [...]

Die Vorschrift findet gemäß § 48 LKrO BW auch auf Landkreise Anwendung.

aa) Wirtschaftliche Betätigung

§ 102 GemO BW enthält keine Definition des Begriffs der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde. Herkömmlich werden

unter der wirtschaftlichen Betätigung alle Unternehmen, Einrichtungen und Anlagen der Gemeinde verstanden, die auch von einem Privatunternehmen mit der Absicht der Gewinnerzielung betrieben werden.⁴⁵

Soweit in den zu prüfenden Modellen eine Beteiligung an einer Anlage oder die Errichtung/Betrieb einer Anlage vorgesehen ist, stellt dies – auch auf dem Gebiet der Abfallwirtschaft – eine wirtschaftliche Betätigung i.S.d. Gemeindeordnung dar, denn entsprechende Verwertungsanlagen werden auch von Privaten mit der Absicht der Gewinnerzielung betrieben. Eine solche Tätigkeit ist daher an den Vorschriften über die Kommunalwirtschaft zu messen.

bb) Rechtfertigung durch einen öffentlichen Zweck (§ 102 Abs. 1 Nr. 1 GemO BW)

Bei der Frage, ob ein öffentlicher Zweck ein Unternehmen rechtfertigt, haben Kommunen einen weiten Beurteilungsspielraum. Anerkannte öffentliche Zwecke sind beispielsweise struktur- und konjunkturpolitische Ziele, wirtschaftsfördernde und arbeitssichernde Aktivitäten, Belange des Umweltschutzes und der Kultur, die Förderung des allgemeinen Wohls, die Deckung des gemeindlichen Eigenbedarfs sowie Aufgaben der Daseinsvorsorge.⁴⁶

Bei der Wahrnehmung von Aufgaben, die den Landkreisen auf Grund der Vorschriften des Kreislaufwirtschaftsgesetzes und der entsprechenden landesrechtlichen Regelungen obliegen, handelt es sich – auch bei der Erfüllung dieser Aufgaben durch eine Gesellschaft in Privatrechtsform – um solche, die durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt sind.

⁴⁵ Klaus Ade/Bernd Klee/Stefan Metzinger/Karl Reif/Bernd Joachim Schindler/Berit Adam/Erwin Ulmer, Praxis der Kommunalverwaltung, B 9 aBW BW, zu § 102, Begriff der wirtschaftlichen Betätigung.

⁴⁶ BVerwG, Urt. v. 22.02.1972, Az.: I C 24/69, BVerwGE 39, 329 (334).

cc) Angemessenheit (§ 102 Abs. 1 Nr. 2 GemO BW)

Voraussetzung für die Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung ist weiterhin, dass ein angemessenes Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf besteht. Dazu soll die Gemeinde untragbare Risiken vermeiden und sich grundsätzlich mit der wirtschaftlichen Betätigung auf das Gemeindegebiet beschränken.⁴⁷ Auf Grund des finanziellen Risikos, das mit einer wirtschaftlichen Unternehmung verbunden ist, dient die Regelung dazu, die Gemeinde vor Überforderung zu schützen. Es soll vermieden werden, dass Verpflichtungen eingegangen werden, die nicht durch die allgemeine Finanz- und Verwaltungskraft der Gemeinde abgedeckt werden können.

Die Vorschrift steht allerdings einer interkommunalen Kooperation nicht entgegen, soweit die bestehende Finanz- und Verwaltungskraft der beteiligten Landkreise insgesamt nicht überschritten wird. Soweit die beabsichtigte Kooperation nicht deutlich über den Bedarf der beteiligten Landkreise hinausgeht, ist im Regelfall von einer Angemessenheit der Betätigung auszugehen.

dd) Subsidiarität (§ 102 Abs. 1 Nr. 3 GemO BW)

Durch die Subsidiaritätsklausel soll gewährleistet werden, dass die Gebietskörperschaft sich nicht unkontrolliert den Risiken und Gefahren der Teilnahme am Wettbewerb aussetzt. Der Gemeinde steht bei der Beurteilung der Subsidiarität im Einzelfall ein Beurteilungsspielraum zu.⁴⁸

Die Subsidiaritätsklausel ist vorliegend allerdings nicht anwendbar, da die kommunale Entsorgungswirtschaft Teil der kommunalen Daseinsvorsorge ist.

⁴⁷ Klaus Ade/Bernd Klee/Stefan Metzinger/Karl Reif/Bernd Joachim Schindler/Berit Adam/Erwin Ulmer, Praxis der Kommunalverwaltung, B 9 aBW BW, zu § 102, Zulässigkeit der wirtschaftlichen Unternehmen.

⁴⁸ Klaus Ade/Bernd Klee/Stefan Metzinger/Karl Reif/Bernd Joachim Schindler/Berit Adam/Erwin Ulmer, Praxis der Kommunalverwaltung, B 9 aBW BW, zu § 102, Zulässigkeit der wirtschaftlichen Unternehmen.

ee) Zwischenergebnis

Auch soweit im Rahmen der Kooperation eine Beteiligung an (oder Errichtung, Übernahme, wesentliche Erweiterung von) einem wirtschaftlichen Unternehmen erfolgt, ist diese zulässig, solange insbesondere die Angemessenheit gewahrt bleibt.

b) Rechtsformen für die Zusammenarbeit

Für die unterschiedlichen Modelle bieten sich verschiedene Formen der Zusammenarbeit an. Diese werden nachstehend überblicksartig dargestellt. Dabei wird zwischen nichtinstitutionellen und institutionellen Formen der Zusammenarbeit unterschieden. Nähere Ausführungen folgen in Kap. II. zu den einzelnen Modellen.

aa) Nichtinstitutionelle Zusammenarbeit

Die nichtinstitutionelle Zusammenarbeit kommt insbesondere für das Einbahnstraßenmodell sowie das Austauschmodell in Betracht. Neben den hier zu vernachlässigenden Möglichkeiten einer Zusammenarbeit auf privatrechtlicher Grundlage kommt insbesondere der Abschluss einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung gemäß § 25 Gesetz über kommunale Zusammenarbeit (GKZ) in Frage. Gemäß § 25 Abs. 1 GKZ können Gemeinden und Landkreise vereinbaren, dass eine der beteiligten Körperschaften bestimmte Aufgaben für alle Beteiligten erfüllt. § 25 Abs. 1 Satz 2 GKZ bestimmt weiter, dass durch die Vereinbarung das Recht und die Pflicht der übrigen Körperschaften zur Erfüllung der Aufgabe auf die übernehmende Körperschaft übergehen. Es handelt sich daher um eine sog. delegierende Zweckvereinbarung.

Gemäß § 25 Abs. 4 GKZ bedarf die öffentlich-rechtliche Vereinbarung der Genehmigung der in § 28 Abs. 2 GKZ bestimmten Rechtsaufsichtsbehörde. Weiterhin sieht § 25 Abs. 5 Satz 1 GKZ vor, dass die Vereinbarung von den Beteiligten öffentlich be-

kannt zu machen ist. Es ist darauf hinzuweisen, dass durch die Bekanntmachungsverpflichtung auch die jeweils vereinbarten Deckungsbeiträge bzw. Entgelte bekannt werden.

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass die Kooperation auch durch einen koordinationsrechtlichen öffentlich-rechtlichen Vertrag gemäß § 54 ff. VwVfG erfolgen kann.

bb) Institutionelle Formen der Zusammenarbeit

Insbesondere für das PPP-Modell und das Betreibermodell bieten sich institutionalisierte Formen der Zusammenarbeit an. Dabei kann zwischen einer privatrechtlichen Zusammenarbeit (GmbH) und einer öffentlich-rechtlichen Zusammenarbeit (Zweckverband, gemeinsame selbstständige Kommunalanstalt) unterschieden werden.

Die GmbH als Rechtsform ist im GmbH-Gesetz geregelt. Ihre Gründung kann durch beliebig viele Gesellschafter erfolgen. Als Gesellschafter können sich sowohl Gebietskörperschaften als auch Private beteiligen. Die GmbH als institutionelle Form der Zusammenarbeit von Kommunen ist im GKZ nicht ausdrücklich geregelt, wird aber auch nicht ausgeschlossen.

Der Zweckverband ist in § 2 ff. GKZ geregelt. Verbandsmitglieder können gemäß § 2 Abs. 1 GKZ Gemeinden und Landkreise sein. § 2 Abs. 2 GKZ erweitert die möglichen Mitglieder um andere Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts sowie natürliche und juristische Personen des Privatrechts, wenn die Erfüllung der Verbandsaufgaben durch deren Mitgliedschaft gefördert wird und Gründe des öffentlichen Wohls nicht entgegenstehen. Der Zweckverband ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts. Gemäß § 4 GKZ gehen die Aufgaben, die von der Zusammenarbeit erfasst werden, auf den Zweckverband über.

Bisher nicht im Gesetz vorgesehen, aber mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Gemeindeordnung, des Gesetzes über kommunale Zusammenarbeit und anderer Gesetze⁴⁹ geplant, ist die Einführung einer selbstständigen Kommunalanstalt in § 102a GemO BW. Entsprechend sieht der Entwurf in § 24a GKZ eine gemeinsame selbstständige Kommunalanstalt vor. Nach der derzeit vorliegenden Entwurfsfassung können an einer gemeinsamen selbstständigen Kommunalanstalt ausschließlich Gemeinden und Kreise beteiligt sein.

4. Steuerrecht

Im Rahmen des Steuerrechts ist vor allem die Frage von Interesse, ob bei einzelnen der behandelten Modelle Auswirkungen auf die Umsatzsteuerpflicht entstehen können.

Eine Umsatzsteuerfreiheit besteht, wenn die Kommune die Leistung selbst erbringt. Demgegenüber sind die Leistungen einer (auch kommunalen) GmbH bereits kraft Rechtsform umsatzsteuerpflichtig. Ebenso ist bei der Drittbeauftragung – ggf. nach einer europaweiten Ausschreibung – die Umsatzsteuer zu entrichten und zwar auch, wenn eine andere Kommune privatrechtlich beauftragt wird, die insoweit außerhalb ihrer hoheitlichen Aufgaben tätig wird.

Insbesondere in den Einbahnstraßen- und Austauschmodellen stellt sich aber die Frage, ob die von einer Kommune für eine andere Kommune erbrachten Leistungen steuerbar sind. Bis zum Jahre 2011 wurde in der Praxis davon ausgegangen, dass sog. Beistandsleistungen von Kommunen untereinander steuerfrei sind.

Nunmehr ist allerdings die neuere Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs aus dem Jahr 2011 zu berücksichtigen. Diese wird nachstehend dargelegt und ihre möglichen Konsequenzen werden aufgezeigt.

⁴⁹ Stand: 13.08.2014, Az.: 2-2207.0/18 des Innenministeriums Baden-Württemberg.

a) Urteil des Bundesfinanzhofs⁵⁰

Der BFH knüpft an § 2 Abs. 3 Satz 1 Umsatzsteuergesetz (UStG) an, wonach juristische Personen des öffentlichen Rechts im Rahmen ihrer Betriebe gewerblicher Art (BgA) gewerblich oder beruflich tätig und mithin Unternehmer sind. § 2 Abs. 3 Satz 1 UStG verweist für die Definition von Betrieben gewerblicher Art wiederum auf § 1 Abs. 1 Nr. 6 und § 4 Körperschaftsteuergesetz (KStG). Nach § 1 Abs. 1 Nr. 6 KStG unterliegen Betriebe gewerblicher Art von juristischen Personen des öffentlichen Rechts der unbeschränkten Steuerpflicht. § 4 Abs. 1 KStG enthält sodann die Definition, wann ein Betrieb gewerblicher Art bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts anzunehmen ist. Zu den Betrieben gewerblicher Art gehören nach § 4 Abs. 5 KStG nicht Betriebe, die überwiegend der Ausübung der öffentlichen Gewalt dienen, sog. Hoheitsbetriebe.

Schwerpunkt der Entscheidung des BFH ist entsprechend die Prüfung der Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 KStG. Dabei verfährt der BFH in folgenden Schritten:

aa) Nachhaltige wirtschaftliche Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen

Gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 KStG ist Voraussetzung für die Annahme eines Betriebes gewerblicher Art zunächst, dass die Einrichtung einer nachhaltigen wirtschaftlichen Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen dient. Dabei genügt es, dass die Einrichtung über einen längeren Zeitraum gegen Entgelt tätig wird. Aus der Erhebung von Entgelten folgert der BFH in seiner Entscheidung, dass auch eine nachhaltige Tätigkeit vorliegt. Wie § 4 Abs. 1 Satz 2 KStG festlegt, kommt es auf die Absicht Gewinn zu erzielen oder die Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr nicht an.

⁵⁰ BFH, Urt. v. 10.11.2011, Az.: V R 41/10.

bb) Heraushebung innerhalb der Gesamtbetätigung

Weiterhin ist nach § 4 Abs. 1 Satz 1 KStG erforderlich, dass sich die Einrichtung innerhalb der Gesamtbetätigung der juristischen Person wirtschaftlich heraushebt. Dies ist der Fall, wenn die Einrichtung umfangreich genug ist, um einer einzelnen Person eine bescheidene Existenzmöglichkeit zu geben.⁵¹ Bestimmten Gewinn- oder Umsatzgrenzen, wie sie in Abschnitt 6 der Körperschaftssteuer Richtlinien 2004 vorgesehen sind, kommt demgegenüber keine eigenständige Bedeutung zu, da sie weder mit dem Erfordernis der Gleichmäßigkeit der Besteuerung, noch mit dem notwendigen Ausschluss von Wettbewerbsverzerrungen im Verhältnis zu privaten Unternehmern vereinbar sind.⁵²

cc) Europarechtliche Vorgaben

In der Entscheidung führt der BFH weiter aus, dass bei der Beantwortung der Frage der Steuerbarkeit der juristischen Person des öffentlichen Rechts das Europarecht zu beachten ist. Hierzu wird auf die Vorschrift von Art. 4 Abs. 5 der Richtlinie 77/388/EWG verwiesen.⁵³

Nach Art. 13 MwStSystRL sind Einrichtungen des öffentlichen Rechts nicht steuerpflichtig, wenn sie Tätigkeiten ausüben oder Umsätze bewirken, die ihnen im Rahmen der öffentlichen Gewalt obliegen. Art. 13 Abs. 1 Unterabs. 2 MwStSystRL besagt weiter, dass auch für Tätigkeiten im Rahmen der öffentlichen Gewalt dann eine Steuerpflicht anzunehmen ist, sofern eine Behandlung als nicht steuerpflichtige Tätigkeit zu größeren Wettbewerbsverzerrungen führen würde. Der BFH schlussfolgert daraus, dass bei der Auslegung des § 4 KStG eine Unter-

⁵¹ Erhard, in: Blümich, KStG, 113. Aufl., Rn. 41.

⁵² BFH, Urt. v. 15.04.2010, Az.: V R 10/09, BFHE 229, 416.

⁵³ Die Richtlinie 77/388/EWG ist inzwischen ersetzt worden durch die Mehrwertsteuer-Systemrichtlinie (MwStSystRL). Die nunmehr als Art. 13 (Einrichtungen des öffentlichen Rechts) firmierende Vorschrift entspricht jedoch im Wortlaut der Vorschrift des Art. 4 Abs. 5 der Richtlinie 77/388/EWG.

scheidung zwischen den Handlungsformen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts zu machen ist.

aaa) Privatrechtliches Handeln

Handelt die Einrichtung auf privatrechtlicher Grundlage durch Vertrag, kommt es auf weitere Voraussetzungen nicht an. Soweit die Einrichtung, wie oben dargelegt, einer nachhaltigen wirtschaftlichen Tätigkeit nachgeht und sich diese innerhalb der Gesamtbetätigung der juristischen Person heraushebt, ist immer von einer Steuerbarkeit der Umsätze auszugehen.⁵⁴

bbb) Öffentlich-rechtliche Handlungsform

Erfolgt die Tätigkeit der Einrichtung auf öffentlich-rechtlicher Grundlage, also etwa durch Verwaltungsakt oder öffentlich-rechtlichen Vertrag, so ist von einer Steuerbarkeit der Umsätze auszugehen, wenn eine Behandlung als Nichtunternehmer zu größeren Wettbewerbsverzerrungen führen würde. Der BFH nimmt dabei Bezug auf die Rechtsprechung des EuGH in der Sache *Isle of Wight Council*⁵⁵, in der der EuGH u. a. darlegt, wann „größere“ Wettbewerbsverzerrungen im Sinne des Art. 13 Abs. 1 Unterabs. 2 MwStSystRL anzunehmen sind. Von „größeren“ Wettbewerbsverzerrungen ist nur dann nicht auszugehen, wenn die Behandlung öffentlicher Einrichtungen als nicht Steuerpflichtige lediglich zu unbedeutenden Wettbewerbsverzerrungen führen würde. Nicht erforderlich sind hingegen erhebliche oder außergewöhnliche Wettbewerbsverzerrungen. Bei der Betrachtung sind nach der vom BFH übernommenen Rechtsprechung des EuGH nicht nur der gegenwärtige, sondern auch der potenzielle Wettbewerb zu berücksichtigen. Die Beurteilung erfolgt nicht nur anhand des lokalen Mark-

⁵⁴ *BFH*, Urt. v. 15.04.2010, Az.: V R 10/09, BFHE 229, 416; *BFH*, Urt. v. 03.03.2011, Az.: V R 23/10, BFHE 233, 274.

⁵⁵ *EuGH*, Urt. v. 16.09.2008, Az.: C-288/07.

tes, sondern ist mit Blick auf die fragliche Tätigkeit als solche zu beurteilen.

Bei der Übertragung der Kriterien auf die vorliegende Konstellation ist allerdings in mehrfacher Hinsicht Vorsicht geboten, denn die Sachverhalte, die den Entscheidungen des EuGH (Isle of Wight Council) und BFH (Sporthalle) zu Grunde lagen, sind mit dem zu begutachtenden Sachverhalt (Kooperation bei der Bioabfallverwertung) nur teilweise vergleichbar. Zunächst betrifft die Entscheidung des EuGH lediglich die Auslegung von Art. 13 Abs. 1 Unterabs. 2 MwStSystRL. Dabei ist zum einen zu beachten, dass die Entscheidung keine originär hoheitliche Tätigkeit zum Gegenstand hatte: Streitgegenständlich war nämlich die Frage, ob die Bewirtschaftung von abgeschlossenen Parkeinrichtungen für Autos der Mehrwertsteuerpflicht unterliegt. Parkraum wird – im Gegensatz zu Abfallentsorgung aus privaten Haushalten – von Privaten angeboten und es besteht dementsprechend ein unmittelbarer Wettbewerb. Die Frage, ob die fraglichen Leistungen der Bewirtschaftung von Parkeinrichtungen überhaupt Tätigkeiten darstellen, die den zuständigen juristischen Behörden des öffentlichen Rechts „im Rahmen der öffentlichen Gewalt obliegen“, wie es die Richtlinie voraussetzt, wurde vom EuGH nicht näher erörtert, weil sich die Fragestellung des vorliegenden nationalen Gerichts lediglich auf die Frage der „größeren Wettbewerbsverzerrungen“ bezog. Zum anderen war Gegenstand der Entscheidung des EuGH keine Beistandsleistung. Denn die lokalen Behörden beanspruchten die Steuerfreiheit der eigenen Parkdienstleistungen an Private. Eine interkommunale Kooperation war damit nicht verbunden.

Bei Anwendung der Kriterien aus der Isle of Wight Council-Rechtsprechung EuGH durch den BFH auf die Vermietung einer Stadthalle zum Zwecke des Schulsports er-

folgte diese nach Auffassung des BFH im Wettbewerb zu Privaten. Es sei nicht davon auszugehen, dass eine Nichtbesteuerung zu lediglich unbedeutenden Wettbewerbsverzerrungen führen würde.

Hieraus kann geschlossen werden, dass es für die Beurteilung der Wettbewerbsverzerrung auf die Tätigkeit selbst ankommt und nicht auf die zugrunde liegende hoheitliche Aufgabe. Zudem ist der Bestand von Wettbewerb ein ausreichendes Indiz, dass eine Nichtbesteuerung zu Wettbewerbsverzerrungen führt.

dd) Ausnahme für Beistandsleistungen?

Unter Bezugnahme auf seine eigene Rechtsprechung aus dem Jahre 1968⁵⁶ führt der BFH aus, dass sich die der damaligen Rechtsprechung zu Grunde liegenden Vorschriften nunmehr geändert haben und dementsprechend nicht mehr grundsätzlich von einer Steuerfreiheit von Beistandsleistungen ausgegangen werden könne. Unter Berücksichtigung der Richtlinie 77/388/EWG (jetzt: MwStSystRL) sei eine Auslegung von § 4 KStG nicht möglich, nach der Beistandsleistungen, die zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts erbracht werden, auch dann von der Umsatzbesteuerung ausgenommen werden, wenn sie zwar auf öffentlich-rechtlicher Grundlage, dabei jedoch im Wettbewerb zu Leistungen Privater erbracht werden.

b) Anwendung auf die interkommunale Kooperation

Klärungsbedürftig ist die Übertragbarkeit der vorgenannten Rechtsprechung auf die interkommunale Zusammenarbeit in hoheitlichen Tätigkeitsbereichen wie der Abfallentsorgung. Dazu ist insbesondere auf die Vorschrift des § 4 Abs. 5 KStG einzugehen. Diese lautet:

⁵⁶ BFH, Urt. v. 12.12.1968, Az.: V 213/65, BFHE 94, 558.

„Zu den Betrieben gewerblicher Art gehören nicht Betriebe, die überwiegend der Ausübung der öffentlichen Gewalt dienen (Hoheitsbetriebe). Für die Annahme eines Hoheitsbetriebes reichen Zwangs- oder Monopolrechte nicht aus.“

Die Vorschrift nimmt die Hoheitsbetriebe aus dem Kreis der Betriebe gewerblicher Art aus und führt damit zu einer Beschränkung des § 4 Abs. 1 Satz 1 KStG. Der BFH stellt in seiner Entscheidung vom 10.11.2011 fest, dass die Vorschrift des § 4 Abs. 5 KStG richtlinienkonform auszulegen ist.⁵⁷

Festgestellt werden muss deshalb zunächst, ob es sich bei den im Rahmen der interkommunalen Zusammenarbeit zu übernehmenden Aufgaben um einen Betrieb handelt, der überwiegend der Ausübung der öffentlichen Gewalt dient, mithin ein Hoheitsbetrieb ist.

aa) Hoheitsbetrieb

Der Begriff „Hoheitsbetrieb“ hat sich allgemein als Oberbegriff für steuerfreie Betriebe im hoheitlichen Bereich einer Körperschaft eingebürgert.⁵⁸ Dabei dient das Tatbestandsmerkmal „Ausübung öffentlicher Gewalt“ der Abgrenzung zur gewerblichen Tätigkeit und zur Vermögensverwaltung. Von dem Begriff werden juristische hoheitliche Tätigkeiten ebenso erfasst wie Tätigkeiten der Daseinsvorsorge, soweit diese nicht nach § 4 Abs. 3 KStG als Betrieb gewerblicher Art einzuordnen sind. Kennzeichen der Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne von § 4 Abs. 5 KStG ist nach der Definition des BFH „die Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben, die aus der Staatsgewalt abgeleitet sind und staatlichen Zwecken dienen“.⁵⁹

Weiterhin muss die Tätigkeit der Körperschaft des öffentlichen Rechts als Trägerin öffentlicher Gewalt eigentümlich und vor-

⁵⁷ Die Maßstäbe für die richtlinienkonforme Auslegung ergeben sich wiederum aus der Isle of Wight Council-Entscheidung des EuGH, Rn. 18 ff.

⁵⁸ Heger, in: Gosch, KStG, 2. Aufl. 2009, Rn. 106.

⁵⁹ BFH, Urt. v. 21.11.1967, Az.: I 274/64, BFHE 91, 98.

behalten sein.⁶⁰ Es ist davon auszugehen, dass eine Tätigkeit der Körperschaft des öffentlichen Rechts eigentümlich und vorbehalten ist, wenn es um die Erfüllung spezifisch öffentlich-rechtlicher Aufgaben geht, die aus der Staatsgewalt abgeleitet sind, staatlichen Zwecken dienen und zu deren Annahme der Leistungsempfänger auf Grund gesetzlicher oder behördlicher Anordnungen verpflichtet ist.⁶¹

Die Abfallwirtschaft ist zumindest teilweise zweifelsfrei dem Bereich der Hoheitsbetriebe zuzuordnen. So ist etwa für die Abfallbeseitigung anerkannt, dass es sich um einen Hoheitsbetrieb handelt.⁶² Ebenso ist auch die Abfallverwertung dann Hoheitsbetrieb, wenn sie Hilfsgeschäft der Abfallentsorgung ist. Dies lässt sich aus den Körperschaftssteuer Richtlinien 2004 zu § 4 entnehmen. In dem Abschnitt R9 ist in Abs. 1 ausgeführt, dass „Anstalten zur Abführung von Abfällen“ den Hoheitsbetrieben zuzuordnen sind. Weiterhin wird in Abs. 2 ausgeführt, dass die Verwertung bzw. Veräußerung von Material oder Gegenständen aus dem hoheitlichen Bereich einer juristischen Person des öffentlichen Rechts (sog. Hilfsgeschäfte) ebenfalls dem hoheitlichen Bereich zuzuordnen ist.⁶³

Als Zwischenergebnis kann damit festgehalten werden, dass die Tätigkeit der Verwertung von Bioabfällen nach der derzeit gültigen Rechtslage und aktuellen Rechtsprechung dem hoheitlichen Bereich zugeordnet werden kann. Gleichzeitig ist allerdings darauf hinzuweisen, dass die Frage der Zuordnung von Tätigkeiten zum hoheitlichen Bereich einem ständigen Wandel unterliegt und deshalb nicht zwingend auf Dauer davon ausgegangen werden kann, dass die vorgenannten Tätigkeiten auch weiterhin als Hoheitsbetrieb angesehen werden.⁶⁴

⁶⁰ *BFH*, Urt. v. 22.06.1976, Az.: I R 102/74, BFHE 120, 53.

⁶¹ *BFH*, Urt. v. 29.10.2008, Az.: I R 51/07, BFHE 223, 232.

⁶² *BFH*, Urt. v. 23.10.1996, Az.: I R 1-2/94, BStBl. II 97, 139.

⁶³ Die Abfallverwertung ist als Hoheitsbetrieb einzuordnen, wenn sie Hilfsgeschäft der Abfallentsorgung ist, vgl. *Erhard*, in: Blümich, KStG, 123. Aufl., § 4, Rn. 131.

⁶⁴ Vgl. dazu etwa die Einordnung von kommunalen Krematorien als Betrieb gewerblicher Art durch den *BFH*, Urt. v. 29.10.2008, Az.: I R 51/07.

bb) „Überwiegend“

Die Vorschrift des § 4 Abs. 5 KStG erfordert weiter, dass der Betrieb überwiegend der Ausübung der öffentlichen Gewalt dient. Es wird für die Begutachtung unterstellt, dass die Betriebe, die Gegenstand der Kooperation sein werden, überwiegend der Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne der Vorschrift dienen.

cc) Hoheitliche Tätigkeiten für Dritte

Weiterhin ist zu erörtern, ob von dem nicht steuerbaren Hoheitsbetrieb auch die Tätigkeit für Dritte erfasst ist, wenn es um deren hoheitliche Tätigkeit geht. Diese Wahrnehmung von hoheitlichen Aufgaben einer anderen juristischen Person des öffentlichen Rechts wird als Amtshilfe bzw. Beistandsleistung bezeichnet.⁶⁵ Nach der bisherigen Rechtsprechung und der Einschätzung der Steuerverwaltungen⁶⁶ war davon auszugehen, dass diese Beistandsleistungen ebenso wie die eigene hoheitliche Tätigkeit nicht steuerbar sind. Entscheidend für die steuerliche Beurteilung der Amtshilfe bzw. Beistandsleistung war die Eigenart der jeweiligen Tätigkeit. Es war darauf abzustellen, ob die Tätigkeit, wenn sie von der juristischen Person des öffentlichen Rechts selbst ausgeübt würde, als hoheitliche Tätigkeit oder zumindest als hoheitliche Teilaufgabe oder hoheitliches Hilfsgeschäft zu behandeln gewesen wäre. Entsprechend blieb der hoheitliche Charakter der Tätigkeit auch bei der übernehmenden juristischen Person des öffentlichen Rechts erhalten.

Eine derart pauschale Annahme der nicht steuerbaren Beistandsleistungen ist mit dem Urteil des BFH vom 10.11.2011 nicht mehr vereinbar. Der BFH subsumiert in seiner Entscheidung unter § 4 Abs. 1 KStG und prüft nicht ausdrücklich, ob ei-

⁶⁵ Vgl. *Baldauf*, Kommunale Hoheitsbetriebe im Steuerfocus – verfängliche Abgrenzungsprobleme richtig einschätzen und geeignete Gestaltungspotenziale wohl bedacht ausnutzen, DStZ 2011, 35, 40.

⁶⁶ Vgl. etwa *OFD Rostock*, Verfügung vom 21.11.2002, S 2706 -04/01 -St 242, UR 2003, 303.

ne Steuerfreiheit aus § 4 Abs. 5 folgt. Die Entscheidung ist aber zu einem Hoheitsbetrieb ergangen. Die Gemeinde hatte eine Sporthalle an die Nachbargemeinde für deren Sportunterricht gegen ein Entgelt zur Verfügung gestellt. Das Finanzgericht ist in der Ausgangsentscheidung davon ausgegangen, dass es sich bei dem Bau und Vorhalten einer Halle für den schulischen Sportunterricht um eine hoheitliche Tätigkeit handelt.⁶⁷

Der Grundsatz, dass Beistandsleistungen generell als nicht steuerbare Amtshilfe zu qualifizieren sind, wird in Zukunft keine uneingeschränkte Geltung mehr haben können.⁶⁸

Die Entscheidung des BFH bedeutet hingegen nicht, dass die Beistandsleistungen, die für den hoheitlichen Bereich einer anderen juristischen Person des öffentlichen Rechts erbracht werden, immer steuerbar sind. Vielmehr sind die allgemeinen Grundsätze der Steuerbarkeit von Leistungen öffentlicher Unternehmen anzuwenden. Bei der Anwendung der Grundsätze aus der Entscheidung sowohl des BFH als auch der Isle of Wight Council-Entscheidung des EuGH ergibt sich, dass eine Besteuerung jedenfalls in zwei Fällen nicht vorgenommen werden darf. Dies ist zum einen der Fall, wenn beim Tätigwerden auf öffentlich-rechtlicher Grundlage keine größeren Wettbewerbsverzerrungen auftreten. Zum anderen ist u. E. eine Leistung dann nicht steuerbar, wenn eine Aufgabenübertragung stattfindet, mithin die übernehmende Körperschaft eine eigene Aufgabe erledigt.

aaa) Unterstützungsleistungen oder hoheitliche Kernaufgaben

Sowohl der BFH, als auch der EuGH stellen auf die konkrete Tätigkeit ab. Bei den zu beurteilenden Leistungen

⁶⁷ Auch der *BFH* geht in seiner Entscheidung davon aus, dass die Sporthalle (auch) für „hoheitliche Schulzwecke“ der Klägerin genutzt wurde (Rn. 32).

⁶⁸ So auch *Küffner*, *JurisPR Steuerrecht* 13/2012, Anm. 5; ebenso Unternehmerische Tätigkeit einer Gemeinde beim Betrieb einer Sport- und Freizeithalle, *DStZ* 2012, 178, 179.

im Rahmen der Bioabfallkooperation handelt es sich um unmittelbare Leistungen der Abfallverwertung. Diese Aufgabe gehört zum Kern der hoheitlichen Aufgaben einer Kommune. Es werden im Rahmen der Kooperation daher Aufgaben erbracht, die – wenn sie der jeweilige Aufgabenträger in seinem eigenen Zuständigkeitsbereich erbringt – als nicht steuerfreie hoheitliche Tätigkeit eingeordnet sind, weil sie der Kommune als Trägerin öffentlicher Gewalt eigentümlich und vorbehalten sind.

In dem vom BFH beurteilten Fall ging es demgegenüber um ein klassisches „Hilfsgeschäft“, bei dem ein Leistender einem hoheitlichem Aufgabenträger sachliche Mittel zur Wahrnehmung von dessen Aufgaben zur Verfügung stellt, ihm aber weder diese Aufgaben übertragen werden, noch der Leistende diese Aufgaben wahrnimmt. Die Kommune stellte einer Nachbarkommune eine Immobilie gegen Entgelt zur Verfügung, damit die Nachbarkommune in dieser Immobilie (Sporthalle) selbst ihre hoheitlichen Aufgaben (schulischer Sportunterricht) wahrnehmen konnte. Die Beistandsleistung besteht in der Vermietung, nicht in der Übernahme des Sportunterrichts.

Die steuerliche Behandlung solcher Unterstützungsleistungen, die sich die in Anspruch nehmende Kommune auch „auf dem Markt“ beschaffen könnte, ist u. E. nicht auf die steuerliche Behandlung der Wahrnehmung der hoheitlichen Aufgabe selbst durch eine andere Kommune zu übertragen.

Erbringt eine Kommune unmittelbar Leistungen für eine andere Kommune, deren Durchführung dieser Kommune als hoheitliche Aufgabe obliegt, folgt deren Steuerfreiheit u. E. aus der Einordnung als hoheitliche Tätigkeit im Rahmen des Hoheitsbetriebs nach § 4 Abs. 5 KStG. Die Voraussetzungen von § 4 Abs. 1 KStG, unter die der BFH

subsumiert, gelten nur „vorbehaltlich des Abs. 5“. Liegen unmittelbar hoheitliche Tätigkeiten i.S.v. § 4 Abs. 5 KStG vor, folgt die Steuerfreiheit aus § 4 Abs. 5 KStG, auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen eines Betriebs gewerblicher Art nach § 4 Abs. 1 KStG kommt es nicht an.

Unerheblich ist in diesem Zusammenhang u. E., dass der BFH in seiner Entscheidung vom 10.11.2011 seine Rechtsprechung zur Ausnahme von der Steuerpflicht bei Beistandsleistungen aufgegeben hat. Die Annahme einer Steuerfreiheit folgt vorliegend nicht daraus, dass es sich um Beistandsleistungen handelt, sondern dass Gegenstand der Beistandsleistungen unmittelbar die der begünstigten Kommune als eigentümliche und vorbehaltene Tätigkeit obliegende hoheitliche Aufgabe ist.

bbb) Keine parallele Tätigkeit privater Wettbewerber

Soweit im Rahmen der Kooperationsmodelle keine Übertragung der Aufgaben auf Private erfolgt, unterscheidet sich die vorliegende Konstellation deutlich von dem Sachverhalt, der der Entscheidung des BFH zu Grunde lag. Denn für die Vermietung von Räumlichkeiten besteht ein Markt, auf dem private und öffentlich-rechtliche Anbieter konkurrieren. Dies ist jedoch bei der Abfallentsorgung aus privaten Haushalten nicht der Fall.⁶⁹ Erst durch die Einleitung eines Vergabeverfahrens kann Wettbewerb entstehen. Entscheidet sich der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger gegen eine Fremdvergabe, sondern erbringt die Leistung selbst oder -

⁶⁹ Dies gilt jedenfalls uneingeschränkt für diejenigen Abfallfraktionen, bei denen typischerweise keine gewerbliche Sammlung erfolgt, da die Abfälle nicht hinreichend werthaltig sind. Sollte die Erfassung von Bioabfällen zukünftig in erheblichen Maß durch gewerbliche Sammlungen erfolgen (zur Zulässigkeit Oexle/ Lammers, Rechtsfragen der Zulässigkeit der gewerblichen Sammlung von Bioabfällen, AbfR 2014, 225 ff.), ist nicht auszuschließen, dass die Gerichte von einer Konkurrenzsituation ausgehen werden, wengleich argumentiert werden könnte, dass Gegenstand der gewerblichen Sammlung im Regelfall gerade nicht die flächendeckende und dauernde Entsorgung von Abfällen aus privaten Haushalten ist.

vergaberechtsfrei – im Rahmen einer interkommunalen Zusammenarbeit, bleibt die Leistung dem Markt entzogen. Ein Wettbewerb ist damit ausgeschlossen.

Grundlegende Voraussetzung für die Steuerpflicht von Tätigkeiten, die eine Einrichtung des öffentlichen Rechts im Rahmen der öffentlichen Gewalt ausübt, ist mithin, dass nach der nationalen Rechtsordnung die fraglichen Tätigkeiten „parallel auch von privaten Wirtschaftsteilnehmern“ ausgeübt werden können.⁷⁰ Nur dann besteht ein Wettbewerb, der durch die Steuerfreiheit verzerrt werden kann.

An einer derartigen parallelen Leistungserbringung fehlt es aber für die Entsorgung von Siedlungsabfällen aus privaten Haushaltungen, für die nach der nationalen Rechtsordnung eine Überlassungspflicht gegenüber dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger besteht. Zwar können private Entsorgungsunternehmen in diesem Bereich im Auftrag des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers nach § 22 KrWG tätig werden, aber eben nicht „parallel“ zum öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger, sondern nur in dessen Auftrag.

Wenn es somit bereits an einer „Paralleltätigkeit“ bzw. einem Wettbewerb zwischen den zuständigen Behörden und privaten Wirtschaftsteilnehmern fehlt, kommt es auf die vom EuGH und vom BFH erörterten Fragen, ob die Steuerfreiheit der zuständigen Behörden zu einer größeren Wettbewerbsverzerrung führen würde, nicht an.

Nichts anderes gilt, wenn bestimmte hoheitliche Aufgaben, für die kein Wettbewerb zu „parallel“ tätigen Privatunternehmen eröffnet ist, in Kooperation mehrerer öffentlich-rechtlicher Aufgabenträger dergestalt er-

⁷⁰ *EuGH*, a.a.O., Rn. 36; zur Frage der gewerblichen Sammlung von Bioabfällen als Wettbewerb zur Tätigkeit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers vgl. bereits Fn. 69.

bracht werden, dass ein öffentlicher Aufgabenträger die Erfüllung dieser Aufgaben oder die Aufgaben selbst für den anderen öffentlichen Aufgabenträger übernimmt. Auch in diesem Fall wird gerade nicht die „parallele“ wettbewerbliche Tätigkeit privater Wirtschaftsteilnehmer eröffnet, sondern die Aufgabenwahrnehmung verbleibt im öffentlichen Bereich. Die Möglichkeit, dass diese Tätigkeiten „parallel auch von privaten Wirtschaftsteilnehmern ausgeübt werden“, besteht nicht.

Mit dem Urteil des EuGH ist i. Ü. davon auszugehen, dass Art. 4 Abs. 5 Unterabs. 2 der Richtlinie dahingehend auszulegen ist, dass die Frage, ob die Behandlung von Einrichtungen des öffentlichen Rechts, die im Rahmen der öffentlichen Gewalt tätig werden, als nicht Steuerpflichtige zu größeren Wettbewerbsverzerrungen führen würde, in Bezug auf die fragliche Tätigkeit als solche zu beurteilen ist, ohne dass sich diese Beurteilung auf einen lokalen Markt im Besonderen bezieht. Übertragen auf die von der Kooperation erfassten Leistungen wäre also die jeweilige Tätigkeit als solche zu betrachten, mithin eine Einschätzung etwa der Bioabfallverwertung vorzunehmen. Auf die Frage, welche Wettbewerbsverhältnisse konkret bestehen, käme es danach nicht an.

ccc) Aufgabenübertragung

Der BFH hat in seiner Entscheidung keine Stellungnahme dazu abgegeben, wie die steuerliche Einordnung von auf Grundlage einer Aufgabenübertragung erbrachten Dienstleistungen zu erfolgen hat. Bei der Aufgabenübertragung werden Pflichten, die bisher der Ausgangsbehörde obliegen, auf eine andere Körperschaft des öffentlichen Rechts übertragen. Diese Tätigkeiten werden damit zu einer eigenen Aufgabe der übernehmenden Körperschaft.

Es ist daher davon auszugehen, dass bei einer echten Aufgabenübertragung für die Frage der Steuerbarkeit der Leistung der übernehmenden Körperschaft des öffentlichen Rechts die gleichen Grundsätze anzuwenden sind, wie für die Tätigkeiten der Körperschaft in Wahrnehmung ihrer eigenen Aufgaben. Dementsprechend wäre etwa davon auszugehen, dass bei einer Übernahme der Entsorgungspflicht in einer entsprechenden delegierenden Zweckvereinbarung die Entsorgung von Abfällen aus privaten Haushalten steuerfrei bleibt.

U. E. ist eine Übertragung nicht zwingend, stellt aber eine Möglichkeit dar, die Umsatzsteuerfreiheit zu erreichen. Dabei kann auch das Satzungsrecht übertragen werden, um den Unterschied zwischen Aufgabenübertragung und Beauftragung noch deutlicher zu machen. Daneben sind auch andere Formen der öffentlich-rechtlichen Kooperation möglich. Das Gemeinschaftsrecht schreibt nämlich den öffentlichen Stellen für die gemeinsame Wahrnehmung ihrer öffentlichen Aufgaben keine spezielle Rechtsform vor, wie der EuGH hinsichtlich der Vergabefreiheit kommunaler Kooperationen ausdrücklich betont hat.⁷¹

Die Aufgabenübertragung stellt sich damit als Möglichkeit dar, die Umsatzsteuerfreiheit für den hoheitlichen Bereich zu sichern, soweit es um die Wahrnehmung von Aufgaben für andere Körperschaften des öffentlichen Rechts geht.

c) Zwischenergebnis

Wir haben vorstehend aufgezeigt, dass gewichtige Argumente dafür sprechen, dass die Grundsätze der BFH-Entscheidung vom 10.11.2011 nicht auf die Erbringung von Leistungen durch eine Kommune für eine andere Kommune übertragbar sind, die für beide beteiligten

⁷¹ *EuGH*, Urt. v. 09.06.2009, Az.: C-480/06, Rn. 47.

Kommunen unmittelbar hoheitliche Tätigkeiten im Rahmen eines Hoheitsbetriebs nach § 4 Abs. 5 KStG sind. Ist eine Tätigkeit nach § 4 Abs. 5 KStG steuerfrei, weil es sich um eine einem Hoheitsträger vorbehaltene und eigentümliche Tätigkeit handelt, entfällt die Steuerfreiheit nicht, wenn ein Hoheitsträger diese Tätigkeit für einen anderen Hoheitsträger erbringt. Hinsichtlich dieser Tätigkeiten besteht rechtlich und tatsächlich gerade nicht die Möglichkeit, dass sie parallel zu den öffentlichen Aufgabenträgern auch von privaten Wirtschaftsteilnehmern ausgeübt werden, diese können vielmehr nur im Auftrag des öffentlichen Aufgabenträgers tätig werden. Wettbewerbsverzerrungen durch die Steuerfreiheit sind daher ausgeschlossen.⁷² U. E. kommt es auch nicht maßgeblich darauf an, ob die Vereinbarung zwischen den beiden Hoheitsträgern vorsieht, dass der eine dem anderen diese Aufgabe überträgt (sog. delegierende Zweckvereinbarung) oder ob der eine diese Aufgabe für den anderen erfüllt. Wenn die Vereinbarung vorsieht, dass die hoheitliche Aufgabe selbst der unterstützenden Kommune übertragen wird, sind die Grundsätze der BFH-Entscheidung aber jedenfalls nicht anwendbar.

Wir weisen allerdings darauf hin, dass die vorstehend erläuterte Rechtsauffassung sich nicht auf entsprechende Aussagen der Rechtsprechung stützen kann. Es besteht daher das Risiko, dass die zuständigen Finanzbehörden vor dem Hintergrund der BFH-Entscheidung eine abweichende steuerrechtliche Bewertung vornehmen.

d) Entwurf einer Neuregelung (§ 2b UStG)

Weiterhin ist bereits jetzt darauf hinzuweisen, dass ein Vorschlag der Finanzstaatssekretäre von Bund und Ländern für eine Neuregelung in § 2b UStG vorliegt.⁷³ Durch den Vorschlag sollen auch die Vorgaben der Rechtsprechung und der Richtlinie 2006/112/EG über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem umgesetzt werden. Dies

⁷² Zur Frage der gewerblichen Sammlung von Bioabfällen als Wettbewerb zur Tätigkeit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers vgl. bereits Fn. 69

⁷³ Umsatzbesteuerung von Leistungen der öffentlichen Hand, Zusammenarbeit von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, Vorschlag einer Neuregelung in § 2b UStG-E, Stand: Juni 2014.

würde unter anderem dazu führen, dass nur noch Tätigkeiten im Rahmen öffentlich-rechtlicher Handlungsformen (öffentlich-rechtlicher Vertrag, öffentlich-rechtliche Vereinbarung, Verwaltungsakt) von der Umsatzsteuerpflicht befreit wären, soweit dies nicht zu größeren Wettbewerbsverzerrungen führen würde.

Nach der derzeit vorgeschlagenen Fassung liegen größere Wettbewerbsverzerrungen nicht vor, wenn die Zusammenarbeit durch gemeinsame spezifische öffentliche Interessen bestimmt wird. Dies ist nach dem Gesetzesvorschlag insbesondere der Fall, wenn die Leistungen auf langfristigen öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen beruhen, die Leistungen dem Erhalt der öffentlichen Infrastruktur und der Wahrnehmung einer allen Beteiligten obliegenden öffentlichen Aufgabe dienen, die Leistungen ausschließlich gegen Kostenerstattung erbracht werden und der Leistende im Wesentlichen für andere juristische Personen des öffentlichen Rechts tätig wird.

Durch den Vorschlag wird versucht, die kommunale Zusammenarbeit und damit auch die Beistandsleistungen von der Umsatzsteuer freizustellen. Hierbei werden tatbestandliche Voraussetzungen sowohl aus dem EU-Beihilferecht als auch aus der Rechtsprechung zur vergabefreien kommunalen Kooperation kombiniert. Die Regelung lehnt sich erklärtermaßen an Art. 12 Abs. 4 b) der neuen EU-Vergaberichtlinie an und soll die vergabefreie kommunale Kooperation auch steuerfrei stellen. Der Vorschlag befindet sich derzeit in der Verbändeanhörung und ist stark umstritten. Es kann bisher nicht als gesichert gelten, dass der Vorschlag in der vorliegenden Fassung umgesetzt wird.

5. Gebührenrecht und Preisrecht

Für die Bewertung der interkommunalen Zusammenarbeit bei der Verwertung von Bioabfall ist schließlich auch die Frage maßgeblich, wie die Ausgestaltung der unterschiedlichen Modelle erfolgen muss, damit die entstehenden Kosten gebührenfähig sind.

§ 14 KAG BW regelt die Gebührenbemessung. Nach § 14 Abs. 1 Satz 1 KAG BW dürfen die Gebühren höchstens so bemessen werden, dass die nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen insgesamt ansatzfähigen Kosten (Gesamtkosten) der Einrichtung gedeckt werden, wobei die Gebühren in Abhängigkeit von Art und Umfang der Benutzung progressiv gestaltet werden können.

§ 14 Abs. 1 KAG BW ist Ausprägung des Kostendeckungsprinzips. Dieses verpflichtet die Gemeinde dazu, die Gebührensätze für die Benutzung einer öffentlichen Einrichtung so zu kalkulieren, dass das in einem bestimmten Zeitraum zu erwartende Gebührenaufkommen die in diesem Zeitraum zu erwartenden gebührenfähigen Kosten in ihrer Gesamtheit nicht übersteigt. Damit stellt es Anforderungen an die Zielsetzung der Gebührenerhebung. Schon die Gebührenbedarfsberechnung muss von diesem Anliegen getragen sein und muss dem Satzungsgeber vor oder bei Beschlussfassung über den Gebührensatz vorliegen.⁷⁴

Bei der Erhebung von Gebühren steht dem Satzungsgeber nach gefestigter Rechtsprechung ein weiter Gestaltungsspielraum zu.⁷⁵ Der Spielraum schränkt die Prüfungsdichte der Gerichte ein und verhindert eine Überprüfung darauf, ob der Satzungsgeber den zweckmäßigsten, vernünftigsten oder der Wirklichkeit am nächsten kommenden Maßstab angewendet hat. Nur die Einhaltung der äußersten Grenzen, die durch das Äquivalenzprinzip und den Gleichheitssatz gezogen werden, ist justiziabel.⁷⁶

In der Kalkulation ist der Grundsatz der Erforderlichkeit der Kosten zu berücksichtigen.⁷⁷ Der Erforderlichkeitsgrundsatz betrifft insbesondere die Angemessenheit der entstandenen Kosten. In allen vorliegend diskutierten Modellen sind daher die Gebote der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit zu beachten.

Grundsätzlich ebenso ansatzfähig wie eigene Kosten sind Fremdleistungskosten, also Entgelte, die an eine andere juristische Person des öf-

⁷⁴ *Gössl/Reif*, in: Praxis der Kommunalverwaltung Baden-Württemberg (online), Bd. E 4 aBW BW, § 14, 1.1.

⁷⁵ Vgl. *BVerwG*, Beschl. v. 15.03.2002, Az.: 9 B 16/02.

⁷⁶ *BVerwG*, Urt. v. 26.10.1977, Az.: 7 C 4/76.

⁷⁷ *Rieger*, in: Driehaus, Kommunalabgabenrecht, 50. EL (März 2014), § 6, Rn. 587.

fentlichen Rechts oder an einen privaten Rechtsträger für in Anspruch genommene Fremdleistungen zu zahlen sind.⁷⁸ Auch insoweit ist der Grundsatz der Erforderlichkeit zu beachten. Dabei ist zu unterscheiden, ob die Fremdkosten auf Grund eines öffentlichen Auftrages oder einer anderen Zusammenarbeit entstehen.

a) Öffentlicher Auftrag

Die von kommunalen Körperschaften an private Verwaltungshelfer zu zahlende Leistungsentgelte für die Verwertung von Bioabfall können nicht ungeprüft in die Gebührenkalkulation übernommen werden, sondern sind am Kontrollmaßstab des Prinzips der Erforderlichkeit zu messen.⁷⁹

Nach der Rechtsprechung des VGH Baden-Württemberg hat der Träger der Einrichtung vor der Beauftragung Dritter zu überprüfen, ob er die zu vergebenden Tätigkeiten nicht in eigener Regie kostengünstiger selbst vornehmen kann.⁸⁰ Daraus folgt, dass vor Vergabe eines Auftrages der einzelne öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger zu prüfen haben wird, ob die Erbringung der Bioabfallverwertung in Eigenregie kostengünstiger ist.

Weiter ist der Nachweis zu führen, dass die durch Erteilung des Auftrages ausgelösten Kosten noch im Bereich des Erforderlichen sind. Dieser Nachweis kann als geführt angesehen werden, wenn der geschlossene Vertrag den Vorschriften des öffentlichen Preisrechts entspricht.⁸¹

Ansatzfähig sind daher grundsätzlich die Kosten von solchen Fremdleistungen, die im Rahmen einer Ausschreibung nach der VOL vergeben werden.⁸² Bei der Vergabe eines Auftrages in einem ordnungs-

⁷⁸ *Brüning*, in: Driehaus, Kommunalabgabenrecht, 50. EL (März 2014), § 6, Rn. 187.

⁷⁹ *Brüning*, in: Driehaus, Kommunalabgabenrecht, 50. EL (März 2014), § 6, Rn. 194.

⁸⁰ *VGH Baden-Württemberg*, Urt. v. 31.05.2010, Az.: 2 S 2423/08, BeckRS 2010, 50831, Rn. 31.

⁸¹ *Riga*, in: Driehaus, Kommunalabgabenrecht, 50 EL (März 2014), § 6, Rn. 572 a; *VGH Baden-Württemberg*, Urt. v. 31.05.2010, Az.: 2 S 2423/08, Rn. 42.

⁸² *Hamacher/Lenz/Menzel/Queitsch/Rohde/Rudersdorf/Schneider/Stein/Thomas*, Praxis der Kommunalverwaltung, E 4 aNW NW, Rn. 82.

gemäßen Vergabeverfahren auf Grund einer Ausschreibung garantiert der Wettbewerb in der Regel, dass das als Fremdkosten in die Gebührenkalkulation eingesetzte Entgelt nicht überhöht ist; es handelt sich mithin um einen Markt- bzw. Wettbewerbspreis.⁸³ Nach der ständigen Rechtsprechung wirken sich Vergabebefehle dabei grundsätzlich nicht auf die Rechtmäßigkeit des Gebührenansatzes aus.⁸⁴

Nur soweit eine Beauftragung ohne die Ermittlung eines Marktpreises auf Grund eines Vergabeverfahrens erfolgt, muss der Nachweis der Erforderlichkeit auf andere Art und Weise erbracht werden. Dazu bietet sich eine Kontrolle nach öffentlichem Preisrecht an.⁸⁵ Auf die Auftragsvergabe von Entsorgungsdienstleistungen anwendbar ist die VO PR-Nr. 30/53. Für die Erforderlichkeit der Kosten ist daher – insoweit keine Marktpreise vereinbart worden sind – zu ermitteln, ob sich die entstehenden Kosten im Rahmen der zulässigen Selbstkostenpreise halten. Hierfür ist eine Kalkulation auf Grundlage der LSP durchzuführen. Im Rahmen der „Preistreppe“ ist zu beachten, dass Selbstkostenfestpreise Vorrang genießen vor Selbstkostenrichtpreisen und diese wiederum vor Selbstkostenerstattungspreisen. Entgelte für die Inanspruchnahme von Fremdleistungen, die den nach den LSP ermittelten Preisen entsprechen, sind in der Gebührenkalkulation regelmäßig zu akzeptieren.⁸⁶

Hinzuweisen ist schließlich darauf, dass bei der Auftragsvergabe an eine Gesellschaft, an der der Auftraggeber selbst beteiligt ist, die auf den Auftraggeber entfallenden Gewinne gebührenmindernd berücksichtigt werden müssen.⁸⁷ Insbesondere im Fall eines PPP-Modells ist daher darauf zu achten, dass ggf. entstehende Gewinne an die Gebührenzahler „durchzureichen“ sind, soweit sie auf die kommunalen Gesellschafter entfallen.

⁸³ *Brüning*, in: Driehaus, Kommunalabgabenrecht, 50 EL (März 2014), § 6, Rn. 196.

⁸⁴ *OVG NRW*, Urtr. v. 17.08.2007, Az.: 9 A 2238/03; *OVG NRW*, Urteil vom 01.09.1999, Az.: 9 A 3342/98.

⁸⁵ *OVG Lüneburg*, Urtr. v. 22.06.2009, Az.: 9 LC 409/06.

⁸⁶ *BVerwG*, Urtr. v. 01.10.1997, Az.: 8 B 209/97.

⁸⁷ *VGH Baden-Württemberg*, Urtr. v. 31.05.2010, Az.: 2 S 2423/08, BeckRS 2010, 50831, Rn. 85 ff.

b) Sonstige Vereinbarungen

Soweit eine kommunale Körperschaft einen Entsorgungsauftrag nicht als öffentlichen Auftrag vergibt, muss das in die Gebührenkalkulation einbezogene Entgelt für in Anspruch genommene Fremdleistungen ebenfalls auf seine Erforderlichkeit geprüft werden.⁸⁸

Das Preisrecht findet auf den Abschluss öffentlich-rechtlicher Vereinbarungen dann keine Anwendung, wenn ein öffentlicher Auftrag im Sinne der VO PR-Nr. 30/53 nicht vorliegt. Bei Kostenausgleichsregelungen zur gemeinschaftlichen Wahrnehmung von Hoheitsaufgaben ist das Preisrecht nicht anwendbar.⁸⁹ Dennoch kann die Heranziehung des Preisrechts als Maßstab für die Prüfung der Erforderlichkeit und Angemessenheit der erhobenen Gebühren dienen.

Bei einer interkommunalen Zusammenarbeit im Rahmen eines Einbahnstraßen- oder Austauschmodells ist im Einzelfall daher zu überprüfen, ob die vereinbarten Deckungsbeiträge den Anforderungen des Preisrechts entsprechen. Dabei ist darauf zu achten, dass Gewinnzuschläge nur in geringem Umfang vorgenommen werden dürfen. Für verwaltungseigene Fremdunternehmen (Eigengesellschaften) geht die Rechtsprechung davon aus, dass nur ein geringes Unternehmerrisiko besteht, und daher bei Vereinbarung von Selbstkostenerstattungspreisen nur 1 % des Umsatzes als Gewinnzuschlag gerechtfertigt und bei Vereinbarung von Selbstkostenfestpreisen ein Wagniszuschlag in Höhe von 3 % angemessen ist.⁹⁰ Nichts anderes dürfte bei der Beauftragung etwa von anderen Kommunen im Wege der Zweckvereinbarung gelten.

Die Erforderlichkeit der Kosten kann etwa fehlen, wenn eine Ausschreibung deutlich niedrigere Kosten erwarten lässt, als eine Inanspruchnahme der Anlagen anderer Kommunen im Wege kommunaler Kooperation oder die Errichtung neuer Anlagen im Betreiber- oder PPP-Modell. Allerdings hat die Kommune ein weites Ermessen

⁸⁸ *Brüning*, in: Driehaus, Kommunalabgabenrecht, 50. EL (März 2014), § 6, Rn. 197.

⁸⁹ *Ebisch/Gottschalk*, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufgaben, 8. Aufl. 2010, § 1 VO PR-Nr. 30/53, Rn. 23.

⁹⁰ *OVG Münster*, Urt. v. 24.06.2008, Az.: 9 A 373/06.

und kann etwa auch Gesichtspunkte der langfristigen, marktunabhängigen Entsorgungssicherheit sowie die Einhaltung hoher umweltbezogener Standards berücksichtigen.

Hinzuweisen ist schließlich darauf, dass insbesondere bei der Dimensionierung von Anlagen im Rahmen des Betreibermodells insoweit Vorsicht geboten ist, als Kapazitäten über den kommunalen Bedarf hinaus u. U. nicht gebührenansatzfähig sind. Insbesondere ist eine Abwälzung des wirtschaftlichen Risikos auf die Gebührenzahler unzulässig, soweit eine Anlage von vornherein auf die Annahme von gewerblichen Fremdmüllmengen ausgelegt ist.⁹¹

II. Rechtliche Realisierbarkeit und Risikostruktur

Die unter I. erläuterten Grundlagen werden im Folgenden auf die eingangs dargestellten Modelle der Umsetzung einer interkommunalen Zusammenarbeit angewendet. Dabei wird für die einzelnen Modelle jeweils dargestellt, welche rechtlichen Besonderheiten bestehen. Herauszuarbeiten ist, ob und ggf. mit welchen Einschränkungen die Modelle rechtlich realisierbar sind und welche spezifischen Risiken sich ergeben.

1. Ausschreibungsmodell

Das Ausschreibungsmodell ist gekennzeichnet durch eine Nachfragebündelung. Nachstehend wird – soweit erforderlich – auf die unterschiedlichen Varianten des Ausschreibungsmodells eingegangen.

In der ersten Variante erfolgt zwar eine gemeinsame Ausschreibung. Es werden aber unterschiedliche Verträge zwischen den beteiligten Körperschaften und den beauftragten Unternehmen geschlossen. Die Leistungen für die einzelnen Kommunen werden als Lose ausgeschrieben. Im Ergebnis handelt es sich um eine organisatorische Bündelung der Mengen in der Ausschreibungsphase.

In der zweiten Variante erfolgen eine gemeinsame Ausschreibung und eine einheitliche Beauftragung durch die kommunalen Auftraggeber. In die-

⁹¹ VG Osnabrück, Urt. v. 15.08.2010, Az.: 1 A 146/09.

ser Variante sind Regelungen erforderlich, wie der gemeinsame Vertrag in der Leistungsphase verwaltet wird.

Die Ausschreibungsmodelle werfen insbesondere vergaberechtliche [dazu a)] sowie kartellrechtliche [dazu b)] Fragestellungen auf. Weiterhin wird auf die übrigen Rechtsgebiete zusammenfassend eingegangen [dazu c)].

a) Vergaberecht

Bei der Vergabe der Verwertungsdienstleistungen handelt es sich um die Vergabe eines öffentlichen Auftrages i.S.v. § 99 Abs. 1 GWB. Es ist weiter davon auszugehen, dass die gemäß § 2 Abs. 1 VgV anzuwendenden Schwellenwerte überschritten sind und daher eine europaweite Ausschreibung vorzunehmen ist.

Bei der Variante, in der eine Einzelbeauftragung durch die beteiligten Körperschaften erfolgen soll, sind Lose zu bilden, um den Zuschlag auf einzelne Lose und damit einen Vertragsschluss jeweils einzeln mit den beteiligten Körperschaften zu ermöglichen.

Auch in der Variante des Abschlusses eines gemeinsamen Vertrages kann sich allerdings die Notwendigkeit zur Losbildung aus § 97 Abs. 3 GWB ergeben. Die Vorschrift dient der Berücksichtigung mittelständischer Interessen und fordert eine Aufteilung in Teillose, soweit nicht wirtschaftliche oder technische Gründe die gemeinsame Vergabe erfordern. Insbesondere bei dem Zusammenschluss einer Vielzahl von kommunalen Körperschaften kann eine Aufteilung in Teillose daher erforderlich sein, um dem Gebot der Berücksichtigung mittelständischer Interessen gemäß § 97 Abs. 3 GWB nachzukommen. Allerdings können wirtschaftliche Gründe dafür sprechen, Mengen zu bündeln, um durch entsprechende Dimensionierung von (neu zu errichtenden) Anlagen auf Bieterseite wirtschaftliche Angebotspreise zu ermöglichen. Dies kann einer Losaufteilung Grenzen setzen oder sie ggf. ganz ausschließen.

Nach der bisherigen Rechtslage war die gemeinsame Vergabe (und ggf. Beauftragung) nicht gesondert gesetzlich geregelt. Nunmehr sieht Art. 38 Richtlinie 2014/24/EU folgende Regelungen vor:

„(1) Zwei oder mehr öffentliche Auftraggeber können sich darauf verständigen, eine bestimmte Auftragsvergabe gemeinsam durchzuführen.

(2) Wird ein Vergabeverfahren im Namen und im Auftrag aller betreffenden öffentlichen Auftraggeber zur Gänze gemeinsam durchgeführt, sind sie für die Erfüllung ihrer Verpflichtungen gemäß dieser Richtlinie gemeinsam verantwortlich. Dies gilt auch, wenn ein öffentlicher Auftraggeber das Verfahren in seinem eigenen Namen und im Auftrag der anderen betreffenden öffentlichen Auftraggeber allein ausführt. [...]“

Nach der zukünftigen Rechtslage ist daher die gemeinsame Auftragsvergabe durch die europarechtlichen Vorgaben ausdrücklich ermöglicht.

Bei der Variante 2 – der gemeinsamen Vergabe und Beauftragung – sind Regelungen für die Dauer des Vertragsverhältnisses zu treffen. Es müssen entweder in dem ausgeschriebenen Verwertungsvertrag selbst oder in einem separaten Dokument Regelungen darüber getroffen werden, welche Rechte durch welche kommunalen Auftraggeber (ggf. mit welchen Mehrheitsverhältnissen) geltend gemacht werden können. So ist etwa vorzusehen, ob einzelne Auftraggeber aus dem Vertrag ausscheiden können. Weiterhin sind Regelungen zu treffen, wer innerhalb der beteiligten Körperschaften den Vertrag „pflegt“ und etwa erforderliche Abmahnungen ausspricht und ob dazu jeweils die Zustimmung der weiteren Auftraggeber erforderlich ist.

Im Ergebnis kann jedoch festgehalten werden, dass vergaberechtliche Vorgaben dem Ausschreibungsmodell in beiden Varianten nicht entgegenstehen.

Weiterhin ist darauf hinzuweisen, dass das Vergaberecht keine Vorgaben zur Dauer von Dienstleistungsverträgen macht. Die Auftraggeber sind daher bei der Gestaltung der Laufzeit der Verträge frei. Es können daher sowohl kürzere Laufzeiten – etwa als Überbrückung – als auch längere Laufzeiten ausgeschrieben werden.

In der zweiten Variante des Ausschreibungsmodells ist auch zu berücksichtigen, dass unterschiedliche Transportentfernungen und Transportkosten für die beteiligten Körperschaften in Abhängigkeit von der Lage der in den Angeboten vorgesehenen Verwertungsanlagen entstehen können. Diese unterschiedlichen Kosten sind ggf. bei der Angebotswertung zu berücksichtigen. Der Umgang mit den unterschiedlichen Transportentfernungen und daraus entstehenden Transportkosten ist ggf. in einer Vereinbarung zwischen den gemeinsam ausschreibenden Kommunen zu regeln. Die konkrete Ausgestaltung ist abhängig von den örtlichen Gegebenheiten und den beteiligten Kommunen. In der ersten Modellvariante stellt sich diese Frage nicht, da dort eine Einzelbeauftragung erfolgt.

b) Kartellrecht

Aus kartellrechtlicher Sicht stellt sich bei der Nachfragebündelung vor allem die Frage, ob eine Wettbewerbsbeschränkung i.S.v. § 1 GWB vorliegt. Dabei ist wiederum zwischen den Varianten des Ausschreibungsmodells zu unterscheiden.

In der ersten Variante – bei einer losweisen Beauftragung durch die einzelnen beteiligten Körperschaften – liegt zwar eine gemeinsame Abwicklung der Ausschreibung, nicht aber eine einheitliche Beauftragung vor. Es handelt sich daher um eine rein organisatorische Bündelung von Ausschreibungen, die § 1 GWB nicht berührt. Auch die Möglichkeit Rabatte einzuräumen für den Fall, dass mehrere Lose beauftragt werden, eröffnet der Bieterseite nur zusätzliche Handlungsoptionen, ohne den Wettbewerb zu beschränken. In der ersten Variante bestehen daher jedenfalls keine kartellrechtlichen Bedenken.

In der zweiten Variante – einer gemeinsamen Beauftragung durch die beteiligten Gebietskörperschaften – ist hingegen die Spürbarkeitsschwelle zu beachten. Wiederum ausgehend von einem zumindest das Landesgebiet betreffenden Markt wird eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung bei einer Erfassung von mehr als 70.950 Mg/a Abfälle aus der Biotonne bzw. mehr als 135.900 Mg/a Grünabfälle eintreten. Es ist daher bei Umsetzung der zweiten Variante des Ausschreibungsmodells im Einzelfall zu prüfen, ob die vorgenannten Mengen im Rahmen der gemeinsamen Ausschreibung überschritten werden.

Erst wenn festgestellt wird, dass eine spürbare Wettbewerbsbeeinträchtigung durch die gemeinsame Ausschreibung und Vergabe von Verwertungsleistungen droht, ist weiter zu prüfen, ob eine Freistellung nach § 2 GWB in Betracht kommt. Eine solche Freistellung nach § 2 GWB kommt regelmäßig in Betracht, da eine angemessene Beteiligung der Verbraucher an den daraus resultierenden Vorteilen durch das Kostendeckungsprinzip, dem die Gebühren kalkulierenden Einrichtungen unterliegen, in aller Regel vorliegt. Da somit die Voraussetzungen der Freistellung nach § 2 GWB vorliegen, ist eine Bündelung zumindest in Höhe von 20 bis 30 % der Nachfrage auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt zulässig. Damit erweitert sich der Handlungsspielraum bei einer gemeinsamen Ausschreibung von Kommunen erheblich.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass den Ausschreibungsmodellen in beiden Varianten die kartellrechtlichen Vorgaben nicht grundsätzlich entgegenstehen. In der Variante der Einzelbeauftragung durch die beteiligten Körperschaften kommt es bereits nicht zu einer echten Nachfragebündelung. Bei der gemeinsamen Ausschreibung und Vergabe eines einheitlichen Auftrages ist die Spürbarkeitsschwelle zu beachten und ggf. auf eine Freistellung nach § 2 GWB abzustellen.

Es kann im Ergebnis festgehalten werden, dass ausschließlich der Zusammenschluss einer sehr großen Anzahl öffentlich-rechtlicher

Entsorgungsträger und damit die Bündelung einer sehr großen Menge von Bioabfällen kartellrechtlichen Bedenken begegnen könnte. Im Übrigen ist das Ausschreibungsmodell in beiden Varianten aus kartellrechtlicher Sicht realisierbar.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die kartellrechtliche Zulässigkeit einer Nachfragebündelung nicht voraussetzt, dass die gebündelte Menge nicht größer ist, als für die Auslastung einer wirtschaftlich dimensionierten Anlage erforderlich. Die Frage der kartellrechtlichen Zulässigkeit ist getrennt zu beurteilen von der Frage der Dimensionierung einer Anlage, die zulässige Bündelungsmenge hängt von der Spürbarkeit der Marktauswirkungen ab und ist nicht anlagenbezogen.

c) **Sonstige Rechtsfragen**

Die Ausschreibungsmodelle werfen keine besonderen kommunalrechtlichen Fragen auf. Da die beteiligten Gebietskörperschaften keine eigene wirtschaftliche Tätigkeit unternehmen, entfällt eine Prüfung der kommunalrechtlichen Zulässigkeit einer wirtschaftlichen Betätigung.

Es bedarf weiterhin auch nicht einer besonderen Rechtsform für die Zusammenarbeit. Allein eine vertragliche Gestaltung der gemeinsamen Ausschreibung ist erforderlich. Diese kann allerdings durch einfache Vereinbarung zwischen den beteiligten Gebietskörperschaften organisiert werden. Eine institutionelle Form der Zusammenarbeit ist dafür nicht erforderlich.

Aus steuerrechtlicher Sicht ist darauf hinzuweisen, dass die beauftragten Leistungen umsatzsteuerpflichtig sind. Dies gilt auch für den Fall, dass der Zuschlag an einen Kommunalbetrieb erteilt wird,⁹² da dieser bei der Teilnahme an einem Ausschreibungsverfahren und der anschließenden Verwertung der von der Ausschreibung erfassten Bioabfälle als Betrieb gewerblicher Art tätig wird und damit der Umsatzsteuer unterliegt.

⁹² Vgl. dazu unten D. IV. 5.

Mit Blick auf das Gebührenrecht ist darauf hinzuweisen, dass die Fremdkosten einschließlich der darin enthaltenen Gewinne in der Regel voll ansatzfähig sind, da sie als Ergebnis der Ausschreibung Marktpreise darstellen. Bei der Vergabe eines Auftrages in einem ordnungsgemäßen Vergabeverfahren garantiert der Wettbewerb in der Regel, dass das als Fremdkosten in die Gebührenkalkulation eingesetzte Entgelt nicht überhöht ist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich an der Ausschreibung mehrere Bieter beteiligt haben.

d) Zwischenergebnis

Die Ausschreibungsmodelle sind in beiden Varianten umsetzbar. Die Zusammenarbeit ist lediglich durch das Kartellrecht in ihrem Umfang begrenzt, wobei sich Einschränkungen erst bei der Bündelung sehr großer Mengen ergeben können. Relevante rechtliche Risiken bestehen nicht.

e) Variantenbewertung

Die Varianten des Ausschreibungsmodells beinhalten jeweils Vor- und Nachteile:

In der ersten Variante (gemeinsame Ausschreibung aber getrennter Vertragsabschluss) bleibt insbesondere eine vollständige Autonomie in der Leistungsphase bestehen. Daher können etwa Gestaltungsrechte ausgeübt und Schadensersatz geltend gemacht werden, ohne dass eine Abstimmung mit den übrigen beteiligten Gebietskörperschaften in der Leistungsphase erforderlich wird. Auf Grund der organisatorischen Bündelung der Mengen in der Ausschreibungsphase kann gleichwohl u. U. von Rabatten profitiert werden. Herauszuheben ist zudem, dass in der ersten Variante keine kartellrechtlichen Risiken bestehen, da § 1 GWB nicht berührt ist.

In der zweiten Variante des Ausschreibungsmodells, also nicht nur einer gemeinsamen Ausschreibung, sondern auch einer einheitlichen Beauftragung durch die kommunalen Auftraggeber sind zahlreiche weitere Regelungen insbesondere für die Leistungsphase des

Vertrages zu treffen, um möglichen Interessenskonflikten der beteiligten Auftraggeber vorzubeugen. Die zweite Variante erfordert daher erheblich mehr Abstimmung zwischen den Auftraggebern auch über die Ausschreibungsphase hinaus. Insbesondere ist festzulegen, durch wen (und ggf. mit welchen Mehrheitsverhältnissen) Gestaltungsrechte ausgeübt und Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden können. Schließlich besteht ein geringes kartellrechtliches Risiko, wenn eine sehr große Anzahl öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger gemeinsam einen Auftrag vergibt und damit die Bündelung einer sehr großen Menge von Bioabfällen entsteht. Da in der zweiten Variante eine echte Mengenbündelung erfolgt, ist die Chance mengenbedingt günstigerer Preise größer als in der ersten Variante, bei der – neben der Möglichkeit von Rabatten bei Beauftragung mit mehreren Losen – Einsparungen insbesondere durch die Reduzierung des Ausschreibungsaufwands entstehen können.

2. PPP-Modell

Das PPP-Modell zeichnet sich durch eine institutionelle Kooperation mit gemeinsamen Anlagen aus. Es erfolgt eine Zusammenarbeit zwischen zwei oder mehreren Kommunen und privatrechtlich organisierten Unternehmen zum Betrieb einer gemeinsamen Anlage. In dem PPP-Modell ist zwischen einer Gründung und Beauftragung einer neuen PPP-Gesellschaft durch mehrere Kommunen gemeinsam mit einem privaten Partner (Variante 1) und einer Entsorgung von Abfällen weiterer kommunaler Partner in einer Anlage einer bestehenden PPP-Gesellschaft (Variante 2) zu unterscheiden.

In den PPP-Modellen stellen sich vergaberechtliche [dazu b)], kartellrechtliche [dazu c)] sowie kommunalrechtliche [dazu d)] Fragen. Vorab ist auf die möglichen Organisationsformen einzugehen [dazu a)]. Abschließend wird auf weitere Rechtsfragen hingewiesen [(dazu e)].

a) Organisationsformen

Die Organisation der angestrebten PPP-Gesellschaft in der ersten Variante kann in verschiedenen Rechtsformen erfolgen. Ausgeschlossen sind allerdings solche Rechtsformen, die ausschließlich öf-

fentlich-rechtlich organisierten juristischen Personen zugänglich sind, wie etwa die zukünftig voraussichtlich im Gesetz über kommunale Zusammenarbeit vorgesehene gemeinsame selbstständige Kommunalanstalt.⁹³ Auch der Zweckverband ist wenig geeignet als Organisationsform für das PPP-Modell. Zwar lässt § 2 Abs. 2 GKZ die Mitgliedschaft von natürlichen und juristischen Personen des Privatrechts in einem Zweckverband zu. Allerdings steht diese unter dem Vorbehalt der Förderung der Verbandsaufgaben und es dürfen keine Gründe des öffentlichen Wohls entgegenstehen. Weiterhin ist die Gründung des Zweckverbandes mit erheblichem organisatorischem Aufwand verbunden. Insgesamt lässt sich festhalten, dass die Strukturen des Zweckverbandes nicht auf eine gemeinsame Projektdurchführung von privaten und öffentlichen juristischen Personen ausgerichtet ist.

Für die Durchführung eines PPP-Modells eignen sich daher die zivilrechtlichen Rechtsformen der GmbH und der BGB-Gesellschaft in Form einer Arbeitsgemeinschaft. Die Arbeitsgemeinschaft ist dabei mit erheblich geringerem Gründungsaufwand verbunden, da, anders als bei der GmbH, eine notarielle Beurkundung des Gründungsvertrages entfällt. In der Regel dürfte sich die GmbH trotz des höheren Gründungsaufwandes als die geeignetere Rechtsform darstellen, da insbesondere eine Haftungsbeschränkung der Gesellschafter besteht und damit die finanziellen Risiken überschaubarer sind.

b) Vergaberecht

Aus vergaberechtlicher Sicht besteht hinsichtlich beider PPP-Modelle zunächst die Gemeinsamkeit, dass eine Beauftragung einer Gesellschaft zur Verwertung der Bioabfälle nur auf Grund einer öffentlichen Ausschreibung erfolgen kann, da eine Gesellschaft mit privater Beteiligung nicht inhousefähig ist.⁹⁴ Es ist daher – die Überschrei-

⁹³ Vgl. den Vorschlag zur Einfügung eines § 24 a Gemeinsame selbstständige Kommunalanstalten durch Art. 2 zur Änderung des Gesetzes über kommunale Zusammenarbeit, derzeit im Entwurfsstand vom 13.08.2014, Innenministerium Baden-Württemberg, Az.: 2-2207.0-18.

⁹⁴ So zunächst der *Europäische Gerichtshof* in der Entscheidung „Stadt Halle“, Urt. v. 11.01.2005, Az.: C-26/03; nunmehr ausdrücklich festgelegt in Art. 12 Abs. 1 lit. c) RL 2014/24/EU.

tung der Schwellenwerte vorausgesetzt – ein europaweites Ausschreibungsverfahren durchzuführen.

In der ersten Variante – der Neugründung einer PPP-Gesellschaft mit gleichzeitiger Beauftragung – sollten die Beteiligung der privaten Gesellschafter an der PPP-Gesellschaft und die Entsorgungsleistung im „Paket“ ausgeschrieben werden. Es können etwa die Übertragung von Gesellschaftsanteilen an einer Gesellschaft der Auftraggeber an einen oder mehrere strategische Partner und gleichzeitig die Beauftragung dieser Gesellschaft mit Entsorgungsleistungen ausgeschrieben werden.

In der zweiten Modellvariante – der Beauftragung einer bestehenden PPP-Gesellschaft durch weitere kommunale Auftraggeber – handelt es sich „nur“ um die Erteilung eines öffentlichen Auftrages zur Verwertung von Bioabfällen. Die PPP-Gesellschaft muss sich daher an einer öffentlichen Ausschreibung des oder der ausschreibenden Gebietskörperschaften beteiligen. Eine direkte Beauftragung ohne Vergabeverfahren ist mangels Inhousefähigkeit nicht möglich.⁹⁵ Der Inhouse-Fähigkeit steht die fehlende Kontrolle durch den weiteren kommunalen Auftraggeber, vor allem aber die Beteiligung privater Partner an der PPP-Gesellschaft entgegen.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Beauftragung in beiden Modellvarianten ausschreibungspflichtig ist. In der 1. Modellvariante kann eine Verknüpfung der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung mit der Beauftragung mit den Verwertungsleistungen erfolgen. In der 2. Modellvariante besteht die Problematik, dass eine direkte Beauftragung ohne Vergabeverfahren nicht möglich ist und daher keine Sicherheit besteht, dass der Zuschlag an die Betreibergesellschaft der bestehenden Anlage erfolgen kann.

⁹⁵ Unter D. IV. 1. b) wird auf die Möglichkeit einer Beauftragung im „Zweistufenmodell“ ausführlich eingegangen, bei der in der ersten Stufe einer der kommunalen Gesellschafter durch andere Kommunen beauftragt und in der zweiten Stufe eine Einbeziehung der Mengen der anderen Kommunen in den bestehenden Auftrag zwischen der Gesellschafterkommune und der PPP-Gesellschaft erfolgt.

c) Kartellrecht

Im Fall der PPP-Modelle bestehen zunächst keine kartellrechtlichen Bedenken mit Blick auf § 1 GWB, da insoweit keine Absprachen zwischen selbstständigen Marktteilnehmern bestehen. In der 2. Modellvariante erfolgt „lediglich“ eine Beauftragung einer bestehenden PPP-Gesellschaft auf Grund eines Vergabeverfahrens. In der 1. Modellvariante wird hingegen eine neue eigenständige Gesellschaft gegründet.

Allenfalls in Betracht kommt im Rahmen der 1. Modellvariante die Beachtung der Fusionskontrolle gemäß §§ 35 ff GWB. Wie bereits oben ausgeführt⁹⁶, ist allerdings bei der Verwertung von Bioabfällen aus dem kommunalen Eigenbedarf nicht von einer Eröffnung des Wettbewerbs und daher nicht von einer Anwendbarkeit der §§ 35 ff. GWB auszugehen. Erbringt die PPP-Gesellschaft allerdings auch Verwertungsleistungen gegenüber Dritten, so kann bei Überschreitung der maßgeblichen Schwellenwerte nach § 35 GWB eine Anmeldung beim Bundeskartellamt erforderlich sein. Es ist allerdings erst bei Erreichen eines sehr hohen Marktanteils (von mehr als 40 % bezogen auf den jeweils sachlich und räumlich relevanten Markt) von einer marktbeherrschenden Stellung auszugehen, so dass eine Untersagung der Gründung der Gesellschaft sehr unwahrscheinlich erscheint.

Im Ergebnis bestehen gegen die Verwirklichung der PPP-Modelle keine kartellrechtlichen Bedenken.

d) Kommunalrecht

Bei dem PPP-Modell in der 1. Variante sind insbesondere §§ 102, 103 GemO BW zu berücksichtigen. Wie bereits dargestellt⁹⁷ ist davon auszugehen, dass auch bei einer Beteiligung an einem wirtschaftlichen Unternehmen von einer Zulässigkeit auszugehen ist, solange die Angemessenheit i.S.v. § 102 Abs. 1 Nr. 2 GemO BW gewahrt bleibt.

⁹⁶ Vgl. o. C. I. 2. g).

⁹⁷ Vgl. o. D. I. 3. a).

Dabei sollte der gemeindliche Anteil an der Anlage insbesondere in einem angemessenen Verhältnis zum voraussichtlichen Bedarf an Verwertungsleistungen von Bioabfall bestehen. Ziel der Beteiligung darf hingegen nicht allein eine Gewinnausschüttung an den kommunalen Gesellschafter sein.

In der 2. Modellvariante handelt es sich um eine Beauftragung einer bestehenden Gesellschaft ohne eigene Beteiligung, so dass sich keine besonderen kommunalrechtlichen Schwierigkeiten ergeben.

e) Sonstige Rechtsfragen

Aus steuerrechtlicher Hinsicht ist wiederum auf die Umsatzsteuerpflichtigkeit der erbrachten Dienstleistungen hinzuweisen. Diese ergibt sich bei der Organisation der PPP-Gesellschaft in Form der GmbH bereits aus der Rechtsform.

Für das Gebührenrecht gilt, dass die Fremdkosten einschließlich der darin enthaltenen Gewinne voll ansatzfähig sind, da in beiden Modellvarianten eine Ausschreibung erfolgt und es sich daher um Marktpreise handelt.

f) Zwischenergebnis

Die PPP-Modelle sind in beiden Varianten grundsätzlich rechtlich durchführbar. Relevante rechtliche Risiken bestehen bei der Einhaltung der vergaberechtlichen Anforderungen und der ggf. erforderlichen Anmeldung beim Bundeskartellamt nicht.

g) Variantenbewertung

Eine Bewertung der beiden aufgezeigten Varianten kann im PPP-Modell nicht abstrakt vorgenommen werden. Maßgeblich für die Beantwortung der Frage, ob die Gründung einer neuen PPP-Gesellschaft oder die Entsorgung von Abfällen weiterer kommunaler Partner in einer Anlage einer bestehenden PPP-Gesellschaft erfolgen soll, sind die konkreten Gegebenheiten vor Ort. Eine vergleichende

Risikobewertung der Rechtssicherheit der Varianten ergibt keine erheblichen Unterschiede.

3. Einbahnstraßenmodell

Bei dem Einbahnstraßenmodell erfolgt die Verwertung von Bioabfall in einer kommunalen Anlage, bei der es sich nicht um eine gemeinsame Anlage der Kooperationspartner handelt. Die eine Kommune übernimmt vielmehr Verwertungsaufgaben für eine andere Kommune. In der ersten Modellvariante erfolgt eine Anlieferung des Bioabfalls zur Verwertung durch einen oder mehrere Kreise an den die Anlage betreibenden Kreis. In der zweiten Modellvariante erfolgt zusätzlich eine Rücknahme von den behandelten Bioabfällen oder nicht biologisch verwertbaren Stör- und Reststoffen.

Das Einbahnstraßenmodell wirft in erster Linie vergaberechtliche Fragen auf [dazu a)]. Weiterhin ist die mögliche Umsatzsteuerpflicht der Leistungen zu erwähnen [dazu b)]. Hingewiesen wird weiterhin auf die übrigen Rechtsgebiete [dazu c)].

a) Vergaberecht

Im Rahmen der Modellvarianten ist die Frage, ob ein Ausschreibungsverfahren durchzuführen ist, maßgeblich davon abhängig, ob eine interkommunale Kooperation vorliegt, aufgrund derer sich auf eine öffentliche Ausschreibung verzichten lässt. Die interkommunale Kooperation ist nunmehr in Art. 12 Abs. 4 und 5 RL 2014/24/EU⁹⁸ geregelt. Im Rahmen der Erbringung von Verwertungsdienstleistungen einer Kommune für eine andere Kommune kann es sich um einen Vertrag i.S.v. Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU handeln, der nicht in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie fällt. Voraussetzung dafür ist, dass die oben geschilderten Bedingungen eingehalten werden.⁹⁹

⁹⁸ Vgl. zur Frage der Anwendbarkeit der Regelungen über die interkommunale Kooperation aus der RL 2014/24/EU bereits oben D. I. 1. a).

⁹⁹ Vgl. dazu D. I. 1. c).

Die Kooperationspartner nehmen ihnen gemeinsam obliegenden Entsorgungsaufgaben wahr und verfolgen gemeinsame öffentliche Interessen.

Für beide Modellvarianten ist zunächst Voraussetzung, dass die beteiligten öffentlichen Auftraggeber auf dem offenen Markt weniger als 20 % der durch die Zusammenarbeit erfassten Tätigkeiten erbringen. Diese in Art. 12 Abs. 4 lit. c) RL 2014/24/EU verankerte Voraussetzung ist in beiden Modellvarianten im Rahmen der Planung vorab zu prüfen. Wenn etwa der kommunale Beteiligte, der die Verwertung der Bioabfälle übernehmen soll, in erheblichem Umfang bereits Bioabfallverwertungsaufträge von (gewerblichen) Dritten angenommen hat, kann dies der Erteilung eines Auftrages als interkommunale Kooperation ohne Ausschreibung möglicherweise entgegenstehen.

Ebenfalls beiden Modellvarianten gemein ist die Voraussetzung, dass die Zusammenarbeit ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse erfolgen darf. Diese in Art. 12 Abs. 4 lit. b) RL 2014/24/EU normierte Voraussetzung dürfte bei der Verwertung von Bioabfällen im Regelfall erfüllt sein.

Eine Unterscheidung zwischen den beiden Modellvarianten entsteht mit Blick auf die Anforderungen von Art. 12 Abs. 4 lit. a) RL 2014/24/EU. Würde der Auffassung gefolgt, dass eine vergabefreie Kooperation erfordert, dass jede Partei über reine Zahlungsverpflichtungen hinausgehende Beiträge erbringen muss, wäre nur die Modellvariante vergabefrei möglich, bei der eine Rücknahme der Bioabfälle und/oder eine Rücknahme von Rest- und Störstoffen erfolgt.

U.E. ist aber auch die erste Modellvariante zulässig, bei der lediglich eine Übernahme der Bioabfälle gegen Zahlung eines entsprechenden Finanzbeitrages erfolgt.¹⁰⁰ Dafür sprechen Wortlaut und Entstehungsgeschichte der Neuregelung. Es ist allerdings darauf hinzuwei-

¹⁰⁰ Zur Begründung s. ausführlich D. I. 1. c) aa) bbb).

sen, das bisher zu der Frage der Auslegung von Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU nur eine Entscheidung des OLG Koblenz vorliegt, nach der eine vergabefreie Zusammenarbeit mehr erfordert, als eine Verwertung von Bioabfällen gegen entsprechende Zahlung.¹⁰¹ Bei der Umsetzung der ersten Modellvariante besteht daher ein vergaberechtliches Risiko.

Zusammenfassend lässt sich aus vergaberechtlicher Sicht festhalten, dass beide Modellvarianten umgesetzt werden können, wobei die Variante, bei der alle beteiligten Partner neben Finanzbeiträgen auch weitere (Sach-)Beiträge erbringen, mit geringen Risiken verbunden ist.

b) Steuerrecht

Steuerrechtlich stellt sich insbesondere die Frage, ob bei den Einbahnstraßenmodellen Auswirkungen auf die Umsatzsteuerpflicht entstehen. Aufgrund der bisherigen Rechtsprechung war davon auszugehen, dass von einer Kommune für eine andere Kommune erbrachten Leistungen als sog. Beistandsleistungen steuerfrei sind. Es ist die neuere Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs aus dem Jahr 2011 zu berücksichtigen. Nach unseren obigen Ausführungen¹⁰² sprechen gewichtige Argumente dafür, dass die Grundsätze der BFH-Entscheidung vom 10.11.2011 nicht auf die Erbringung von abfallwirtschaftlichen Leistungen durch eine Kommune für eine andere Kommune übertragbar sind. Dies gilt jedenfalls, wenn die Leistungen für beide Beteiligten Kommunen unmittelbar hoheitliche Tätigkeiten im Rahmen eines Hoheitsbetriebes nach § 4 Abs. 5 KStG sind. Es verbleibt allerdings Restrisiko der Steuerbarkeit der Leistungen, da eine entsprechende Rechtsprechung bisher nicht besteht. Um dahingehend Rechtssicherheit zu erlangen, kann vorab eine entsprechende verbindliche Auskunft bei den Finanzbehörden verlangt werden.

Möglicherweise wird auch der Gesetzentwurf der Finanzstaatssekretäre umgesetzt, durch den § 2 b UStG in das bestehende Gesetz ein-

¹⁰¹ Vgl. dazu oben D. I. 1. c) aa) bbb) und *OLG Koblenz*, Beschl. v. 3.12.2014, Az.: Verg 8/14.

¹⁰² Vgl. dazu oben D. I. 4.

gefügt werden soll.¹⁰³ Bei Umsetzung dieses Vorschlages werden die kommunale Zusammenarbeit und damit auch die Beistandsleistungen von der Umsatzsteuer freigestellt werden. In diesem Fall stünde die Rechtsunsicherheit bzgl. der Umsatzbesteuerung nicht mehr fort.

c) Sonstige Rechtsfragen

In den beiden Varianten der Einbahnstraßenmodelle stellen sich keine kartellrechtlichen Schwierigkeiten, da eine Nachfragebündelung nicht erfolgt.

Kommunalrechtlich stellt sich die Frage, ob die gesamte Aufgabe der Bioabfallverwertung auf eine andere Gebietskörperschaft übertragen werden kann, oder ob auch die Entsorgung von Teilmengen möglich ist. Relevanz hat die Frage insbesondere bei dem Abschluss einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung, bei der nach § 25 Abs. 1 Satz 2 GKZ BW durch die Vereinbarung das Recht und die Pflicht zur Erfüllung der Aufgaben auf die übernehmende Körperschaft übergehen. Kommunalrechtlich stellt sich damit die Frage, ob auch ein Teilaufgabenübergang möglich ist. Die Frage ist insbesondere mit Blick auf den Entwurf des Gesetzes zur Änderung der Gemeindeordnung, des Gesetzes über kommunale Zusammenarbeit und anderer Gesetze positiv zu beantworten. In § 102a Abs. 2 Satz 1 GemO BW ist vorgesehen, dass eine Gemeinde einer selbstständigen Kommunalanstalt „einzelne oder alle mit einem bestimmten Zweck zusammenhängenden Aufgaben ganz oder teilweise“ übertragen kann. Indem der Gesetzgeber ausdrücklich eine teilweise Aufgabenübertragung auf eine selbstständige Kommunalanstalt ermöglicht, ist davon auszugehen, dass eine solche auch im Rahmen von anderen Formen der öffentlich-rechtlichen Zusammenarbeit möglich ist, für die sie nicht ausdrücklich ausgeschlossen wird.

Mit Blick auf das Gebührenrecht ist zu berücksichtigen, dass eine Überprüfung der Erforderlichkeit der in die Gebührenkalkulation einzustellenden Entgelte vorzunehmen ist. Dabei kann das Preis-

¹⁰³ Dazu D. I. 4. c)

recht als Maßstab für die Prüfung der Erforderlichkeit und Angemessenheit der erhobenen Gebühren dienen, wenngleich eine direkte Anwendung der VOPR-Nr. 30/53 keine Anwendung findet, da kein öffentlicher Auftrag vorliegt. Gewinnzuschläge sind im Rahmen der Einbahnstraßenmodelle daher nur in geringem Umfang möglich. Bei Vereinbarung von Selbstkostenerstattungspreisen ist davon auszugehen, dass nur 1 % des Umsatzes als Gewinnzuschlag gerechtfertigt ist, bei Vereinbarung von Selbstkostenfestpreisen kann hingegen ein Wagniszuschlag in Höhe von 3 % angemessen sein. Ein Wirtschaftlichkeitsvergleich mit der Alternative einer Ausschreibung der Leistungen am Markt ist zum Nachweis der Erforderlichkeit der Kosten geboten. Auf das weite Ermessen der Kommune, in dessen Rahmen sie auch Gesichtspunkte der langfristigen, marktunabhängigen Entsorgungssicherheit sowie die Einhaltung hoher umweltbezogener Standards berücksichtigen kann, ist bereits hingewiesen worden.¹⁰⁴

d) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass das Einbahnstraßenmodell in beiden Varianten umgesetzt werden kann. Es bestehen lediglich die aufgezeigten geringen vergaberechtlichen Risiken im Rahmen der ersten Modellvariante.

e) Variantenbewertung

Bei der Betrachtung der beiden Varianten des Einbahnstraßenmodells (in der ersten Modellvariante erfolgt eine Anlieferung des Bioabfalls zur Verwertung durch einen oder mehrere Kreise an den die Anlage betreibenden Kreis; in der zweiten Modellvariante erfolgt zusätzlich eine Rücknahme von den behandelten Bioabfällen oder nicht biologisch verwertbaren Stör- und Reststoffen) fallen rechtliche Unterschiede nur im Vergaberecht ins Gewicht. Rechtlich sicherer ist die Umsetzung der zweiten Modellvariante, da bei dieser ein kooperatives Zusammenwirken vorliegt, bei dem alle beteiligten öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger Beiträge leisten, die über bloße Zahlungsverpflichtungen hinausgehen.

¹⁰⁴ S. o. D. I. 5. b).

4. Austauschmodell

Im Rahmen eines Austauschmodells übergibt ein Kreis A Bioabfall zur Verwertung an einen kooperierenden Kreis B, der dafür Restabfälle oder andere Abfälle an den Kreis A liefert. Zusätzlich können weitere Abfallarten ausgetauscht werden und weitere Kreise an dem Modell teilhaben. Es handelt sich – wie auch beim Einbahnstraßenmodell – um eine Kooperation ohne gemeinsame Anlage. Die Kommune übernimmt dabei Verwertungsaufgaben für eine andere Kommune, allerdings unter einem wechselseitigen Austausch von Abfällen.

Das Austauschmodell wirft grundsätzlich die gleichen rechtlichen Fragen wie das Einbahnstraßenmodell auf. Dabei besteht eine Übereinstimmung mit dem Einbahnstraßenmodell der zweiten Variante, bei dem eine Rücknahme von behandelten Bioabfällen und/oder den nicht biologisch verwertbaren Stör- und Reststoffen erfolgt. Vergaberechtliche Risiken bestehen nicht.

Ein Austausch weiterer Abfallarten ist ebenso möglich wie die Beteiligung weiterer Kreise. Es ist jeweils sicherzustellen, dass die Voraussetzungen für eine vergabefreie Kooperation nach Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU erfüllt sind. Soweit alle Beteiligten neben den Finanzbeiträgen auch Sachbeiträge in Form des Austausches von Abfällen erbringen, ist ohne rechtliche Risiken von der Vergabefreiheit der Kooperation auszugehen.

Im Übrigen gelten die obigen Ausführungen zum Einbahnstraßenmodell entsprechend.

5. Betreibermodell

Im Rahmen des Betreibermodells errichten zwei oder mehrere Kreise gemeinsam eine Verwertungsanlage.

Bei den Betreibermodellen stellt sich zunächst die Frage nach der Organisationsform [dazu a)]. Weiterhin ist im Rahmen des Vergaberechts die Beauftragung der gemeinsamen Institution erforderlich [dazu b)]. Schließlich ist auf die steuerrechtlichen Besonderheiten einzugehen [dazu c)]. Ab-

schließlich werden Hinweise auf die übrigen Rechtsfragen gegeben [dazu d)].

a) Organisationsform

Für die Organisation einer gemeinsamen Anlage bieten sich verschiedene Rechtsformen an. In Betracht kommt zum einen die privatrechtliche Rechtsform der GmbH. Ebenso möglich sind öffentlich-rechtliche Rechtsformen, wozu etwa der Zweckverband zur Verfügung steht, zukünftig voraussichtlich auch eine gemeinsame Anstalt öffentlichen Rechts.

Der derzeitige Entwurfsstand sieht vor, eine gemeinsame selbstständige Kommunalanstalt in § 24 a GKZ BW aufzunehmen¹⁰⁵. § 24 a Abs. 1 lautet im Entwurf:

„Gemeinden und Landkreise können eine gemeinsame selbstständige Kommunalanstalt in der Rechtsform einer rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts durch Vereinbarung einer Anstaltssatzung errichten. Sie können auch einer bestehenden selbstständigen Kommunalanstalt oder einer bestehenden gemeinsamen selbstständigen Kommunalanstalt beitreten; der Beitritt erfolgt durch die zwischen den Beteiligten zu vereinbarende Änderung der Anstaltssatzung. §§ 102 a, 102 b und 102 d der Gemeindeordnung gelten entsprechend.“

§ 24 b GKZ BW soll Vorschriften für gemeinsame selbstständige Kommunalanstalten enthalten. In dessen Abs. 1 sind die Mindestanforderungen an die Satzung geregelt. § 24 b Abs. 2 GKZ BW sieht weiterhin ein Genehmigungserfordernis der Rechtsaufsichtsbehörde vor.

¹⁰⁵ Ausführlich zur gemeinsamen selbstständigen Kommunalanstalt unten D. IV. 3.

Alle vorgenannten Rechtsformen eignen sich grundsätzlich für das Betreibermodell. Auf die Unterschiede wird im Rahmen der einzelnen Rechtsgebiete eingegangen.

b) Vergaberecht

Das Vergaberecht findet zunächst keine Anwendung auf die Gründung der Institution – unabhängig von deren Rechtsform.

Allerdings ist bei der Beauftragung das Vergaberecht zu beachten. In Art. 12 Abs. 1 und 3 RL 2014/24/EU ist nunmehr die In-House-Vergabe kodifiziert. Nach den oben dargelegten Grundsätzen¹⁰⁶ können die Voraussetzungen einer Vergabefreiheit auch bei kommunalen Gemeinschaftsunternehmen gegenüber allen ihren Gesellschaftern grundsätzlich erfüllt sein. Neben der Erfüllung des Kontrollkriteriums und des Verbotes einer privaten Kapitalbeteiligung – die im Betreibermodell nicht vorgesehen ist – ist Voraussetzung, dass das Wesentlichkeitskriterium eingehalten wird. Nach der Richtlinie müssen mehr als 80 % der Tätigkeiten der kontrollierten juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen die juristische Person von den die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggebern betraut worden ist. Umgekehrt formuliert folgt daraus, dass bis zu 20 % der Tätigkeiten durch die gemeinsame Institution am offenen Markt erbracht werden dürfen.

c) Steuerrecht

Bei dem Betreibermodell hat die Wahl der Rechtsform insbesondere Auswirkungen auf die steuerrechtlichen Fragen.

Bei der Gründung eines Zweckverbandes oder einer gemeinsamen selbstständigen Kommunalanstalt wird die Aufgabe der Bioabfallverwertung auf die zu gründende Anstalt übertragen. Die neu gegründete Institution wird daher aus eigener Zuständigkeit heraus tätig. Eine Leistungsbeziehung zu den jeweiligen Kommunen entsteht nicht, weshalb keine Umsatzsteuerpflicht entsteht.

¹⁰⁶ Vgl. dazu D. I. 1. b).

Im Unterschied dazu besteht bei der GmbH eine Umsatzsteuerpflicht qua Rechtsform. Eine Aufgabenübertragung auf die GmbH ist aus kommunalrechtlichen Gründen nicht möglich. Daher erfolgt die Erbringung der Dienstleistung für die beauftragenden Kommunen und es ist die Umsatzsteuer in Rechnung zu stellen. Im Gegenzug besteht aber auch die Möglichkeit des Vorsteuerabzugs für die Gesellschaft, die insbesondere bei der Errichtung neuer Anlagen von Interesse sein kann und mittelbar – durch geringere Entgelte – den Kommunen und den Gebührenzahlern zugutekommen kann.

d) Sonstige Rechtsfragen

Kartellrechtliche Rechtsfragen stellen sich im Rahmen des Betreibermodells nicht, da keine Absprache zwischen mehreren selbstständigen Marktteilnehmern erfolgt. Allenfalls hat eine Fusionskontrolle zu erfolgen; eine marktbeherrschende Stellung ist allerdings bei lokalen Kooperationen nicht erkennbar.¹⁰⁷

Aus kommunalrechtlicher und insbesondere kommunalwirtschaftsrechtlicher Sicht bestehen keine Besonderheiten.

Hinsichtlich des Gebührenrechtes ist darauf hinzuweisen, dass wiederum die Erforderlichkeit und Angemessenheit der Gebühren nachzuweisen ist. Diese sind als Fremdkosten grundsätzlich ansatzfähig. Weiterhin ist darauf hinzuweisen, dass etwaige Gewinne voll in die Gebührenkalkulation einzustellen und damit an den Gebührenzahler weiterzureichen sind.

e) Zwischenergebnis

Auch bezüglich des Betreibermodells ist damit festzustellen, dass dieses ohne rechtliche Schwierigkeiten und Risiken umgesetzt werden kann. Unterschiede bestehen jedoch in steuerlicher Hinsicht durch die Wahl der Rechtsform.

¹⁰⁷ S. dazu D. 2. g).

6. Zwischenergebnis

Als Ergebnis der Untersuchung ist festzuhalten, dass alle vorgestellten Modelle grundsätzlich realisierbar sind; die rechtlichen Rahmenbedingungen schließen keines der Modelle aus, wenn die benannten Vorgaben eingehalten werden. Nach der hier vertretenen Auffassung ist auch das Einbahnstraßenmodell auf Grundlage von Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU umsetzbar.

III. Vergleichende Bewertung

Eine vergleichende Bewertung der unterschiedlichen Modelle ist nur schwer generalisierend möglich. Die Bewertung hat grundsätzlich situativ – d.h. in Abhängigkeit von den jeweiligen Gegebenheiten der beteiligten Kommunen – zu erfolgen. So wird es wesentlich darauf ankommen, ob in einer Region bereits kommunale Anlagen existieren, so dass eine Mitnutzung dieser Anlagen durch andere Kommunen im Rahmen der Modelle 3 und 4 in Betracht kommt oder ob neue Anlagen benötigt werden. Auch kommt es für die Bewertung und Entscheidungsfindung auf die Gewichtung der unterschiedlichen Aspekte an, die nicht objektiv vorgenommen werden kann, sondern maßgeblich auch von den politischen Präferenzen abhängig ist. Im Folgenden können daher nur allgemeine Hinweise zur Bewertung und Entscheidungsfindung gegeben werden.

1. Wirtschaftliche Risiken

Die Modelle unterscheiden sich insbesondere hinsichtlich der mit ihnen verbundenen wirtschaftlichen Risiken für die beteiligten Kommunen. So ist zunächst festzuhalten, dass im Ausschreibungsmodell die Auftraggeber das Marktpreisrisiko tragen, die entstehenden Kosten für die beteiligten Gebietskörperschaften nach Auftragserteilung aber gut kalkulierbar sind. Für die Laufzeit des Verwertungsvertrages ist sichergestellt, welche Aufwendungen die Gebietskörperschaften vornehmen müssen (unter Berücksichtigung von eventuellen Preisgleitklauseln). Allerdings tragen die Auftraggeber das Risiko von Leistungsstörungen oder eines Ausfalls des privaten Auftragnehmers. Nach Ende der Laufzeit tragen die Kommunen anders als in den anderen Modellen das Risiko marktbedingter Kostensteigerungen.

Die wirtschaftlichen Risiken im Rahmen eines PPP-Modells sind von der konkreten Ausgestaltung der Zusammenarbeit abhängig. Sie stehen im direkten Zusammenhang mit der Höhe der Anteile und der konkreten Ausgestaltung der Vertragsverhältnisse. Soweit Einlagen geleistet werden, tragen die beteiligten Gebietskörperschaften das Insolvenzrisiko der PPP-Gesellschaft. Es ist daher ein unternehmerisches Risiko vorhanden. Auch bei Beauftragung einer PPP-Gesellschaft tragen die Auftraggeber das Leistungsstörungs- und Ausfallrisiko, können diese aber über ihre gesellschaftsrechtlichen Mitwirkungsrechte beeinflussen. Bei langfristiger Beauftragung ist das Marktrisiko eingeschränkt.

Im Einbahnstraßenmodell bestehen geringere wirtschaftliche Risiken, da bei einem kommunalen Partner kein Ausfallrisiko besteht. Zu berücksichtigen ist insbesondere für die den Auftrag annehmende Kommune der mögliche Rückgang der Bioabfallmengen als Risikofaktor. Gleiches gilt für das Austauschmodell unter Berücksichtigung der weiteren ausgetauschten Abfallströme.

Im Rahmen des Betreibermodells tragen die beteiligten Kommunen das Auslastungs- und Betriebsrisiko der Anlage über die gemeinsame Institution gemeinsam. Gleiches gilt bei der Errichtung einer Neuanlage für das Risiko der Fertigstellung und der Mangelfreiheit.

2. Verwaltungsaufwand

Auch mit Blick auf den Verwaltungsaufwand unterscheiden sich die Modelle zum Teil erheblich. Gemeinsam ist allen Modellen, dass zumindest in einer ersten Phase ein erheblicher Aufwand entsteht. Dieser liegt bei dem Ausschreibungsmodell in der Gestaltung und Durchführung der Ausschreibung, bei dem Einbahnstraßenmodell und dem Austauschmodell in der Konzeptionierung der entsprechenden vertraglichen Regelwerke. Ebenso ist im Rahmen des PPP-Modells und des Betreibermodells eine Abstimmung mit den beteiligten Partnern vorzunehmen und umfassend zu prüfen, wie die Modelle ausgestaltet werden sollen.

Erhebliche Unterschiede bei dem Verwaltungsaufwand ergeben sich insbesondere in der „Leistungsphase“. Während im Ausschreibungsmodell

nur ein relativ geringer Aufwand für die Verwaltung des Vertrages entsteht (dies gilt auch im Einbahnstraßenmodell für die die Abfälle abgebende Gebietskörperschaft), entsteht insbesondere im Austauschmodell und im Betreibermodell erheblicher Verwaltungsaufwand. Soweit eine Gebietskörperschaft im Rahmen des Einbahnstraßen- oder Austauschmodells Abfälle annimmt, hat sie über den gesamten Leistungszeitraum entsprechende Leistungen zu erbringen und dafür die Verwaltung vorzunehmen. Auch im Rahmen des Betreibermodells haben sich die beteiligten Gebietskörperschaften die entstehenden Verwaltungsaufgaben zu teilen.

Im PPP-Modell hängt der entstehende Verwaltungsaufwand von der Ausgestaltung des PPP-Modells ab.

3. Zeitliche Unterschiede

Bei der Entscheidung zwischen den unterschiedlichen Lösungsmodellen ist weiterhin zu beachten, dass die zeitliche Bindung sehr unterschiedlich ausfallen kann. Im Rahmen des Ausschreibungsmodells und des Einbahnstraßen- sowie des Austauschmodells kann die Dauer der Zusammenarbeit relativ frei gestaltet werden. Lediglich sehr kurze Laufzeiten dürften in der Regel zu höheren Kosten führen. Es ist allerdings mit den genannten Modellen durchaus denkbar, auch kürzere Zeiträume von mehreren Monaten bis zu wenigen Jahren zu überbrücken.

Hingegen ist in den Modellen 2 und 5 eine kurze Laufzeit nur schwer wirtschaftlich realisierbar. Auf Grund der Notwendigkeit zur Errichtung von Anlagen, zur Gründung einer entsprechenden juristischen Person und nicht zuletzt wegen des entstehenden Verwaltungsaufwandes und der Abschreibungsdauer von Anlagen werden langfristige Bindungen einzugehen sein. Insbesondere bei bestehender Unsicherheit über die Menge der zur Verwertung anfallenden Abfälle kann es daher vorzugswürdig sein, eine Modellvariante zu wählen, bei der eine kürzere Bindung sinnvoll möglich ist. Besteht hingegen eine gewisse Kalkulationssicherheit und der Wille, eine langfristige Bindung einzugehen, können durch langfristige marktschwankungsunabhängige Kostensicherheit Vorteile für die Gebührenzahler erzielt werden.

4. Einfluss- und Gestaltungsmöglichkeiten

Die Modelle unterscheiden sich weiterhin nach den für die beteiligten Gebietskörperschaften bestehenden Einflussmöglichkeiten. Insbesondere im Ausschreibungsmodell beschränkt sich die Gestaltungsmöglichkeit maßgeblich auf die Konzeptions- und Ausschreibungsphase, insbesondere durch die Gestaltung der Ausschreibungsunterlagen. In der Leistungsphase sind die Einflussmöglichkeiten stark zurückgenommen und beschränken sich auf die Ausübung der vertraglichen Rechte gegenüber dem privaten Auftragnehmer. Ähnliches gilt für die Einbahnstraßen- und Austauschmodelle für die auftraggebende Kommune, deren Aufgaben auf den kommunalen Partner übergehen.

In den PPP- und Betreibermodellen kann je nach konkreter vertraglicher Ausgestaltung der Einfluss der Kommune als Mitgesellschafter bzw. Träger der Institution, die die Anlage betreibt, auch während der „Leistungsphase“ prägend ausgestaltet sein.

5. Leitfragen zur Entscheidungsfindung

Besteht nach den örtlichen Gegebenheiten eine Wahl zwischen mehreren Modellen der interkommunalen Zusammenarbeit, so kann anhand der nachstehenden Leitfragen die Entscheidungsfindung strukturiert werden.

Im Rahmen einer ersten Weichenstellung ist zu überlegen, ob eine marktorientierte oder eine kommunale Lösung gewählt werden soll. Einen marktorientierten Ansatz enthält vor allem das Ausschreibungsmodell in seinen beiden Varianten, wohingegen es sich bei den übrigen Modellen um eher kommunal ausgerichtete Möglichkeiten der interkommunalen Zusammenarbeit handelt. Das Ausschreibungsmodell setzt auf möglichst optimale Realisierung niedriger Marktpreise, führt aber zur Abhängigkeit von Marktpreisschwankungen zum Ende der Laufzeit und verzichtet auf Einflussmöglichkeiten auf die Leistungserbringung, die über die Durchsetzung der Rechte und Ansprüche aus dem Entsorgungsvertrag hinausgehen.

Eine zweite Weichenstellung ergibt sich aus der Frage, ob eine Beteiligung an einer Anlage erfolgen soll oder ob eine Dienstleistungsvergabe bzw.

Aufgabenübertragung bevorzugt wird. Eine Beteiligung an einer Anlage sehen die PPP- und Betreibermodelle vor, wohingegen die übrigen Modelle eine Dienstleistungsvergabe bzw. Aufgabenübertragung zum Gegenstand haben. Ein Unterschied ergibt sich insoweit insbesondere mit Blick auf die wirtschaftlichen Risiken; bei der Beteiligung an einer Anlage trägt die Kommune anders als bei der Vergabe eines Dienstleistungsauftrages oder bei der Übertragung einer Aufgabe auf eine andere Gebietskörperschaft mittelbar alle anlagenbezogenen und Auslastungsrisiken, hat aber auf der anderen Seite größere Einflussmöglichkeiten auf den Betrieb.

Erfolgt eine Entscheidung für eine Beteiligung an einer Anlage, so stellt sich weiterhin die Frage danach, ob eine private Beteiligung gewünscht ist (dann: PPP-Modell), oder ob eine rein kommunale Gesellschaft gegründet werden soll (dann: Betreibermodell). Für die Verwirklichung eines PPP-Modells kann etwa maßgeblich sein, dass durch den privaten Partner technisches Know-how und entsprechende Erfahrungen im Anlagenbau und -betrieb einbezogen werden können. Ebenso kann eine Risikoübernahme durch den Privaten etwa durch Abgabe einer Mengengarantie und damit einer Sicherstellung der Auslastung der Anlage für das PPP-Modell sprechen. Für die Errichtung einer rein kommunalen Gesellschaft kann hingegen angeführt werden, dass für eine sukzessive Beteiligung weiterer kommunaler Gebietskörperschaften kein erneutes Vergabeverfahren erforderlich ist. Eine einmal gegründete PPP-Gesellschaft kann wegen der fehlenden Inhouse-Fähigkeit weder durch ihre kommunalen Gesellschafter (mit zusätzlichen oder wesentlich geänderten Leistungen) noch durch andere Kommunen vergabefrei beauftragt werden und ist daher bei der Akquisition von Abfällen größeren Restriktionen ausgesetzt. Ein weiterer Vorzug einer rein kommunalen Gesellschaft besteht in der vollständigen Kontrolle der Betreibergesellschaft durch die beteiligten Kommunen und der Vermeidung von typischen Kollisionen zwischen privaten Gewinninteressen und kommunalen Steuerungsbedürfnissen.

IV. Einzelne Fragestellungen

Nachstehend wird vertiefend auf einzelne Fragestellungen eingegangen.

1. Einbeziehung weiterer Abfallmengen in bestehende Vertragsverhältnisse

Insbesondere im Rahmen des PPP-Modells aber auch des Betreibermodells stellt sich die Frage der Einbeziehung von Abfallmengen anderer Kommunen in bestehende Vertragsverhältnisse zwischen einer Kommune und einer (PPP)-Gesellschaft dieser Kommune. Ziel kann es insbesondere sein, freie Kapazitäten in der bestehenden Anlage auszulasten.

Zur Umsetzung der gewünschten zusätzlichen Auslastung kommen grundsätzlich zwei Wege in Betracht. Zum einen kann eine direkte vertragliche Vereinbarung zwischen der weiteren Kommune und der bestehenden (PPP)-Gesellschaft abgeschlossen werden [dazu a)]. Ebenso in Betracht zu ziehen ist ein Vertragsschluss zwischen der weiteren Kommune und der Kommune, die Gesellschafterin der der PPP-Gesellschaft ist und bereits eine Vertragsbeziehung für die Verwertung von Bioabfällen unterhält [dazu b)].

a) Direktbeauftragung

Eine Direktbeauftragung ohne Ausschreibung ist grundsätzlich nicht möglich. Eine solche scheitert im Fall des PPP-Modells bereits an der privaten Kapitalbeteiligung an der PPP-Gesellschaft. Eine solche steht gemäß Art. 12 Abs. 3 lit. c) RL 2014/24/EU der vergabefreien Inhouse-Beauftragung zwingend entgegen.

Soweit eine Direktvergabe an eine rein kommunale Gesellschaft im Rahmen des (rein kommunalen) Betreibermodells erfolgen soll, an der die Kommune, die den Auftrag erteilt, nicht beteiligt ist, scheidet eine vergabefreie Direktvergabe in der Regel ebenfalls: Art. 12 Abs. 3 RL 2014/24/EU lässt zwar eine Inhouse-Vergabe auch bei der Kontrolle durch mehrere öffentliche Auftraggeber zu. Voraussetzung ist allerdings, dass der beauftragende öffentliche Auftraggeber gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern über diese juristische Person eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über eigene Dienststellen (Art. 12 Abs. 3 lit. a) RL 2014/24/EU). Eine solche Konstellation ist vorliegend aber gerade nicht gegeben, da die beauftragende Kommune keine Anteile an der zu beauftragenden Gesellschaft

hält. Eine vergabefreie Inhouse-Beauftragung könnte jedoch dadurch ermöglicht werden, dass die beauftragende Kommune als weiterer Gesellschafter in die Gesellschaft eintritt und damit die Voraussetzungen nach Art. 12 Abs. 3 RL 2014/24/EU herbeigeführt werden.

Schließlich kann eine Direktbeauftragung der Gesellschaft im Regelfall auch nicht hinreichend rechtssicher auf die Vorschrift über die interkommunale Zusammenarbeit gemäß Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU gestützt werden. Zwar lässt Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU grundsätzlich eine Kooperation zwischen zwei oder mehr öffentlichen Auftraggebern zu. Bei einer rein kommunalen Gesellschaft mit Entsorgungsaufgaben handelt es sich auch um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 98 Nr. 2 UWG.

Allerdings ist nicht eindeutig, ob nach Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU eine interkommunale Kooperation nur dann vergabefrei möglich ist, wenn die Beteiligten eine gemeinsame Aufgabe wahrnehmen oder ob die Erfüllung gemeinsamer Ziele ausreicht.¹⁰⁸ Fraglich ist, ob dem beauftragenden Kreis und der direkt beauftragten kommunalen Gesellschaft die Aufgabe der Bioabfallverwertung gemeinsam obliegt. Dabei stellt sich insbesondere die Frage, ob es genügt, wenn der kommunalen Gesellschaft die Verwertung von Bioabfällen durch die an ihr beteiligten Gebietskörperschaften auf Grund eines Auftrages übertragen worden ist oder ob eine Aufgabenübertragung im kommunalrechtlichen Sinn erforderlich ist. Liegt eine einfache vertragliche Beauftragung etwa einer GmbH vor, bleibt fraglich, ob dadurch der Gesellschaft bereits die Aufgabe der Bioabfallverwertung obliegt oder ob diese – auch aus Sicht des Vergaberechts – bei den beauftragenden Gebietskörperschaften verbleibt. Die Frage ist bisher nicht entschieden, so dass zweifelhaft bleibt, ob bei einer rein vertraglichen Beauftragung ohne Aufgabenübertragung eine den Beteiligten gemeinsam obliegende Aufgabe – wenn diese für die vergabefreie Kooperation entgegen der hier vertretenen Auffassung erforderlich sein sollte – angenommen werden kann.

¹⁰⁸ Vgl. zur Frage der gemeinsamen Aufgabe oben D. I. 1. c) aa) aaa).

Allein im Fall der Aufgabenübertragung – etwa auf eine Anstalt des öffentlichen Rechts oder einen Zweckverband – ist die Möglichkeit einer interkommunalen Kooperation rechtssicher. In diesem Fall wird die Aufgabe von den übertragenden Gebietskörperschaften auf die Anstalt öffentlichen Rechts oder den Zweckverband mit befreiender Wirkung übertragen. Eine entsprechende Aufgabenübertragung auf eine kommunale GmbH ist aber nicht möglich. Im Ergebnis ist eine Direktbeauftragung einer kommunalen Gesellschaft durch Kommunen, die nicht Gesellschafter sind, im Wege der interkommunalen Zusammenarbeit gemäß Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU mit Risiken behaftet. Nur wenn eine Anstalt öffentlichen Rechts oder ein Zweckverband, denen die Aufgabe jeweils selbst obliegt, im Wege der interkommunalen Kooperation durch andere Kommunen direkt beauftragt werden soll, sind die Risiken geringer.

b) „Zweistufige“ Beauftragung

Als Alternative zu der vorgenannten rechtlich unsicheren Lösung einer Direktbeauftragung kommt eine Beauftragung im „Zweistufenmodell“ in Betracht.¹⁰⁹ Dabei beauftragt die Kommune, die Bedarf an der Entsorgung von Verwertungsabfällen hat, zunächst den an der (PPP-)Gesellschaft beteiligten Landkreis im Wege einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung. Diese Beteiligung erfolgt wie im Einbahnstraßenmodell auf Grundlage der interkommunalen Zusammenarbeit gemäß Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU.¹¹⁰

Durch die öffentlich-rechtliche Vereinbarung ist der übernehmende Landkreis nunmehr für die Aufgabe der Verwertung der Bioabfälle auch aus dem Gebiet des Vertragspartners der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung zuständig. In dieser Eigenschaft erfolgt in der zweiten Stufe eine Verwertung der Abfälle durch die bestehende (PPP-)Gesellschaft. Die Verwertung der Abfälle erfolgt damit im Auftrag des Landkreises, der Gesellschafter der (PPP-)Gesellschaft ist.

¹⁰⁹ Vgl. zur Frage der grundsätzlichen vergaberechtlichen Zulässigkeit einer zweistufigen Beauftragung oben D. I. 1. c) ee).

¹¹⁰ Auf die rechtlichen Vorgaben wird insoweit verwiesen; vgl. D. II. 3.

Bei der Beauftragung auf der zweiten Stufe ist zwischen den Modellen 2 und 5 zu unterscheiden. Handelt es sich um eine Gesellschaft, an der ausschließlich öffentliche Auftraggeber beteiligt sind, kann der Auftrag als Inhouse-Auftrag im Sinne von Art. 12 Abs. 3 RL 2014/24/EU durch die Kommune erteilt werden, da die Richtlinie eine Beauftragung zulässt, soweit der Auftraggeber gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern über die Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle wie über eigene Dienststelle ausübt. Daraus folgt, dass im Betreibermodell auf der zweiten Stufe eine Erteilung des Auftrages an die Gesellschaft erfolgen kann, ohne dass ein Vergabeverfahren durchzuführen ist.

Bei einer privaten Kapitalbeteiligung ist hingegen eine Inhouse-Beauftragung gemäß Art. 12 Abs. 2 RL 2014/24/EU ausgeschlossen. Es ist daher im Einzelfall zu prüfen, ob die zusätzlichen Mengen in den zwischen der an der PPP-Gesellschaft beteiligten Kommune und der PPP-Gesellschaft bestehenden Vertrag einbezogen werden können, ohne dass eine (vergabepflichtige) Neubeauftragung erforderlich wird. Bezieht sich der Ursprungsvertrag ohne Bezeichnung des Anfallgebietes und der Menge auf alle in die Zuständigkeit des Auftraggebers fallenden Bioabfälle, wäre die Verwertung zusätzlicher Bioabfälle, für die der Auftraggeber durch öffentlich-rechtliche Vereinbarung mit einer anderen Kommune zuständig wird, möglicherweise vom bestehenden Vertrag erfasst. Ist dies nicht der Fall, stellt sich die Frage, ob für die Verwertung zusätzlicher Mengen eine erneute Ausschreibung erforderlich ist, oder ob die Änderung im Rahmen des bestehenden Vertrages als unwesentlich eingestuft werden kann und daher kein erneutes Vergabeverfahren erforderlich ist.

Die Frage, in welchen Fällen von einer wesentlichen Vertragsänderung, die ein erneutes Vergabeverfahren erfordert, auszugehen ist, wurde bisher durch die Rechtsprechung des EuGH beantwortet. Insbesondere aus der sogenannten „presstext-Entscheidung“ des EuGH lässt sich entnehmen, dass als eine Neuvergabe Vertragsänderungen dann anzusehen sind, wenn sie wesentlich andere Merkmale aufweisen als der ursprüngliche Auftrag und damit den Willen der

Parteien zur Neuverhandlung wesentlicher Bestimmungen dieses Vertrages erkennen lassen.¹¹¹

Nunmehr ist in Art. 72 RL 2014/24/EU erstmals eine Kodifikation von Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit vorgenommen worden. In Abs. 1 sind die Fälle aufgezählt, in denen ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens eine Änderung vorgenommen werden kann. Gemäß Art. 72 Abs. 1 lit. a) RL 2014/24/EU ist dies zunächst der Fall, wenn die Änderung in den ursprünglichen Auftragsunterlagen bereits vorgesehen ist. Art. 72 Abs. 1 lit. b) RL 2014/24/EU sieht weiter vor, dass kein Vergabeverfahren durchgeführt werden muss, wenn sich auf Grund der Komplexität des Auftrages ein Austausch des Auftragnehmers nicht vornehmen lässt. Art. 72 Abs. 1 lit. c) RL 2014/24/EU regelt weiterhin, dass auch dann auf ein Vergabeverfahren verzichtet werden kann, wenn die Änderung auf Grund von Umständen, die ein seiner Sorgfaltspflicht nachkommender öffentlicher Auftraggeber nicht vorhersehen konnte, erforderlich geworden ist.

Weiter regelt Art. 72 Abs. 1 lit. d) RL 2014/24/EU den Fall, dass ein Austausch des Auftragnehmers auf Grund insbesondere von Unternehmensumstrukturierungen erfolgt. Schließlich sieht Art. 72 Abs. 1 lit. e) RL 2014/24/EU vor, dass kein Vergabeverfahren durchzuführen ist, wenn die Änderung nicht wesentlich im Sinne von Abs. 4 der Regelung ist.

Art. 72 Abs. 2 RL 2014/24/EU sieht weiterhin folgende Regelung vor:

„Darüber hinaus können Aufträge auch ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens im Einklang mit dieser Richtlinie geändert werden, ohne dass überprüft werden muss, ob die in Abs. 4 Buchstaben a) bis d) genannten Bedingungen erfüllt sind, wenn der Wert der Änderung die beiden folgenden Werte nicht übersteigt:

¹¹¹ *EuGH*, presstext nachrichtenagentur gmbh, 19.06.2008, Rs. C-454/06, Rn. 35 ff.

- (i) *Die in Art. 4 genannten Schwellenwerte und*
- (ii) *10 % des ursprünglichen Auftragswertes bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen und 15 % des ursprünglichen Auftragswerts bei Bauaufträgen (...)*“.

Eine Beauftragung einer PPP-Gesellschaft im Rahmen eines bestehenden Dienstleistungsvertrages ist daher für die zusätzlichen Mengen auf Grund der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung mit einer weiteren Kommune nur möglich, wenn die Auftragssumme nicht um mehr als 10 % steigt oder der Anstieg bereits in den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen vorgesehen war.

Daher ist im Einzelfall zu prüfen, welchen genauen Inhalt der bestehende Vertrag unter Berücksichtigung der Ausschreibungsunterlagen hat und ob die zusätzlich über das Vertragsverhältnis zu entsorgenden Mengen nur zu einer unwesentlichen Änderung von unter 10 % (ohne Überschreitung der Schwellenwerte) führen.

c) Zwischenergebnis

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass eine Ausnutzung freier Kapazitäten in der Anlage einer Gesellschaft im Wege des vorgenannten Zweistufenmodells möglich ist, wenn an der Gesellschaft nur öffentliche Auftraggeber beteiligt sind. Bei PPP-Gesellschaften ist hingegen im Einzelfall zu prüfen, ob der bestehende Entsorgungsvertrag die Einbeziehung weiterer Mengen ermöglicht oder ob die Änderung unwesentlich ist. Im Regelfall wird dies nicht der Fall sein, weshalb eine Ausnutzung freier Kapazitäten in Anlagen von PPP-Gesellschaften nicht ohne die Durchführung eines Vergabeverfahrens wird erfolgen können.

2. Vereinbarung zwischen einer kommunalen Besitzgesellschaft und einer PPP-Betreibergesellschaft zur Überlassung von Anlagen

Im Rahmen der Gründung einer gemeinsamen (PPP-)Betreibergesellschaft kann sich die Frage stellen, ob eine kommunale Besitzgesellschaft der

(PPP-)Betreibergesellschaft Anlagen überlassen kann, ohne zuvor ein entsprechendes Vergabeverfahren durchzuführen. Diese Gestaltungsvariante kann insbesondere in Betracht kommen, wenn einer der beteiligten kommunalen Partner durch eine Eigengesellschaft eine bestehende Verwertungsanlage hat, die in das Kooperationsmodell eingebracht werden soll, ohne dass das Eigentum übergehen soll.

Unabhängig von der Frage der Beteiligung an der (PPP-)Gesellschaft ist § 100 Abs. 5 GWB einschlägig, der festlegt, auf welche Art von Verträgen das Vergaberecht keine Anwendung findet.

Gemäß § 100 Abs. 5 Nr. 1 GWB ist das Vergaberecht nicht anwendbar auf den Erwerb von Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichem Vermögen. Soweit eine Besitzgesellschaft ihre Anlagen einer PPP-Gesellschaft zu veräußern beabsichtigt, ist daher das Vergaberecht nicht anwendbar und zwar für den Erwerber nach § 100 Abs. 5 Nr. 1 GWB und für den Veräußerer nicht, weil es sich nicht um einen Beschaffungs- sondern um einen Veräußerungsvorgang handelt.

§ 100 Abs. 5 Nr. 2 GWB bestimmt weiter, dass das Vergaberecht ebenfalls keine Anwendung findet, soweit Mietverhältnisse für Grundstücke oder vorhandene Gebäude oder anderes unbewegliches Vermögen abgeschlossen werden. Nr. 3 des gleichen Absatzes erweitert diese Bereichsausnahme auch auf Rechte an Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichem Vermögen. Die Besitzgesellschaft kann daher der PPP-Betreibergesellschaft ohne vorhergehendes Vergabeverfahren die entsprechenden Anlagen vermieten.

Auch soweit mit der Überlassung von Anlagen die Vermietung von Ausrüstung in den bestehenden Einrichtungen verbunden sein sollte, besteht keine Ausschreibungspflicht.

Öffentliche Aufträge sind gemäß § 99 GWB nämlich nur entgeltliche Verträge „von öffentlichen Auftraggebern mit Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die Liefer-, Bau- und/oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, Baukonzessionen oder Auslobungsverfahren, die zu Dienstleistungsaufträgen führen sollen“. Das Kartellvergaberecht re-

gelt dementsprechend nur die Leistungsbeschaffung öffentlicher Auftraggeber durch öffentliche Aufträge. Erfasst sind also nur solche Fälle, in denen öffentliche Auftraggeber als Nachfrager nach Leistungen auftreten.¹¹²

Dementsprechend werden Sachverhalte, in denen öffentliche Auftraggeber Anbieter von Leistungen sind, nicht erfasst. Soweit mit dem Vertrag nicht gleichzeitig die Beschaffung einer Dienstleistung verknüpft ist, etwa indem gleichzeitig die Verpflichtung auferlegt würde, die Verwertungsleistungen für die beteiligten Kommunen zu erbringen, besteht auch für die Vermietung der Ausrüstung keine Ausschreibungspflicht.

Als Ergebnis kann daher festgehalten werden, dass aus vergaberechtlicher Sicht eine Überlassung von Anlagen durch eine kommunale Besitzgesellschaft an eine (PPP-)Betreibergesellschaft ohne Ausschreibungsverfahren möglich ist. Zu beachten ist allerdings, dass nicht gleichzeitig eine Beauftragung der (PPP-)Gesellschaft mit den Verwertungsleistungen erfolgen kann. Diese wäre auszuschreiben.

3. Anstalt des öffentlichen Rechts

Für die Umsetzung der interkommunalen Zusammenarbeit bietet sich insbesondere im Rahmen des Modells 5 – Betreibermodell – möglicherweise zukünftig die Gründung einer gemeinsamen selbstständigen Kommunalanstalt an. Die gemeinsame selbstständige Kommunalanstalt soll in § 24 GKZ BW aufgenommen werden. Nach dessen Abs. 1 können Gemeinden und Landkreise eine gemeinsame selbstständige Kommunalanstalt in der Rechtsform einer rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts durch Vereinbarung einer Anstaltssatzung errichten. Sie können weiter auch einer bestehenden selbstständigen Kommunalanstalt oder einer bestehenden gemeinsamen selbstständigen Kommunalanstalt beitreten. Dabei sieht die Vorschrift vor, dass der Beitrag durch die zwischen den Beteiligten zu vereinbarende Änderung der Anstaltssatzung erfolgt. § 24 Abs. 1 GKZ BW verweist im Übrigen auf die in die Gemeindeordnung einzufügenden Vorschriften der §§ 102a, 102b und 102d GemO BW. Diese sehen Vorschriften über die selbstständige Kommunalanstalt vor.

¹¹² Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 7. Aufl. 2007, § 99, Rn. 10.

a) Errichtung und Grundlagen der gemeinsamen kommunalen Anstalt

Die gemeinsame selbstständige Kommunalanstalt wird durch Vereinbarung einer Anstaltssatzung errichtet. Die Anstaltssatzung muss gemäß § 24b Abs. 1 und § 6 Abs. 2 GKZ BW zumindest die Verbandsmitglieder, die Aufgaben, den Namen und Sitz, die Verfassung und Verwaltung, insbesondere die Zuständigkeit der Verbandsorgane und deren Geschäftsgang, den Maßstab, nach dem die Verbandsmitglieder zur Deckung des Finanzbedarfes beizutragen haben, die Form der öffentlichen Bekanntmachungen und die Abwicklung im Falle der Auflösung beinhalten. Weiter muss die Satzung Angaben enthalten über den Betrag der von jedem Beteiligten auf das Eigenkapital zu leistenden Einlage, den räumlichen Wirkungsbereich, wenn der gemeinsamen selbstständigen Kommunalanstalt hoheitliche Befugnisse oder das Recht, Satzungen zu erlassen, übertragen werden und die Sitz- und Stimmverteilung im Verwaltungsrat.

§ 24b GKZ BW bestimmt weiter, dass die Anstaltssatzungen der gemeinsamen selbstständigen Kommunalanstalt der Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde bedürfen und dazu die §§ 7 und 8 GKZ BW entsprechend Anwendung finden.

b) Vorrang von Aufgaben und Kompetenzen

Gemäß § 102a Abs. 2 GemO BW können der gemeinsamen selbstständigen Kommunalanstalt einzelne oder alle mit einem bestimmten Zweck zusammenhängende Aufgaben ganz oder teilweise übertragen werden. Es kann auch ein Anschluss- und Benutzungszwang normiert werden.

Die Vorschrift ermöglicht, der gemeinsamen selbstständigen Kommunalanstalt die Aufgabe der Verwertung von Bioabfällen aus dem Herkunftsbereich ihrer Mitglieder zu übertragen. Die Aufgabenübertragung unterscheidet die gemeinsame selbstständige Kommunalanstalt insbesondere von den Gestaltungsmöglichkeiten bei der

GmbH, die zwar mit der Erfüllung von Aufgaben beauftragt werden kann, aber nicht Träger dieser Aufgaben werden kann.

Weiterhin sieht § 102a Abs. 5 GemO BW vor, dass die gemeinsame kommunale Anstalt Gebühren, Beiträge und Kostenerstattungen nach den kommunalabgaberechtlichen Vorschriften nicht nur festsetzen und erheben, sondern auch vollstrecken kann. Auch damit unterscheidet sich die gemeinsame selbstständige Kommunalanstalt von der GmbH.

Alternativ zur Aufgabenübertragung kann die gemeinsame selbstständige Kommunalanstalt Aufgaben auch als Erfüllungsgehilfin der Anstaltsträger erledigen.

c) Wirtschaftliche Betätigung

Gemäß § 102a Abs. 1 GemO BW findet § 102 GemO BW auch auf die gemeinsame selbstständige Kommunalanstalt Anwendung. Damit sind die Vorgaben zur kommunalwirtschaftlichen Betätigung zu beachten.

d) Organe der gemeinsamen selbstständigen Kommunalanstalt

Die Organe sind in § 102b GemO BW vorgesehen. Nach dessen Abs. 1 bestehen sie aus dem Vorstand und dem Verwaltungsrat. Der Vorstand leitet die Anstalt in eigener Verantwortung (§ 102b Abs. 2 GemO BW). Der Verwaltungsrat überwacht die Geschäftsführung des Vorstandes (§ 102b Abs. 3 GemO BW). Die Organe der gemeinsamen selbstständigen Kommunalanstalt sind vom Aufbau her einer GmbH ähnlich.¹¹³

Der Vorstand der Anstalt entspricht dabei der Geschäftsführung bei der GmbH. So leitet der Vorstand die Anstalt in eigener Verantwortung, wenn nicht im Einzelnen gesetzlich oder in der Unternehmenssatzung etwas anderes bestimmt ist. Zudem vertritt er die An-

¹¹³ *Lindt/Schmitz*, Warum kommunale Anstalt? Die Hintergründe der Einführung, in: Die kommunale Anstalt, das Kommunalunternehmen: Ein Praxishandbuch, 41.

stalt gerichtlich und außergerichtlich nach außen. Die Kompetenzen eines Vorstandes sind insoweit gegenüber denen des Werkleiters eines Eigenbetriebes, der nur die laufenden Geschäfte führen kann, wesentlich erweitert. Der Verwaltungsrat der gemeinsamen selbstständigen Kommunalanstalt entspricht dem Aufsichtsrat der GmbH. Er hat ebenso wie dieser in erster Linie eine Überwachungsfunktion, gegenüber dem Vorstand.

e) Auflösung der gemeinsamen selbstständigen Kommunalanstalt

Gemäß § 24b Abs. 3 GKZ BW entscheidet über Änderungen der Anstaltssatzung und die Auflösung der gemeinsamen selbstständigen Kommunalanstalt der Verwaltungsrat. Im Falle der Auflösung geht das Vermögen der gemeinsamen selbstständigen Kommunalanstalt im Verhältnis der geleisteten Stammeinlagen auf die Beteiligten über.

Die Regelungen zur Auflösung der gemeinsamen selbstständigen Kommunalanstalt unterscheiden sich nicht wesentlich von den bisher bestehenden Regelungen zur Auflösung eines Zweckverbands gemäß § 21 Abs. 2 GKZ BW. Nach § 24b Abs. 3 GKZ BW entscheidet der Verwaltungsrat über die Auflösung der gemeinsamen selbstständigen Kommunalanstalt. Es bedarf allerdings gemäß § 24b Abs. 3 Satz 2 GKZ BW der Zustimmung aller Beteiligten. Für den Zweckverband sieht § 21 Abs. 2 GKZ BW bisher vor, dass die Auflösung des Zweckverbandes von der Verbandsversammlung mit einer Mehrheit von mindestens 2/3 der satzungsmäßigen Stimmzahl der Verbandsmitglieder beschlossen wird. Daher kann als Zwischenergebnis festgestellt werden, dass die Auflösung der gemeinsamen selbstständigen Kommunalanstalt nach dem derzeit vorliegenden Entwurf im Vergleich zur Auflösung des Zweckverbandes nicht wesentlich erleichtert werden wird.

f) Vorteile der gemeinsamen selbstständigen Kommunalanstalt gegenüber GmbH und Zweckverband

Die gemeinsame selbstständige Kommunalanstalt ist wie die GmbH und der Zweckverband rechtsfähig und handelt durch ihre Organe,

den Vorstand und den Verwaltungsrat. Ihre rechtliche Eigenständigkeit ermöglicht ein flexibles unternehmerisches Handeln.

Im Unterschied zur GmbH hat die gemeinsame selbstständige Kommunalanstalt den wesentlichen Vorteil der Steuerfreiheit – sowohl hinsichtlich der Umsatz- als auch der Ertragsbesteuerung – bei der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben. Eine Steuerpflicht besteht nur, soweit die gemeinsame selbstständige Kommunalanstalt einen Betrieb gewerblicher Art unterhält. Die Steuerfreiheit gilt allerdings ebenso für die Rechtsform des Zweckverbands.

Im Unterschied zur Situation bei der GmbH können der gemeinsamen selbstständigen Kommunalanstalt gemäß § 24a Abs. 1 Satz 3 GKZ BW i.V.m. § 102a Abs. 2 GemO BW einzelne oder alle mit einem bestimmten Zweck zusammenhängende Aufgaben ganz oder teilweise übertragen werden. Es besteht auch die Möglichkeit, durch gesonderte Satzung einen Anschluss- und Benutzungszwang zu Gunsten der gemeinsamen selbstständigen Kommunalanstalt festzulegen. Damit ist die rechtliche Situation ähnlich wie beim Zweckverband, auf den gemäß § 4 Abs. 1 GKZ BW das Recht und die Pflicht zur Erfüllung der Aufgaben, die dem Zweckverband gestellt sind, übergehen.

Anders als die GmbH kann die gemeinsame selbstständige Kommunalanstalt gemäß § 24a Abs. 1 Satz 3 GKZ BW i.V.m. § 102a Abs. 7 GemO BW eigene Beamte haben. Es können hauptamtliche Beamte ernannt werden, wenn dies in der Anstaltssatzung vorgesehen ist. Ebenso bleibt die Möglichkeit bestehen, Beamte der Gemeinde an die selbstständige Kommunalanstalt abzuordnen.

Ebenso wie bei der GmbH besteht auch bei der gemeinsamen selbstständigen Kommunalanstalt keine Haftung der beteiligten Gebietskörperschaften für Verbindlichkeiten der gemeinsamen selbstständigen Kommunalanstalt (§ 24 Abs. 1 Satz 3 GKZ BW i.V.m. § 102a Abs. 8 GemO BW). Bei der gemeinsamen selbstständigen Kommunalanstalt ist eine Beteiligung privater Dritter anders als bei der GmbH hingegen ausgeschlossen.

Mit Blick auf die Ausübung von Kontrolle über die unterschiedlichen Rechtsformen ist festzuhalten, dass bei der gemeinsamen selbstständigen Kommunalanstalt durch § 24a Abs. 3 Satz 2 GKZ BW vorgesehen ist, dass vorsitzendes Mitglied des Verwaltungsrates der gesetzliche Vertreter einer der beteiligten Gemeinden oder Landkreise sein soll. Hingegen ist für die GmbH in § 103 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 GemO BW nur vorgesehen, dass die Gemeinde einen angemessenen Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan des Unternehmens erhalten muss.

Zusammenfassend verbindet die gemeinsame selbstständige Kommunalanstalt die unternehmerische Selbstständigkeit der GmbH mit dem Vorteil der Steuerfreiheit im hoheitlichen Bereich und der Möglichkeit der Aufgabenübertragung.

g) Zwischenergebnis

Im Ergebnis erscheint die Gründung einer gemeinsamen selbstständigen Anstalt daher zur Verwirklichung des Betreibermodells sinnvoll, soweit der Gesetzgeber die bestehenden Vorschläge tatsächlich umsetzen wird.

4. Einbeziehung von Stadtwerken

Aufgeworfen worden ist weiterhin die Frage, ob eine institutionelle Kooperation auch unter Einbeziehung kommunaler Stadtwerke möglich ist. Zu denken ist einerseits an eine Beauftragung von Stadtwerken mit der Bioabfallverwertung etwa in einer Anlage des Stadtwerkes. In Betracht kommen auch Gestaltungsmöglichkeiten, bei denen eine Gesellschaft errichtet wird, deren Gesellschafter neben den Landkreisen auch Stadtwerke sind. Neben den bereits vorstehend unter D. IV. 1. erörterten stellen sich weitere rechtliche Fragen.

Kommunale Stadtwerke sind nach der bisherigen Rechtsprechung mit Blick auf das von ihnen betriebene Energiegeschäft (Verkauf von Strom an Kunden) als nicht inhousefähig angesehen worden, da sie nicht im We-

sentlichen für ihre kommunalen Gesellschafter tätig sind.¹¹⁴ Im Regelfall dürfte nämlich der Fremdumsatz den zulässigen Wert von 10 bis 15 % erheblich übersteigen. Ob nach der neuen Rechtslage weiterhin ausschließlich die Tätigkeit für den öffentlichen Auftraggeber in Blick zu nehmen ist, bleibt abzuwarten. Der Wortlaut von Art. 12 Abs. 3 RL 2014/24/EU lässt auch eine Interpretation zu, bei der nicht die Umsätze mit den die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggebern maßgeblich sind, sondern alle Umsätze, die der Ausführung einer Aufgabe dienen. Art. 12 Abs. 3 lit. b) RL 2014/24/EU stellt nämlich auf die Ausführung der Aufgaben ab, mit denen eine Gesellschaft von ihren kontrollierenden (kommunalen) Gesellschaftern betraut wurde. Dies lässt die Interpretation zu, dass Umsätze etwa aus der Energieversorgung der Einwohner einer Kommune bei einer entsprechenden Aufgabenübertragung im Gesellschaftsvertrag oder durch einen gesonderten Betrauungsakt nicht mehr als inhouse-schädliches Fremdgeschäft anzusehen sind. Entsprechend formuliert auch Erwägungsgrund 32 Abs. 1 RL 2014/24/EU:

„[...] und zwar ungeachtet des Begünstigten der Ausführung des Auftrags“.

Ob zukünftig daher auch kommunale Stadtwerke inhouse-fähig sein können, ist derzeit stark umstritten.¹¹⁵

Unterstellt man die fehlende Inhouse-Fähigkeit, ist eine Einbeziehung von Stadtwerken auch in Form der Einräumung einer Mitgesellschafterstellung an einer Betreibergesellschaft im Betreibermodell denkbar.

Fraglich ist, ob eine solche Einbeziehung eines nicht inhouse-fähigen Stadtwerkes möglich ist, ohne dass dadurch die vergabefreie Beauftragung einer Betreibergesellschaft zur Verwertung von Bioabfällen im Betreibermodell gefährdet wird.

Aufgeworfen ist damit die vergaberechtliche Frage, ob eine Inhouse-Vergabe im Sinne von Art. 12 Abs. 3 RL 2014/24/EU auch dann erfolgen

¹¹⁴ *OLG Hamburg*, Beschl. v. 14.12.2010, Az.: 1 Verg 5/10; *OLG Frankfurt*, Beschl. v. 30.08.2011, Az.: 11 Verg 3/11.

¹¹⁵ Vgl. dazu *Dabringhausen*, Die europäische Neuregelung der Inhouse-Geschäfte – Fortschritt oder Flopp?, *VergabeR* 2014, 512, 518 ff.

kann, wenn an der zu beauftragenden Gesellschaft eine ihrerseits nicht inhousefähige kommunale Gesellschaft beteiligt ist.

Art. 12 Abs. 1 Unterabs. 2 RL 2014/24/EU enthält erstmals Vorgaben für die Auftragsvergabe an Enkelgesellschaften. Danach wird eine Kontrolle über eine betreffende juristische Person angenommen, wenn der Auftraggeber einen ausschlaggebenden Einfluss sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wesentlichen Entscheidungen der kontrollierten juristischen Person ausübt. Nach der Vorschrift kann eine solche Kontrolle auch durch eine andere juristische Person ausgeübt werden, die vom öffentlichen Auftraggeber auf die gleiche Weise kontrolliert wird. Damit ist das Kontrollkriterium auch im Fall der Beteiligung eines Stadtwerkes an einer Betreibergesellschaft sichergestellt. Voraussetzung für eine Beteiligung ist allerdings, dass das Stadtwerk selbst zu 100 % kommunal ist, da sonst eine private Kapitalbeteiligung vorliegt, die gemäß Art. 12 Abs. 3 Unterabs. 1 lit. c) RL 2014/24/EU eine vergabefreie Beauftragung ausschließt.

Im Ergebnis bleibt es damit mit Blick auf das Kontrollkriterium bei der bisherigen Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, nach der die Auftragserteilung einer Mutter an eine Enkelgesellschaft nicht dem Vergaberecht unterliegt, wenn Kontroll- und Mitspracherechte der Mutter gegenüber der Tochter (Stadtwerk) und der Tochter gegenüber der Enkeltochter (Betreibergesellschaft) bestehen und die Mutter daher mittelbar eine Aufsicht über die Enkeltochter wie über eine eigene Dienststelle ausübt.¹¹⁶

Voraussetzung einer vergabefreien Beauftragung ist gemäß Art. 12 Abs. 3 RL 2014/24/EU weiterhin, dass mehr als 80 % der Tätigkeiten der beauftragten juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von den die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggebern oder von anderen von denselben öffentlichen Auftraggebern kontrollierten juristischen Personen betraut worden ist. Fraglich ist, ob der bei Stadtwerken möglicherweise vorliegende erhebliche Fremddumsatz für die Erfüllung des Wesentlichkeitskriteriums der zu beauftragenden Enkelgesellschaft schädlich ist. Die Frage ist mit Blick auf den Gesetzeswortlaut zu verneinen. Es wird ausdrücklich auf die juristische Person, die den Auftrag erhal-

¹¹⁶ OLG Düsseldorf, NZBau 2004, 58 ff.

ten soll, selbst abgestellt. Maßgeblich ist der Umsatz dieser juristischen Person, wie Art. 12 Abs. 5 RL 2014/24/EU festlegt. Auf die Umsätze der Gesellschafter (hier: Stadtwerke) kommt es hingegen nicht an.

Damit ist davon auszugehen, dass – die entsprechende Kontrolle und keine private Kapitalbeteiligung vorausgesetzt – eine vergabefreie Inhouse-Beauftragung der Betreibergesellschaft auch dann möglich ist, wenn an ihr ein selbst nicht inhouse-fähiges Stadtwerk als Gesellschafter beteiligt ist.

5. Beteiligung von Kommunen als Bieter an Ausschreibungen

Im Rahmen der Verwertung von Bioabfall kann auch die Frage auftreten, ob eine Kommune, die über entsprechende Behandlungskapazitäten verfügt, sich als Bieter an einer Ausschreibung einer anderen Kommune beteiligen darf und anschließend auf Grund einer Zuschlagserteilung im Wettbewerb einen zivilrechtlichen Entsorgungsvertrag abschließen kann.

Aufgeworfen werden dadurch vergaberechtliche [dazu a)] und kommunalwirtschaftsrechtliche [dazu b)] Fragen.

a) Vergaberecht

Die Vergabe- und Vertragsordnungen sehen in Einzelfällen Ausschlüsse für bestimmte staatliche Einheiten vor. In § 6 Abs. 7 VOL/A ist etwa vorgesehen, dass Justizvollzugsanstalten zum Wettbewerb mit gewerblichen Unternehmen nicht zuzulassen sind. Hingegen ist der Ausschluss in § 6 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A weiter gefasst. Nach dieser Vorschrift sind Justizvollzugsanstalten, Einrichtungen der Jugendhilfe, Aus- und Fortbildungsstätten und ähnliche Einrichtungen sowie Betriebe der öffentlichen Hand und Verwaltungen zum Wettbewerb mit gewerblichen Unternehmen nicht zuzulassen.

Auch in der VOL/A war eine § 6 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A entsprechende Vorschrift enthalten. Diese ist seit 2009 entfallen. Es wird daher überwiegend davon ausgegangen, dass bei Ausschreibungen auf Grundlage der VOL/B lediglich Justizvollzugsanstalten ausgeschlossen sind, andere öffentliche Einrichtungen aber teilnehmen können.

Der Ausschluss von Justizvollzugsanstalten beruht auf dem Hintergrund, dass diese in der Regel keine rein gewerblichen, sondern vielmehr soziale Zwecke verfolgen und auf Grund von staatlichen Zuwendungen an solche Anstalten die Gefahr eines wettbewerbsrelevanten Vorsprunges zum Nachteil privater Bieter besteht.¹¹⁷

Auch aus der europäischen Rechtsprechung ergibt sich die Notwendigkeit einer Auslegung von nationalen Vorschriften dahingehend, dass eine Beteiligung von Körperschaften des öffentlichen Rechts an Ausschreibungsverfahren zulässig ist. So hat der EuGH entschieden, dass die Richtlinie 2004/18 dahingehend auszulegen ist, dass sie der Auslegung einer nationalen Regelung entgegensteht die es Einrichtungen wie Universitäten und Forschungsinstituten, die nicht in erster Linie Gewinnerzielung anstreben, untersagt, sich an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrages zu beteiligen, obwohl sie nach nationalem Recht berechtigt sind, die auftragsgegenständlichen Leistungen zu erbringen.¹¹⁸

In der Folge hat auch das OLG Düsseldorf entschieden, dass sich aus § 6 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A öffentliche Auftraggeber an Ausschreibungen beteiligen können, wenn sie mit der Leistung einen öffentlichen Zweck verfolgen.¹¹⁹

Eine Einschränkung der Beteiligung von öffentlichen Auftraggebern ergibt sich hingegen aus § 19 Abs. 7 VOL/A. Danach können Angebote, die auf Grund einer staatlichen Beihilfe ungewöhnlich niedrig sind, zurückgewiesen werden, wenn das Unternehmen nach Aufforderung innerhalb einer von den Auftraggebern festzulegenden ausreichenden Frist nicht nachweisen kann, dass die betreffende Beihilfe rechtmäßig gewährt wurde. Es ist daher im Einzelfall sicherzustellen, dass die sich beteiligende Institution (etwa eine kommunale Eigenesellschaft von ihrer Gesellschafterkommune) keine Vergünstigungen erhält, die anderen – im Wettbewerb stehenden – Bietern nicht gewährt werden.

¹¹⁷ *Wagner-Cardenal*, in: Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VOL/A, 1. Aufl. 2013, § 6, Rn. 10.

¹¹⁸ *EuGH*, Urt. v. 23.12.2009, Rs. C-305/08.

¹¹⁹ *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 07.08.2013, Az.: Verg 14/13.

Insgesamt ist festzuhalten, dass das Vergaberecht einer Beteiligung der Kommunen an einer Ausschreibung einer anderen Kommune nicht entgegensteht.

b) Kommunalwirtschaftsrecht

Hinsichtlich des Kommunalwirtschaftsrechts ist auf die obigen Ausführungen zu verweisen.¹²⁰ Es ist im Einzelfall zu überprüfen, ob die wirtschaftliche Tätigkeit durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt ist und ob sie in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht.

Bei der wirtschaftlichen Betätigung ist allerdings grundsätzlich das Örtlichkeitsprinzip zu berücksichtigen. § 102 Abs. 7 GemO BW sieht vor, dass eine Betätigung der Gemeinde außerhalb des Gemeindegebiets zulässig ist, wenn bei wirtschaftlicher Betätigung die Voraussetzungen des Abs. 1 (Rechtfertigung durch einen öffentlichen Zweck, angemessenes Verhältnis zur Leistungsfähigkeit) vorliegen und die berechtigten Interessen der betroffenen Gemeinden gewahrt sind. Daher kann grundsätzlich auch eine Tätigkeit außerhalb des Gemeindegebiets gerechtfertigt werden, wenn die Interessen der betroffenen Nachbargemeinden gewahrt werden und die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind.

Bei der Rechtfertigung durch einen öffentlichen Zweck kann insbesondere bei der Auslastung vorhandener Überkapazitäten mit dem anderenfalls erforderlichen Abbau von Arbeitsplätzen argumentiert werden. Hinsichtlich der Angemessenheit im Verhältnis zum Gemeindegebiet ist im Einzelfall darauf zu verweisen, dass die Anlage bereits besteht und nur eine Auslastung einer bestehenden Anlage angestrebt wird. Hingegen wäre eine „bewusste“ Überdimensionierung einer Anlage, um sich anschließend an Ausschreibungen anderer Kommunen zu beteiligen, möglicherweise nicht mehr angemessen, wenn die Gemeinde damit untragbare Risiken eingeht.

¹²⁰ Vgl. D. I. 3. a).

Auch aus kommunalwirtschaftsrechtlicher Sicht ist aber die Zulässigkeit im Ergebnis im Grundsatz festzuhalten. Im Einzelfall sind die Voraussetzungen unter konkreten Fallgestaltungen zu prüfen.

c) Ergebnis

Die Beteiligung von Kommunen an Ausschreibungen anderer Kommunen erweist sich im Regelfall als zulässig, soweit die vorgenannten Voraussetzungen eingehalten werden.

E. Zusammenfassung

- I. Einer interkommunalen Zusammenarbeit bei der Verwertung von Bioabfällen stehen bei Beachtung insbesondere der vergaberechtlichen Anforderungen in allen Modellen rechtliche Hindernisse grundsätzlich nicht entgegen.
- II. Die Bewertung der einzelnen Modelle führt zu folgenden Ergebnissen:
 1. Das Ausschreibungsmodell kann in beiden vorgeschlagenen Varianten umgesetzt werden. Die erste Variante, in der lediglich eine organisatorische Bündelung der Nachfrage, jedoch eine separate Zuschlagserteilung erfolgt, ist insbesondere mit den vergabe- und kartellrechtlichen Vorgaben vereinbar. Bei der zweiten Variante, der gemeinsamen Zuschlagserteilung und einem einheitlichen Vertrag ist insbesondere die Notwendigkeit der Losaufteilung im Einzelfall ebenso zu prüfen, wie die Frage, ob eine spürbare Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt. Im Grundsatz ist jedoch auch von einer Umsetzbarkeit der zweiten Variante auszugehen.
 2. Das PPP-Modell kann in beiden diskutierten Varianten verwirklicht werden. Für die Organisation des PPP-Modells eignen sich die zivilrechtlichen Rechtsformen der GmbH und der BGB-Gesellschaft, wobei erstere auf Grund des geringeren finanziellen Risikos vorzuziehen ist. Das Vergaberecht erfordert eine Ausschreibung des PPP-Modells in beiden Varianten. Kartellrechtlich ist nur in der ersten Modellvariante die Beachtung der Fusionskontrolle gemäß §§ 35 ff. GWB erforderlich, wenn ein sehr hoher Marktanteil erreicht wird.

3. Das Einbahnstraßenmodell ist als interkommunale Zusammenarbeit auf Grundlage von Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU umsetzbar. Es bestehen auf Grund der neuen Richtlinie noch Restunsicherheiten bei der Auslegung. Wortlaut und Entstehungsgeschichte sprechen zwar dafür, dass die Vergabefreiheit nicht einen Austausch von Entsorgungsleistungen erfordert; eine erste Entscheidung des OLG Koblenz fordert aber, dass alle Beteiligten Sachbeiträge erbringen. Die Untersuchung ergibt, dass nach derzeitiger Rechtslage die Erbringung unmittelbar hoheitlicher Tätigkeiten für eine andere Kommune von der Umsatzsteuer befreit ist; insoweit bleibt allerdings die beabsichtigte Neuregelung abzuwarten. Kartellrechtliche Probleme bestehen im Einbahnstraßenmodell nicht.
 4. Das Austauschmodell ist ebenso wie das Einbahnstraßenmodell umsetzbar, allerdings sind die Risiken noch geringer, da bei dieser Art der interkommunalen Kooperation beide Partner neben Finanzbeiträgen auch Sachbeiträge leisten.
 5. Das Betreibermodell kann sowohl auf Grundlage einer privatrechtlichen als auch einer öffentlich-rechtlichen Rechtsform verwirklicht werden. Vergaberechtlich kann die Beauftragung der Betreibergesellschaft im Wege der Inhouse-Vergabe gemäß Art. 12 Abs. 1 und 3 RL 2014/24/EU erfolgen. Hinsichtlich der Steuerbarkeit ist die Wahl der Rechtsform maßgeblich; um insbesondere eine Umsatzsteuerfreiheit zu erreichen, ist eine Rechtsform zu wählen, bei der eine Aufgabenübertragung erfolgen kann.
- III. Die Entscheidungsfindung zu Gunsten eines der vorgeschlagenen Modelle kann durch die Beantwortung von Leitfragen strukturiert werden. Eine erste Weichenstellung gibt die Entscheidung für eine marktorientierte (Ausschreibungsmodell) oder eine kommunale Lösung vor. Sodann ist festzulegen, ob eine kommunale Beteiligung an einer Anlage (bzw. deren Eigentümer) erfolgen soll oder eine Dienstleistungsvergabe bzw. Aufgabenübertragung bevorzugt wird. Im Falle der Entscheidung für eine Beteiligung an einer Anlage stellt sich weiter die Frage, ob eine private Beteiligung gewünscht wird. Für die private Beteiligung kann die Nutzbarmachung privaten Know-hows und die Übernahme von Mengen- und Auslastungsgarantien durch den privaten Partner sprechen. Nachteilig ist die fehlende Inhouse-Fähigkeit von PPP-Gesellschaften und die daraus folgenden Restriktionen für die Erweiterung von kommunalen Aufträgen und

die spätere Aufnahme weiterer kommunaler Partner. Bei der vergleichenden Bewertung sind wirtschaftliche Risiken ebenso wie der Verwaltungsaufwand, die Dauer der Vertragsbindung und schließlich die Einfluss- und Gestaltungsmöglichkeiten zu berücksichtigen. Welches Modell im konkreten Fall realisiert werden soll, hängt einerseits von der nur politisch zu entscheidenden Gewichtung der verschiedenen Aspekte und andererseits von der konkreten Situation vor Ort ab (insbesondere dem Bestehen oder Nichtbestehen von Anlagen, die im Rahmen einer Kooperation genutzt werden können).

IV. Weiterhin hat die Untersuchung von Einzelfragen folgende Ergebnisse erbracht:

1. Eine Einbeziehung weiterer Abfallmengen in bestehende Vertragsverhältnisse mit einer bestehenden PPP- oder Betreibergesellschaft ist nur im Ausnahmefall im Rahmen einer Direktbeauftragung möglich. Im Regelfall wird eine zweistufige Beauftragung erforderlich sein, bei der in einem ersten Schritt eine interkommunale Kooperation auf Grundlage von Art. 12 Abs. 4 RL 2014/24/EU vereinbart und erst anschließend eine Erweiterung des bestehenden Dienstleistungsauftrages (ggf. mit neuem Vergabeverfahren) durchgeführt wird.
2. Aus vergaberechtlicher Sicht kann festgehalten werden, dass eine Überlassung von Anlagen durch eine kommunale Besitzgesellschaft an eine (PPP-)Betreibergesellschaft ohne Ausschreibungsverfahren möglich ist. Auszuschreiben wäre hingegen die gleichzeitige Beauftragung der (PPP-)Gesellschaft.
3. Sollte sich der Gesetzgeber für die Umsetzung der gemeinsamen selbstständigen Kommunalanstalt entscheiden, ist auch diese Rechtsform grundsätzlich für die Verwirklichung einer interkommunalen Zusammenarbeit bei der Verwertung von Bioabfall geeignet. Sie verbindet Vorteile der GmbH (unternehmerische Selbstständigkeit) mit Vorteilen öffentlich-rechtlicher Organisationsformen (Steuerfreiheit; Möglichkeit der Aufgabenübertragung).
4. Eine institutionelle Kooperation ist auch unter Einbeziehung kommunaler Stadtwerke möglich. Sofern die Stadtwerke selbst nicht inhouse-fähig sind, können sie aber als Gesellschafter an einer Betreibergesellschaft be-

teiligt werden. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass an den Stadtwerken keine private Kapitalbeteiligung besteht und gesichert ist, dass die beauftragende Kommune als Gesellschafterin der Stadtwerke mittelbar über die zu beauftragende Gesellschaft eine hinreichende Kontrolle ausüben kann.

5. Die Beteiligung von Kommunen als Bieter an Ausschreibungen ist aus vergaberechtlicher Sicht grundsätzlich möglich. Es sind allerdings im Einzelfall die Beschränkungen des Kommunalwirtschaftsrechts zu prüfen und insbesondere die Beschränkungen der Tätigkeit zu beachten, die sich aus dem Örtlichkeitsprinzip ergeben.

Anhang: Musterverträge

I. Kooperationsvertrag (Ausschreibungsmodell)

Vereinbarung über eine interkommunale Kooperation bei der Beschaffung von Verwertungsleistungen für Bioabfall

zwischen
Landkreis X
und
Landkreis Y
Zusammen: Die Vertragsparteien

Präambel

Mit der nachstehenden Vereinbarung über die Zusammenarbeit bei der Vergabe der Bioabfallverwertung zielen die Kooperationspartner auf eine hohe Wirtschaftlichkeit. Dabei sollen von den Vertragsparteien gleiche ökologische und soziale Standards zur Anwendung kommen. Im Vergabeverfahren handeln die Partner jeweils rechtlich selbstständig.¹²¹

§ 1

Grundsätze des Vergabeverfahrens

1. Das Vergabeverfahren wird auf der Basis der gesetzlichen Bestimmungen (§ 97 ff. GWB) und der Vergabegrundsätze der Vertragsparteien durchgeführt.
2. Es werden landkreisbezogene Teillose für die zu verwertenden Bioabfälle aus dem jeweiligen Gebiet der Auftraggeber gebildet.

¹²¹ Dieses Muster ist für die erste Variante des Ausschreibungsmodells geeignet; vorgesehen ist eine organisatorische Bündelung bei Vergabe der Bioabfallverwertung. Es werden getrennte Verträge zwischen den Vertragsparteien und den Auftragnehmern geschlossen.

3. Zuschlagskriterien sind neben der Wirtschaftlichkeit die Einhaltung von Qualitäts-/Servicestandards, die Umwelteigenschaften/Nachhaltigkeit sowie die Einhaltung sozialer Standards nach Maßgabe von § 3.
4. Für die Wertung der Angebote wird folgende Gewichtung vereinbart: [Konkretisierung]. Die Zuschlagserteilung erfolgt auf Basis einer Bewertungsmatrix.

§ 2

Durchführung des Vergabeverfahrens

1. Die Vergabe wird von den Vertragsparteien gemeinsam durchgeführt und durch den Landkreis X als „Kordinationsstelle für das Ausschreibungs- und Vergabeverfahren“ federführend begleitet. Der Landkreis X ist [nicht] berechtigt, sich zur verfahrensmäßigen Durchführung der Ausschreibung und Vergabe Dritter zu bedienen
2. Die Vertragsparteien handeln gegenüber den Auftragnehmern als jeweils rechtlich selbstständige Vertragspartner.
3. Die Koordinationsstelle übernimmt die Erarbeitung von Leistungsverzeichnissen, allgemeinen und besonderen Vertragsbedingungen, Eignungs- und Zuschlagskriterien nach den Maßgaben von § 1 jeweils in Abstimmung mit den übrigen Vertragsparteien.
4. Die Koordinationsstelle schreibt die nachgefragten Leistungen sodann zugleich im Namen der anderen Vertragsparteien europaweit aus und erstellt in Absprache mit den Vertragsparteien eine Vergabe-/ Zuschlagsempfehlung.
5. Die Zuschlagserteilung erfolgt durch jede Vertragspartei für die entsprechenden Lose autonom.

§ 3

Zuschlagskriterien und Gewichtung

1. [Nähere Beschreibung der Kriterien]
2. [Nähere Beschreibung der Gewichtung der Kriterien]

§ 4

Herbeiführung von Gremienentscheidungen

Die Vertragsparteien sichern sich gegenseitig zu, die zuständigen Gremien frühestmöglich über die erforderlichen Entscheidungen im Zusammenhang mit der gemeinsamen Ausschreibung zu unterrichten und, soweit erforderlich, hierzu Beschlüsse herbeizuführen.

§ 5

Rügen und Beschwerden

Die Koordinationsstelle bearbeitet Rügen und Vergabebeschwerden in Abstimmung mit den anderen Vertragsparteien.

§ 6

Pflichten, Haftung

1. Die Vertragsparteien haben die erforderlichen Haushaltsmittel im Haushalt bereitgestellt.
2. Die Vertragsparteien sind unter Einhaltung der Vergabevorschriften bis zur Zuschlagserteilung an die Ausschreibungsbedingungen gebunden. Aufgrund der öffentlichen Ausschreibung besteht ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis zwischen den Auftraggebern und den Bietern, dass das Vergabefahren nach den maßgeblichen Bestimmungen abgewickelt wird.

3. Bei einer schuldhaften Verletzung dieser Pflichten durch eine Vertragspartei hat diese die übrigen Vertragsparteien von den aus ihrer Pflichtverletzung resultierenden Schadens- oder Aufwendungsersatzansprüchen Dritter freizustellen. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Pflichtverletzung zu einer Aufhebung oder einem Abbruch des Vergabeverfahrens führt. Im Übrigen haften die Vertragsparteien einander nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.
3. Eine begründete Aufhebung bzw. ein begründeter Abbruch des Vergabeverfahrens durch die Koordinationsstelle löst keine Schadensersatzpflicht des Landkreises X gegenüber den übrigen Vertragsparteien aus.

§ 7

Abwicklung nach Zuschlagserteilung

Die Vertragsdurchführung obliegt jeweils dem Vertragspartner, für den die Vertragsleistung bestimmt ist. Auf dieses Verfahren ist im Leistungsverzeichnis hinzuweisen.

§ 8

Kosten

1. Alle im Zusammenhang mit dem Ausschreibungsverfahren anfallenden Kosten insbesondere für die Erstellung und Versendung der Vergabeunterlagen, die Beauftragung Dritter und für etwaige Nachprüfungsverfahren werden von den Vertragspartnern entsprechend dem Verhältnis ihres Beschaffungsvolumens (Bioabfallmengen) zur Gesamtbeschaffung getragen. Die Kosten von Nachprüfungsverfahren, die nur die Zuschlagsentscheidung einer Vertragspartei betreffen, werden nur von dieser Vertragspartei getragen.
2. Die Vorfinanzierung und anschließende Abrechnung der Kosten aus Abs. 1 Satz 1 erfolgt durch den Landkreis X. Die anderen Vertragsparteien erstatten die von ihnen anteilig zu tragenden Kosten [14 Tage] nach Rechnungslegung durch den Landkreis X.

§ 9

Laufzeit, Kündigung

1. Diese Vereinbarung endet, ohne dass es einer Kündigung bedarf, mit dem rechtswirksamen Abschluss der gemeinsamen Ausschreibung.
2. Die Kündigung dieser Vereinbarung ist nur aus wichtigem Grund möglich.

§ 10

Ergänzende Bestimmungen

1. Änderungen und Ergänzungen dieser Vereinbarung bedürfen der Schriftform. Dies gilt auch für die Aufhebung dieser Schriftformklausel.
2. Sofern eine in dieser Vereinbarung getroffene Regelung unwirksam ist oder sich in der Vereinbarung eine Lücke herausstellt, wird hierdurch die Gültigkeit der übrigen Bestimmungen nicht berührt. Ungültige Bestimmungen oder Vereinbarungslücken werden von den Vertragsparteien durch schriftliche Vereinbarungen ersetzt, die dem gewollten Vertragsinhalt so nahe wie möglich kommen.

§ 11

Inkrafttreten

Diese Vereinbarung tritt mit Wirkung zum [Datum] in Kraft.

[Ort]

[Ort]

Für X

für Y

II. Konsortialvertrag (PPP-Modell)

KONSORTIALVERTRAG über die Errichtung einer Gesellschaft zur Verwertung von Abfällen

zwischen

1.) Landkreis A,

und

2.) Landkreis B,

und

3.) privater Gesellschafter,

– im Folgenden 1., 2. und 3 gemeinsam: die Kooperationspartner –

– im Folgenden 1. und 2. gemeinsam: kommunale Gesellschafter –

I. Die Kooperationspartner beabsichtigen, auf Grundlage des als Anlage 1 beigefügten Entwurfs eines Gesellschaftsvertrages eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die [...] GmbH (im Folgenden: Gesellschaft) zu errichten. Für den Fall der Errichtung der Gesellschaft schließen die Kooperationspartner ergänzend zu den Regelungen des Gesellschaftsvertrages die folgenden Vereinbarungen.

II. Die Gesellschaft soll am Standort [Bezeichnung des Standorts] eine Anlage zur Behandlung/Verwertung von Bioabfällen planen, errichten und betreiben.

[Nähere Angaben zur Anlagentechnik bitte ergänzen]

Die zu errichtende Anlage soll in erster Linie der Behandlung/Verwertung der Bioabfälle dienen, die im Gebiet der kommunalen Gesellschafter anfallen und den kommunalen Gesellschaftern als öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern nach § 17 KrWG zur Entsorgung überlassen werden.

Sie wird aber auch für die Behandlung weiterer Abfälle ausgelegt, die von dem privaten Gesellschafter aufzubringen sind.

Die Gesellschaft soll von den kommunalen Gesellschaftern und dem privaten Gesellschafter mit der Behandlung/Verwertung von Bioabfällen in der zu errichtenden Anlage und der weiteren Entsorgung beauftragt werden.

Die Gesellschaft wird sich daher in entsprechenden Entsorgungsverträgen gegenüber den kommunalen Gesellschaftern und dem privaten Gesellschafter zur Entsorgung in der zu errichtenden Anlage verpflichten.

Die Kooperationspartner verpflichten sich, alles zu unterlassen, was die Erfüllung der von der Gesellschaft zu übernehmenden Verpflichtungen beeinträchtigen könnte.

- III. Der private Gesellschafter verpflichtet sich durch diese Vereinbarung gegenüber der zu gründenden Gesellschaft und den kommunalen Gesellschaftern,
1. die geltenden Satzungen der kommunalen Gesellschafter in Ihrer Funktion als öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger zu beachten;
 2. die von ihm ggf. auf Grundlage von Entsorgungsverträgen mit den kommunalen Gesellschaftern eingesammelten und beförderten Abfälle zur Verwertung und Beseitigung im Rahmen des rechtlich Zulässigen der Anlage der Gesellschaft zuzuführen;
 3. sonstige Abfälle zur Verwertung und Beseitigung, die in seinem Besitz stehen und die im Gebiet der kommunalen Gesellschafter angefallen und zur Behandlung/Verwertung in der zu errichtenden Anlage der Gesellschaft zugelassen sind, der Gesellschaft zu überlassen.

Der private Gesellschafter verpflichtet sich, dafür einzustehen, dass die in Satz 1 getroffenen Verpflichtungen ggf. auch von seinen Gesellschaftern eingehalten werden.

- IV. Die zu errichtende Anlage der Gesellschaft soll für eine Kapazität von [Mengenangabe] Jahrestonnen ausgelegt werden. Aufgrund der vorliegenden Mengenprognosen entfallen davon [Mengenangabe] Jahrestonnen auf Bioabfälle, die den kommunalen Gesellschaftern überlassen werden. Insoweit verpflichten sich die kommunalen Gesellschafter zur Auslastung der Anlage. Zur Auslastung der Restkapazität der Anlage verpflichtet sich der private Gesellschafter zur Anlieferung von jeweils [Mengenangabe] Jahrestonnen von Bioabfällen, die zur Entsorgung in der Anlage zugelassen sind.

Abfälle, die von dem privaten Gesellschafter oder ggf. seinen Gesellschaftern auf Grundlage bestehender Entsorgungsverträge mit den kommunalen Gesellschaftern eingesammelt und zur Anlage der Gesellschaft befördert werden, sind auf die vorstehend übernommenen Mengengarantien nicht anzurechnen.

Die Kooperationspartner verpflichten sich jeweils für alle Kosten und Verluste einzustehen, die der Gesellschaft durch eine Nichterfüllung der jeweils übernommenen Mengengarantien entstehen. Unabhängig von der tatsächlichen Anliefermenge tragen die Kooperationspartner die Selbstkosten der Anlage im Verhältnis der übernommenen Auslastungsgarantien. Eine nach Abfallarten und Behandlungsintensität differenzierte Zuordnung der Selbstkosten bleibt unberührt.

- V. Die Beauftragung der Gesellschaft mit der Entsorgung von Bioabfällen durch die Kooperationspartner erfolgt durch gesonderte Entsorgungsverträge.
- VI. Die Gesellschaft soll bei der Wahrnehmung der ihr übertragenen Aufgaben im Interesse der Gebührenzahler das Ziel einer weitgehenden Kostenminimierung verfolgen. In den abzuschließenden Entsorgungsverträgen ist vorzusehen, dass die Vergütung nach Maßgabe der einschlägigen preisrechtlichen Vorschriften auf Selbstkostenbasis erfolgt, wobei Ansätze für kalkulatorische Zinsen maximal in Höhe der nachgewiesenen Fremdkapitalkosten zu treffen sind, höchstens jedoch [6,5 %] des betriebsnot-

wendigen Kapitals und für kalkulatorischen Gewinn nicht mehr als [2,5 %] der Nettoselbstkosten betragen dürfen.

- VII. Der Gesellschaft können neben der Errichtung und dem Betrieb der Behandlungsanlage im Rahmen ihres Gesellschaftszwecks weitere Entsorgungsaufgaben durch die kommunalen Gesellschafter übertragen werden. Eine rechtliche Verpflichtung der kommunalen Gesellschafter, die Gesellschaft mit weiteren Entsorgungsaufgaben zu beauftragen, wird weder durch diesen Konsortialvertrag noch durch den abzuschließenden Gesellschaftsvertrag begründet. Die kommunalen Gesellschafter sind insbesondere nicht gehindert, künftig Entsorgungsaufgaben selbst wahrzunehmen oder auszuschreiben.
- VIII. Soweit für die Finanzierung der Errichtung der Behandlungsanlage Fremdkapital in Anspruch genommen wird, wird die erforderliche Absicherung vorrangig durch die Gesellschaft selbst vorgenommen.

Darüber hinaus verpflichten sich die Kooperationspartner, weiter notwendige Sicherheiten im Verhältnis ihrer Kapitalanteile an der Gesellschaft aufzubringen, wobei eine angemessene Verzinsung auf das eingesetzte Kapital erfolgt. Die Kooperationspartner können diese Verpflichtung durch Beibringung von Bürgschaften Dritter erfüllen. Die Verpflichtung entfällt, soweit einer der Gesellschafter oder dessen Gesellschafter der Gesellschaft zur Finanzierung der Anlageninvestition Gesellschafterdarlehen gewähren.

- IX. Alle Kooperationspartner sind berechtigt, sich an Ausschreibungen Dritter zu beteiligen.
- X. Dieser Vertrag tritt am [Datum] in Kraft und hat eine Laufzeit von [Anzahl Jahre] Jahren, gerechnet vom [Datum], frühestens aber vom Zeitpunkt der Inbetriebnahme der Behandlungsanlage an. Er kann während seiner Laufzeit nur aus wichtigem Grund gekündigt werden. Ein wichtiger Grund

liegt vor, wenn die Voraussetzungen für die Einziehung eines Gesellschaftsanteils nach § [X] des Gesellschaftsvertrages oder für eine außerordentliche Kündigung des Entsorgungsvertrages zwischen den kommunalen Gesellschaftern und der Gesellschaft aus wichtigem Grund vorliegen.

III. Öffentlich-rechtliche Vereinbarung (Einbahnstraßen-/Austauschmodell)¹²²

**Öffentlich-rechtliche Vereinbarung
über die
Entsorgung von Bioabfällen
zwischen
Landkreis X
und
Landkreis Y
Zusammen: Die Vertragsparteien**

Präambel

1. X und Y sind öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger (örE) gemäß § 17 Abs. 1 S. 1 Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG) in Verbindung mit § 6 Abs. 1 Landesabfallgesetz (LAbfG). In dieser Zuständigkeit haben beide örE jeweils die in ihrem Gebiet angefallenen und ihnen überlassenen Abfälle aus privaten Haushaltungen im Sinne von § 17 Abs. 1 S. 1 KrWG und aus sonstigen Herkunftsbereichen entgegenzunehmen und ordnungsgemäß zu entsorgen. Die örE können zur Erfüllung ihrer Aufgaben miteinander kooperieren (§ 16 Abs. 1 Nr. 6 LAbfG).
2. Zur Kooperation zwischen X und Y schließen beide örE eine öffentlich-rechtliche Vereinbarung im Sinne von § 25 des Gesetzes über kommunale Zusammenarbeit (GKZ).
3. Auf der Basis der genannten Rechtsgrundlagen vereinbaren die Vertragsparteien eine Aufgabenübertragung hinsichtlich der Entsorgung von Bioabfällen, die im LK Y insbesondere über Biotonnen haushaltsnah eingesammelt werden. X wird die im LK Y eingesammelten Bioabfälle in [Ort] entgegennehmen und entsorgen.

¹²² Die öffentlich-rechtliche Vereinbarung beinhaltet eine Abnahmeverpflichtung und führt zu einer Aufgabenübertragung. Sollte die beauftragte Gebietskörperschaft ihrer Verpflichtung nicht nachkommen, verletzt sie zunächst eine ihr obliegende Aufgabe und es können Maßnahmen durch die Kommunalaufsicht ergriffen werden. Zudem findet über den Verweis in § 62 VwVfG BW das Leistungsstörungsrecht des BGB Anwendung, so dass eine Verpflichtung zum Schadensersatz besteht. Eine „take-or-pay“-Klausel ist daher nicht erforderlich.

Die Vertragsparteien vereinbaren für die künftige Bioabfallentsorgung Folgendes:

§ 1

Vertragsgegenstand

X übernimmt ab dem [Datum] die Aufgabe der Behandlung, Verwertung und Beseitigung der dem LK Y überlassenen Bioabfälle aus privaten Haushaltungen und aus anderen Herkunftsbereichen, insbesondere für die über Sammelbehälter (Biotonnen) gesammelten Bioabfälle. X übernimmt die Pflichten von Y zur Behandlung, Verwertung und sonstigen Entsorgung der im Kreisgebiet Y anfallenden und dem Landkreis Y überlassenen Bioabfälle, indem er diese in [Ort] entgegennimmt sowie nach Verwiegung und Dokumentation der weiteren Entsorgung zuführt.

[Ggf. differenzierte Regelungen für Grünschnitt, der nicht über Biotonne eingesammelt wird].

[Für das Austauschmodell können hier weitere Vertragsgegenstände aufgeführt werden. In diesem Fall sind die nachstehenden Bedingungen entsprechend anzupassen].

§ 2

Anlieferung und Übergang der Verantwortung

1. Die im LK Y unter Beachtung der Bestimmungen der Abfallwirtschaftssatzung des LK Y in ihrer jeweils geltenden Fassung eingesammelten Bioabfälle werden durch den LK Y in [Ort] angeliefert. Einzelanlieferungen unmittelbar durch Sammelfahrzeuge sind [nicht] zulässig. X übernimmt die angelieferten Bioabfälle. Das Eigentum, die Entsorgungsverantwortung und die Verkehrssicherungspflicht gehen mit der Übernahme auf X über.

2. Y wirkt durch geeignete Maßnahmen, wie z. B. durch Aufklärung und Kontrolle darauf hin, dass die anzuliefernden Bioabfälle weitgehend frei von Störstoffen sind.
3. Durch Störstoffe verunreinigte Bioabfälle (mehr als [X] Gewichtsprozent je Anliefercharge) werden bei der Aufbereitung der Bioabfälle aussortiert. Für die Entsorgung der Störstoffe und durch Störstoffe verunreinigte Bioabfälle ist X verantwortlich.

§ 3

Betrieb der Entsorgungsanlagen

1. Die Entsorgung der übernommenen Bioabfälle erfolgt durch X in folgenden Entsorgungsanlagen: [ergänzen]
2. Die Anlagen zur Entsorgung von Bioabfällen werden von X unter Beachtung der jeweils geltenden Rechtslage und der bestehenden Genehmigungen ordnungsgemäß betrieben.
3. Sämtliche Anlieferungen unterliegen der Eingangskontrolle. Die Zuführung zu den Anlagen erfolgt erst nach Verwiegung auf einer geeichten Waage. Die angelieferten Bioabfälle aus dem LK Y werden dort datenmäßig erfasst.

§ 4

Deckungsbeitrag

1. Für den Eintritt in die Pflichten und Zuständigkeiten nach § 1 dieser Vereinbarung leistet Y an X einen Jahresdeckungsbeitrag unter Beachtung der jeweiligen Jahresanliefermenge aus dem LK Y.

Die Ermittlung des Deckungsbeitrages (Leistungsentgelt) erfolgt auf der Grundlage eines Selbstkostenerstattungspreises in entsprechender Anwendung von § 7 Abs. 1 der VO PR Nr. 30/53 mit festen Preisbestandteilen entsprechend § 7 Abs. 2 der genannten Verordnung.

Dem Selbstkostenerstattungspreis liegen folgende Kapital- und Betriebskosten sowie Zuschläge zugrunde:

a) Kapitalkosten

[...]

b) Betriebskosten

[...]

c) Zuschlag für Verwaltungsgemeinkosten

[...]

d) Kalkulatorischer Gewinn

[...]

2. Die Höhe des Deckungsbeitrages sowie die monatlichen Abschlagszahlungen werden auf Grundlage einer geprüften Kapital- und Betriebskostenkalkulation jährlich vereinbart. Die Jahresendabrechnung erfolgt auf der Grundlage des Preisprüfungsberichts unter Beachtung der jährlichen Behandlungsmenge (Jahresinput).
3. Sollten künftig die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger oder die von diesen erbrachten Leistungen umsatzsteuerpflichtig werden, so wird der vereinbarte Jahresbeitrag auf Basis der Nettobelastung neu ermittelt. Der neu ermittelte Deckungsbeitrag ist zwischen den Vertragspartnern abzustimmen.
4. X und Y stellen zum Beginn der Laufzeit dieser Vereinbarung und nachfolgend jeweils zum Jahresbeginn auf der Grundlage der geprüften Kapital- und Betriebskostenkalkulation (Preisprüfbericht) den neuen Jahresdeckungsbeitrag fest. Die Mengenzahlung des Vorjahres und die Mengenzahlung für das neue Betriebsjahr werden herangezogen. Y leistet an X eine monatliche Abschlagszahlung jeweils zum 15. eines Monats in Höhe von $\frac{1}{12}$ des voraussichtlichen Jahresdeckungsbeitrages. Nach Vorlage des jährlichen Preisprüfungsberichts sind ermittelte Nachzahlungen oder Erstattungen spätestens innerhalb von drei Wochen auszugleichen.

5. Die Kapitalkosten sind auf Grundlage der bislang in die Anlage getätigten Investitionen und unter Beachtung der notwendigen Zusatzinvestitionen bei einer Laufzeit bis zum [Datum] kalkuliert.

Sollte sich aufgrund einer Veränderung der rechtlichen Bestimmungen die Notwendigkeit einer technischen Änderung beim Behandlungsverfahren ergeben, so vereinbaren die Parteien bereits jetzt, dass die dafür erforderlichen Investitionen anteilig auf die für die verbleibende Restlaufzeit der Anlage zu leistenden Beiträge umgelegt werden. Deswegen bleibt eine Anpassung der in Abs. 1 genannten Kapitalkosten vorbehalten, soweit eine Anpassung aus haushaltsrechtlichen, gebührenrechtlichen oder preisrechtlichen Gründen geboten ist. Die Vertragspartner sind verpflichtet, in einem solchen Fall Verhandlungen über eine Neufestsetzung der Beitragsvereinbarung aufzunehmen.

Sollten die Vertragspartner keine Einigung über die Anpassung der Kapitalkosten und damit den Jahresbeitrag finden, so entscheidet die Preisbehörde [Name der Behörde] abschließend über die angemessene Anpassung. X wird zu diesem Zweck der Preisbehörde die diesem Vertrag zugrunde liegende Kalkulation vollständig zur Verfügung zu stellen und versichern, dass diese den Tatsachen entspricht.

§ 5

Vertragsdauer

1. Der Vertrag tritt zum [Datum] in Kraft.
2. Der Vertrag hat eine Laufzeit bis zum [Datum]. Er verlängert sich jeweils um [Anzahl] Jahre, wenn er nicht vor Ablauf mit einer Frist von [Anzahl] Jahr[en] schriftlich gekündigt wird.

§ 6

Beendigung des Vertrages

1. Dieser Vertrag ist – außer zu seinem Ablauf (§ 5 Abs. 2) – nur aus wichtigem Grund, insbesondere wenn seine Durchführung aufgrund mangelnden Fortbestandes öffentlich-rechtlicher Genehmigungen unmöglich oder aus sonstigen zwingenden Gründen unzumutbar wird, kündbar. Kündigungen bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform.
2. Die Vertragsparteien gehen übereinstimmend davon aus, dass diese Vereinbarung vergaberechtskonform zustande gekommen ist. Für den Fall, dass künftig durch eine Aufsichtsbehörde, ein Gericht oder ein Organ der europäischen Union der Abschluss der Vereinbarung in einer förmlichen Entscheidung beanstandet wird, sind die Vertragsparteien zunächst verpflichtet, eine gemeinsame vergaberechtskonforme Vertragsänderung zu ermöglichen. Ist dies nicht möglich, so sind sie berechtigt, die Vereinbarung unter Einhaltung einer Frist von zwei Monaten zum Monatsende zu kündigen. Eine förmliche Entscheidung im Sinne von S. 2 liegt insbesondere vor, wenn ein nicht nur vorläufiger Beschluss eines Gerichts ergeht oder eine bestandskräftige Anordnung der Aufsichtsbehörde erlassen wird. Schadensersatzansprüche auf Grund der vorzeitigen Beendigung dieser Zweckvereinbarung können die Vertragsparteien im Falle der Wahrnehmung dieses Kündigungsrechts nicht geltend machen.
3. Wird die Zweckvereinbarung aufgehoben bzw. gekündigt, so haben die Vertragspartner eine Auseinandersetzung anzustreben, die eine ordnungsgemäße Behandlung, Verwertung und Beseitigung der Bioabfälle nach § 1 gewährleistet.

§ 7

Haftung

1. Soweit und solange ein Vertragspartner durch Umstände oder Ereignisse, deren Verhinderung ihm unmöglich oder wirtschaftlich nicht zumutbar ist, wie z. B. Streik, Aussperrung, Störungen beim Bezug von Energie, Feuer oder Ereignisse höherer Gewalt, an der Vertragserfüllung gehindert ist,

ruhen seine Verpflichtungen aus diesem Vertrag. Für sonstige Leistungsstörungen und Pflichtverletzungen gelten die gesetzlichen Regelungen, insbesondere die Regelungen des BGB in der jeweils geltenden Fassung.

2. Die Vertragspartner verpflichten sich, etwaige Störungen oder Unterbrechungen in ihrem Einflussbereich unverzüglich zu beheben, soweit ihnen das möglich ist. Sie werden sich über den Eintritt und die Beendigung störender Umstände oder Ereignisse unverzüglich unterrichten.

§ 8

Vertragsänderungen

1. Änderungen oder Ergänzungen zu diesem Vertrag bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Dies gilt auch für die Änderung dieses Schriftformerfordernisses. Mündliche Nebenabreden zu diesem Vertrag wurden nicht getroffen.
2. Der Schriftform bedürfen auch die Geltendmachung von Ansprüchen auf Revision der Deckungsbeiträge und alle sonstigen wesentlichen Erklärungen zur Durchführung dieses Vertrages.

§ 9

Salvatorische Klausel

Sollten eine oder mehrere Bestimmungen dieses Vertrages ganz oder teilweise unwirksam sein oder werden, so wird hierdurch die Wirksamkeit der übrigen Regelungen nicht berührt.

Die Vertragspartner verpflichten sich, die rechtsunwirksame Bestimmung durch eine wirksame Bestimmung zu ersetzen, die von ihrer wirtschaftlichen Intention demjenigen am nächsten kommt, was Gegenstand der unwirksamen Bestimmung war.

§ 10
Vertragsausfertigungen

Diese Vereinbarung ist vierfach ausgefertigt, jede Vertragspartei erhält zwei Ausfertigungen.

§ 11
Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde

Diese Vereinbarung bedarf gem. § 25 Abs. 4 GKZ der Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde.

[Ort]

[Ort]

Für X

für Y