

Berlin

Prof. Hartmut Gaßner
Dr. Klaus-Martin Groth
Wolfgang Siederer
Katrin Jänicke
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
Prof. Dr. Jörg Beckmann
Dr. Joachim Wrase
Isabelle-Konstanze Charlier, M.E.S.
Dr. Markus Behnisch
Wiebke Richmann
Linus Viezens
Till Schwerkolt
Dr. Manuel Schwind
Dr. Benjamin Tschida
Franziska Kaschluhn
René Hermann
Daniela Weber
Gina Benkert
Stefanie Jauernik
Linda Reiche
Janna Birkhoff
Ida Oswalt
Henriette Albrecht
Felix Anlauf
Felix Brannaschk, LL.M.

Augsburg

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

Berlin, 08.04.2022

Registernummer: 000753-21

**REGIONALE BIOABFALLVERWERTUNG IN DEN
LANDKREISEN LÖRRACH UND WALDSHUT –
INTERKOMMUNALE ZUSAMMENARBEIT UND
VERGABEVERFAHREN**

Im Auftrag der Abfallwirtschaft Landkreis Lörrach,
Eigenbetrieb des Landkreises Lörrach (EAL)

Rechtsanwalt Prof. Hartmut Gaßner
Rechtsanwalt Dr. Manuel Schwind

INHALT

A. Sachverhalt	3
B. Rechtliche Würdigung	5
I. Öffentlich-rechtlicher Vertrag als Grundlage der Zusammenarbeit	5
1. Regelungsbedarf	6
a) Rechte des Landkreises Lörrach an den Anlagegrundstücken	6
b) Vereinbarung eines Erbbaurechts zugunsten der Landkreise	7
c) Gemeinsame Auftragsvergabe	9
d) Verantwortlichkeiten der Landkreise	10
aa) Laufzeit des Betreiber-/ Entsorgungsvertrages	10
bb) Fortgang des „BioReg“-Projektes	11
2. Bewertung	12
II. Vergleich weiterer Organisationsformen	13
1. Gemeinsames kommunales Unternehmen (GmbH)	13
a) Kommunalrechtliche Zulässigkeit	14
b) Vergaberecht	15
aa) Beauftragung der Gesellschaft durch die Landkreise	15
bb) Gesellschaft als öffentlicher Auftraggeber	17
c) Kommunalabgabenrecht	17
d) Fortgang des „BioReg“-Projektes	18
2. Zweckverband	18
a) Kommunalrechtliche Zulässigkeit	19
b) Vergaberecht	19
aa) Aufgabenübertragung auf den Zweckverband	20
bb) Beauftragung des Zweckverbandes	22
cc) Zweckverband als öffentlicher Auftraggeber	23
c) Kommunalabgabenrecht	24
d) Fortgang des „BioReg“-Projektes	24
3. Gemeinsame selbständige Kommunalanstalt	24
4. Bewertung	25
III. Sonderfrage: Kostenfreie Bereitstellung der Fläche/ Infrastruktur für Auftragnehmer	27
C. Ergebnis	28

A. Sachverhalt

Die Landkreise Lörrach und Waldshut sind als öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger zu einer hochwertigen Verwertung der in ihren Entsorgungsgebieten angefallenen und überlassenen Bioabfällen verpflichtet (§§ 17, 20 Kreislaufwirtschaftsgesetz – KrWG; § 6 Landes-Kreislaufwirtschaftsgesetz – LKrWG).

Gegenwärtig ist die Sammlung und Verwertung von Bioabfällen in den beiden Landkreisen wie folgt organisiert¹:

- Der Landkreis Lörrach hat die Kühl Entsorgung & Recycling Südwest GmbH mit der Sammlung und dem Transport von Bioabfällen beauftragt. Vertragsende ist der 31.12.2024. Verwertet werden die Bioabfälle durch die Reterra Freiburg GmbH. Der Entsorgungsvertrag endet zum 31.12.2023. Infolge einer Übergangsvergabe hat der Landkreis Lörrach einen weiteren Entsorgungsvertrag mit der Reterra Freiburg geschlossen; dieser endet zum 31.12.2026 und kann um max. zwei Jahre verlängert werden.

Pro Jahr werden im Landkreis Lörrach ca. 16.000 Mg an Bioabfällen eingesammelt und verwertet.

- Der Landkreis Waldshut hat die Kühl Entsorgung & Recycling Südwest GmbH mit der Sammlung und dem Transport von Bioabfällen beauftragt. Reguläres Vertragsende ist der 31.12.2026; der Vertrag kann um weitere zwei Jahre verlängert werden. Mit der Verwertung von Bioabfällen hat der Landkreis Waldshut die Reterra Hegau Bodensee GmbH in Singen beauftragt. Der Entsorgungsvertrag endet regulär zum 31.12.2026 und kann um max. zwei Jahre verlängert werden.

Die jährliche Gesamtmenge an eingesammelten und verwerteten Bioabfällen beträgt im Landkreis Waldshut ca. 9.000 Mg.

Die Landkreise Lörrach und Waldshut streben künftig eine gemeinsame und regionale Verwertung von Bioabfällen in einem der beiden Landkreise an („BioReg“-Projekt). Hierdurch soll v.a. Umwelt- und Klimaschutzgesichtspunkten Rechnung getragen, aber auch die lokale Wertschöpfung gesteigert werden.

¹ Anm.: Die Verträge mit den nachfolgend genannten Drittbeauftragten lagen uns nicht zur Einsicht vor.

Im Frühjahr 2020 hat die Ryttec GmbH eine von den Landkreisen in Auftrag gegebene Machbarkeitsstudie vorgelegt, mit der geeignete Standorte für die Errichtung und den Betrieb einer Bioabfallverwertungsanlage (unter technischen, wirtschaftlichen und genehmigungsrechtlichen Gesichtspunkten) ausgesucht wurden.²

Nach Diskussion der Studienergebnisse hatten sich die Landkreise darauf verständigt, standortbezogene Vorplanungen für den Bau und Betrieb einer Bioabfallvergärungsanlage auf dem Gebiet der Deponie Lachengraben (Landkreis Waldshut) aufzunehmen.

Die betr. Grundstücke, auf denen die Verwertungsanlage errichtet werden soll, befinden sich teilweise im Eigentum des Landkreises Waldshut (Flächenanteil von ca. 40 %) und teilweise im Eigentum zweier Privatpersonen (Herr Baron von Schönau: Flächenanteil von ca. 53 % / Herr Axel Jahn: Flächenanteil von ca. 7 %).³ Mit beiden Grundstückseigentümern hat der Landkreis Waldshut Pachtverträge vom 28.04.1995 bzw. vom 17.03./ 03.05.1977 geschlossen. Eine Veräußerung der Grundstücke an den Landkreis Waldshut kommt für die Grundstückseigentümer nicht in Betracht.

Mit Blick auf die Errichtung und den Betrieb einer Bioabfallvergärungsanlage auf der Deponie Lachengraben haben die Landkreise Lörrach und Waldshut zudem die folgenden Prämissen aufgestellt:

- Die Errichtung und der Betrieb der Bioabfallvergärungsanlage und die Verwertung der in den Landkreisen anfallenden Bioabfälle sollen durch Dritte erledigt und deshalb öffentlich ausgeschrieben werden. Ob der Anlagenbetrieb nach Ende der Laufzeit des Entsorgungsvertrages erneut durch einen beauftragten Dritten oder durch einen bzw. beide Landkreise durchgeführt wird, soll zu gegebener Zeit entschieden werden. Um sich die Option des Eigenbetriebes offenzuhalten, soll die Anlage mit Ende der Vertragslaufzeit ins Eigentum der Landkreise übergehen.
- Die Landkreise Lörrach und Waldshut schreiben die Verwertung ihrer Bioabfallmengen gemeinsam aus.

² Anm.: Die Machbarkeitsstudie der Ryttec GmbH lag uns nicht zur Einsicht vor.

³ Anm.: Die Eigentumsanteile haben wir nachträglich aufgrund der Mitteilung des Landkreises Lörrach vom 24.03.2022 angepasst; etwaige Änderungen der o.g. Pachtverträge mit den ursprünglichen Grundstückseigentümern lagen uns nicht vor.

- In der Ausschreibung sollen Nebenangebote zugelassen werden, z.B. die Verwertung der Bioabfälle in Bestandsanlagen oder in neu errichteten Anlagen an anderen Standorten.
- Die Zuschlagskriterien sollen die Zielsetzungen der regionalen Wertschöpfung, der Ökologie und der Wirtschaftlichkeit abbilden und zum Ausgleich bringen.

Die Fortführung des „BioReg“-Projektes unter den o.g. Rahmenbedingungen erfordert von den Landkreisen Lörrach und Waldshut zunächst die Klärung einiger grundsätzlicher juristischer Fragestellungen. Diese betreffen v.a. das Kommunalverfassungsrecht mit Blick auf die weitere Zusammenarbeit der Landkreise sowie das Vergaberecht betr. die Realisierung des Vorhabens (einschließlich der aufgestellten Prämissen) in dem wettbewerbsrechtlich vorgegebenen Rahmen.

Die Landkreise Lörrach und Waldshut haben in ihrer Anfrage vom 15.11.2021 einige Fragen zu den vorgenannten Gesichtspunkten formuliert und [GGSC] um gutachterliche Stellungnahme gebeten. In die Stellungnahme sollen auch die Erwägungen eingehen, welche die Landkreise und [GGSC] in den gemeinsamen Beratungen vom 14.12.2021 und 22.02.2022 angestellt hatten.

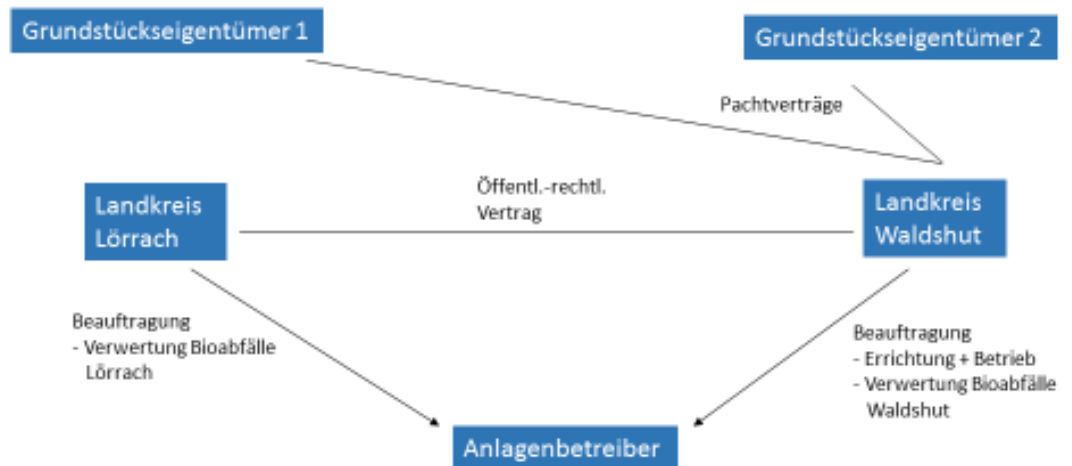
B. Rechtliche Würdigung

Zu den aufgeworfenen Fragen nehmen wir wie folgt Stellung:

I. Öffentlich-rechtlicher Vertrag als Grundlage der Zusammenarbeit

Vor Betrachtung der möglichen Formen einer institutionalisierten Zusammenarbeit (z.B. gemeinsames kommunales Unternehmen, Zweckverband, vgl. unten B.II.) soll geprüft werden, ob für die Umsetzung des „BioReg“-Projektes auch lediglich der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages zwischen den Landkreisen in Betracht kommt.

Bevor wir die Möglichkeiten einer Zusammenarbeit der Landkreise auf der Grundlage eines öffentlich-rechtlichen Vertrages im Einzelnen erläutern, verweisen wir zur Veranschaulichung der Ausgangssituation zunächst auf das nachfolgende Schaubild:



1. Regelungsbedarf

Für einen öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen den Landkreisen Lörrach und Waldshut ergibt sich ein vielschichtiger Regelungsbedarf. Der Vertrag muss zum einen Regelungen zur Durchführung eines gemeinsamen Vergabeverfahrens enthalten, darüber hinaus aber auch die Rechte und Pflichten, die beide Landkreise während der Laufzeit des Betreiber- und Entsorgungsvertrages und nach dessen Ende haben (Stichwort: Eigentumsübergang der Anlage).

Ergänzend zum Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages zwischen den Landkreisen wäre es erforderlich, den Landkreis Lörrach in die Vertragsverhältnisse mit den Grundstückseigentümern einzubeziehen.

Im Einzelnen:

a) Rechte des Landkreises Lörrach an den Anlagegrundstücken

Eine Zusammenarbeit auf Grundlage eines öffentlich-rechtlichen Vertrages macht nur Sinn, wenn der Landkreis Lörrach dieselben Rechte wie der Landkreis Waldshut an den Grundstücken erhält.

Gegenwärtig ist nur der Landkreis Waldshut als Pächter zur Nutzung der Grundstücke berechtigt. Der Landkreis Lörrach steht in keinen vertraglichen Beziehungen zu den Grundstückseigentümern; auch stehen ihm keine dinglichen Rechte an den Grundstücken zu.

Soll eine auf den Grundstücken errichtete Vergärungsanlage nach Ende der Laufzeit des Betreibervertrages in die Verfügungsgewalt beider Landkreise fallen, so ist es zwingend erforderlich, dass auch der Landkreis Lörrach eine Berechtigung zur Nutzung der Grundstücke erhält. Denn auf einem Grundstück errichtete Gebäude zählen gemäß § 94 Abs. 1 Satz 1 BGB als wesentlicher Bestandteil des Grundstückes und stehen – vorbehaltlich ergänzender erbbaurechtlicher Regelungen (s. sogleich B.I.1.b.) – im Eigentum der Grundstückseigentümer. Ohne eine durch die Grundstückseigentümer erteilte Berechtigung kann der Landkreis Lörrach zu keinem Zeitpunkt über die Vergärungsanlage verfügen.

In dem öffentlich-rechtlichen Vertrag kann eine Verfügungsbezugnis zugunsten des Landkreises Lörrach nicht rechtswirksam vereinbart werden, da Verträge, welche die Rechtspositionen Dritter ohne deren Zustimmung einschränken, unzulässig sind.

Erste Notwendigkeit für die Begründung einer Zusammenarbeit wäre demnach, dem Landkreis Lörrach hinsichtlich der Grundstücksnutzung dieselben Rechtspositionen einzuräumen wie dem Landkreis Waldshut. Hierzu müssten Verhandlungen mit den Grundstückseigentümern aufgenommen werden.

b) Vereinbarung eines Erbbaurechts zugunsten der Landkreise

Darüber hinaus wäre das bestehende Pachtverhältnis zwischen den Grundstückseigentümern und dem Landkreis Waldshut in ein Erbbaurecht zugunsten der Landkreise Lörrach und Waldshut umzuwandeln.

Hintergrund hierfür ist, dass die Landkreise auf der Grundlage eines Pachtvertrages (§ 581 BGB) nicht berechtigt sind, Eigentum oder eigentumsähnliche Rechte an auf dem Grundstück befindlichen Immobilien (z.B. der Vergärungsanlage) zu erwerben.

Beim Erbbaurecht handelt es sich um das beschränkt dingliche, im Grundbuch eingetragene Recht, auf dem betr. Grundstück ein Bauwerk zu haben (§ 1 Abs. 1 ErbbauRG). Das Eigentum an dem Bauwerk (hier also der Vergärungsanlage) kann zwar durch den Anlagenbetreiber bzw. die Landkreise erworben werden (§ 12 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG), jedoch geht es mit Beendigung des Erbbaurechts an den/ die Grundstückseigentümer über („Heimfall“), sofern das Erbbaurecht nicht verlängert wird. Der/ die Grundstückseigentümer wären dem/ den Eigentümern des Bauwerkes gegenüber bei Erlöschen des Erbbaurechts verpflichtet, eine Entschädigung für das Bauwerk zu leisten (§ 27 Abs. 1 ErbbauRG).

Für die Errichtung und den Betrieb der Biovergärungsanlage hat dies zur Folge, dass die Landkreise mit den Grundstückseigentümern ein möglichst langfristiges, den erwarteten zeitlichen Anlagenbetrieb mindestens umfassendes Erbbaurecht vereinbaren müssen. Da sich – insbesondere bei mehreren Grundstückseigentümern – zum Zeitpunkt der Begründung des Erbbaurechts nicht voraussagen lässt, ob das Erbbaurecht verlängert wird oder das Grundstück samt Bauwerk an die Eigentümer bzw. deren Rechtsnachfolger zurückfällt, sollte die „strategische Entwicklung“ der Bioabfallverwertung in den Landkreisen Lörrach und Waldshut (insb. die Bedeutung der Grundstücke Lachengraben) jedenfalls im Blick behalten werden.

Die ausschließliche, unbefristete Verfügungsgewalt über die Grundstücke und die darauf errichteten Bauwerke würden die Landkreise nur im Fall des Grundstückskaufs haben, was zum jetzigen Zeitpunkt Ihren Angaben zufolge aber nicht in Betracht kommt.

In den Erbbaurechtsverträgen mit den Grundstückseigentümern würde darüber hinaus vereinbart werden, dass die erbauberechtigten Landkreise die Errichtung und den Betrieb der Anlage über die Laufzeit des Betreiber-/ Entsorgungsvertrages durch einen beauftragten Dritten durchführen lassen können.

Die Vereinbarung eines Erbbaurechts ist sowohl in der vorliegenden Konstellation – Zusammenarbeit auf Grundlage eines öffentlich-rechtlichen Vertrages – von Bedeutung als auch für die nachfolgend zu betrachtenden Formen der institutionalisierten Zusammenarbeit.

c) Gemeinsame Auftragsvergabe

In dem öffentlich-rechtlichen Vertrag wäre auch die Form der gemeinsamen Auftragsvergabe zu regeln.

Nach § 4 Abs. 1 Satz 1 VgV ist es mehreren öffentlichen Auftraggebern gestattet, die gemeinsame Vergabe bestimmter öffentlicher Aufträge zu vereinbaren. Hierbei ist es nicht erforderlich, dass die Zusammenarbeit institutionalisiert (innerhalb einer bestimmten Organisationsform, z.B. Zweckverband oder GmbH) erfolgt; eine vertragliche Vereinbarung ist ausreichend.

Zu regeln ist, ob die Landkreise das Vergabeverfahren gemeinsam durchführen bzw. ob einer der Landkreise das Vergabeverfahren in seinem Namen, aber im Auftrag des anderen Landkreises durchführt. In diesen Fällen wären beide Landkreise für die Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen verantwortlich (§ 4 Abs. 2 Satz 1, 2 VgV). Wird das Vergabeverfahren nur teilweise gemeinsam durchgeführt, sind die öffentlichen Auftraggeber nur für jene Teile gemeinsam verantwortlich, die auch gemeinsam durchgeführt wurden (§ 4 Abs. 2 Satz 3 VgV).

Sofern der Landkreis Lörrach mit Blick auf die Anlagengrundstücke nicht Verfügungsberechtigt ist (vgl. oben B.I.1.a/b), kommt eine gemeinsame Vergabe nur hinsichtlich der Verwertung der Bioabfälle (aufgeteilt nach Regionallosen) in Betracht. In diesem Fall müsste der Landkreis Waldshut die Errichtung

und den Betrieb der Vergärungsanlage alleine ausschreiben. Ist der Landkreis Lörrach mit Blick auf die Anlagengrundstücke Verfügungsberechtigt, können alle Leistungen gemeinsam ausgeschrieben werden.

d) Verantwortlichkeiten der Landkreise

In dem öffentlich-rechtlichen Vertrag wären überdies die Verantwortlichkeiten der Landkreise innerhalb der Laufzeit des Betreiber-/ Entsorgungsvertrages zu regeln, aber auch nach dessen Ende.

aa) Laufzeit des Betreiber-/ Entsorgungsvertrages

Der öffentlich-rechtliche Vertrag müsste – was den ersten zeitlichen Abschnitt (Errichtung und Betrieb der Anlage und Verwertung der Bioabfälle durch einen Dritten) betrifft – klare Regelungen zu der Frage enthalten, gegenüber wem der Auftragnehmer (also der Anlagenbetreiber) im Zeitraum der Leistungserbringung verantwortlich ist. Mit anderen Worten müssen sich die Inhalte des Betreiber-/ Entsorgungsvertrages in dem öffentlich-rechtlichen Vertrag bereits abstrakt widerspiegeln. Konkret geht es um Fragen wie

- Welcher Landkreis ist Ansprechpartner für den Auftragnehmer in der Bau- und Betriebsphase der Vergärungsanlage?
- Welcher Landkreis ist für die Überwachung des Anlagenbaus bzw. des Anlagenbetriebes zuständig?
- Welcher Landkreis ist gegenüber dem Auftragnehmer weisungsbefugt?
- Welcher Landkreis ist bei Mängeln in der Auftragsausführung berechtigt, Nachforderungen bzw. Schadensersatzforderungen gegenüber dem Auftragnehmer geltend zu machen?
- etc.

Die Regelung vorgenannter Fragen in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag ist möglich; im Einzelfall kann sie sich aber kompliziert gestalten. Kompliziert deswegen, da es sich um ein Dreipersonenverhältnis (zwei Auftraggeber, ein Auftragnehmer) handelt und der öffentlich-rechtliche Vertrag somit nicht nur die rechtlichen Beziehungen der Auftraggeber zum Auftragnehmer, sondern auch die rechtlichen Beziehungen der beiden Auftraggeber untereinander abbilden muss. Eine institutionalisierte Form der Zusammenarbeit (z.B. GmbH oder Zweckverband) hätte demgegenüber den Vorteil, dass der Auftragnehmer nur gegenüber einem öffentlichen Auftraggeber verantwortlich wäre; die Vertragsgestaltung, aber auch der Vollzug der vertraglichen Haupt- und Nebenleistungspflichten würde auf diese Weise deutlich vereinfacht.

bb) Fortgang des „BioReg“-Projektes

Darüber hinaus eignet sich ein öffentlich-rechtlicher Vertrag nur eingeschränkt für die Begründung einer langfristig angelegten interkommunalen Zusammenarbeit. Anders als bei einer kommunalen GmbH oder einem Zweckverband, in dem die gemeinsame Absicht der langfristigen Zusammenarbeit in der Gründung einer juristischen Person manifestiert wird, ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag ein Instrument, dem eine deutlich geringere Verbindlichkeit zukommt.

Zwar kann ein öffentlich-rechtlicher Vertrag durchaus dahingehend ausgestaltet werden, dass sich die Parteien zu einer langfristigen Zusammenarbeit verpflichten. Die „Hemmschwelle“, sich von den Bindungen eines öffentlich-rechtlichen Vertrages zu lösen ist erfahrungsgemäß aber deutlich geringer als die Hemmschwelle, eine gemeinsame kommunale Gesellschaft oder einen Zweckverband aufzulösen. Im hier vorliegenden Fall ist der Weg, den das „BioReg“-Projekt nach Ablauf des Betreiber-/Entsorgungsvertrages nehmen soll, zudem noch nicht vorgezeichnet. Es ist fraglich, ob die Anlage von den

Landkreisen weiterbetrieben wird oder die Leistungen der Bioabfallverwertung erneut ausgeschrieben werden soll. Es besteht das theoretische Risiko, dass einer der Landkreise (bspw. aufgrund einer neuen politischen Führung) von dem Projekt Abstand nehmen will und sich ohne größere Verlustrisiken aus der Zusammenarbeit zurückziehen könnte.

Die im Vergleich zu institutionalisierten Formen der Zusammenarbeit geringere Verbindlichkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages zeigt sich auch in der Vereinbarung von Kooperationspflichten mit Blick auf den Fortgang des „BioReg“-Projektes. Während ein Zweckverband oder eine gemeinsame kommunale GmbH ausschließlich dem Ziel der Verwirklichung einer nachhaltigen, regionalen Bioabfallverwertung dient und eine ganze Organisationsstruktur hierfür geschaffen wird, können in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag kaum mehr als Absichtserklärungen und die Pflicht zu regelmäßigen Abstimmungen aufgenommen werden.

2. Bewertung

Aus unserer Sicht ist die Zusammenarbeit der Landkreise auf der Grundlage eines öffentlich-rechtlichen Vertrages aus den folgenden Gründen nicht zu empfehlen:

- Der Landkreis Lörrach müsste dieselbe Verfügungsgewalt über die Anlagengrundstücke bekommen wie der Landkreis Waldshut (ansonsten könnten die Landkreise das Vergabeverfahren nur hinsichtlich der Bioabfallverwertung gemeinsam durchführen und die Anlage nach Ende der Vertragslaufzeit nicht gemeinsam betreiben). Da die Pachtverträge ohnehin auf Erbbaurechtsverträge umgestellt werden müssten (vgl. oben B.I.1.b.), wäre es aus unserer Sicht deutlich einfacher, das Erbbaurecht zugunsten einer gemeinsamen Gesellschaft oder eines Zweckverbandes einzuräumen, als zwei Landkreisen nebeneinander.

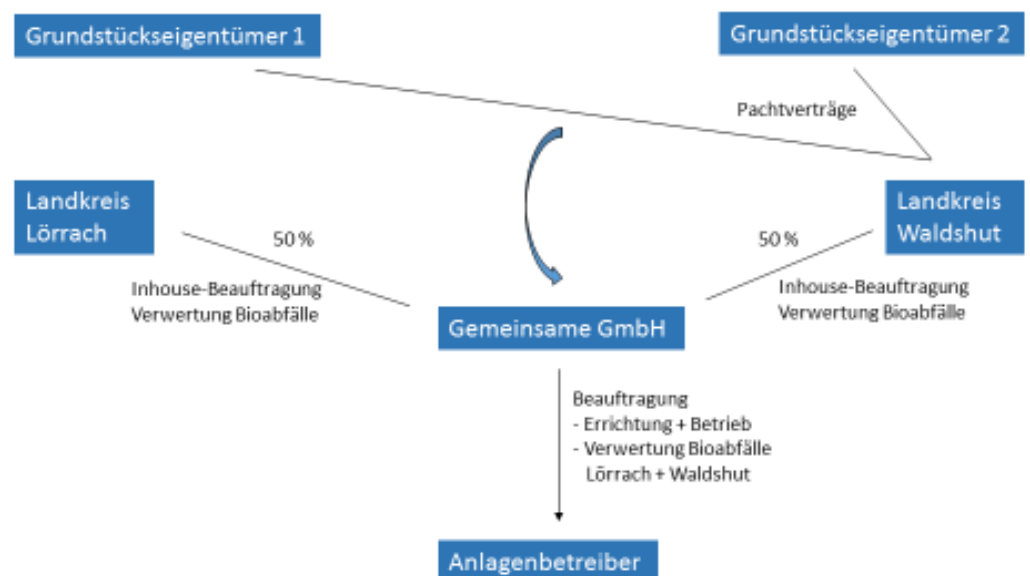
- Hoher vertraglicher Regelungsaufwand hinsichtlich der Verantwortlichkeiten der Landkreise während der Laufzeit des Betreiber-/ Entsorgungsvertrages (vgl. oben B.I.1.d.aa.).
- Geringe Verbindlichkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages mit Blick auf den Fortgang des „BioReg“-Projektes (vgl. oben B.I.1.d.bb.).

II. Vergleich weiterer Organisationsformen

Nachfolgend stellen wir dar, welche Formen der institutionalisierten Zusammenarbeit für die Landkreise Lörrach und Waldshut in Betracht kommen.

1. Gemeinsames kommunales Unternehmen (GmbH)

Die Landkreise könnten ein gemeinsames kommunales Unternehmen in der Rechtsform einer GmbH gründen. In Abstimmung mit den Grundstückseigentümern würde der GmbH die Verfügungsbefugnis über die Anlagengrundstücke übertragen; ferner würde die GmbH von den Landkreisen mit der Aufgabe der Bioabfallverwertung beauftragt. Die GmbH würde die Errichtung und den Betrieb der Anlage sowie die gemeinsame Bioabfallverwertung öffentlich ausschreiben und den Anlagenbetrieb nach Ablauf der Vertragslaufzeit ggf. übernehmen. Zur Veranschaulichung siehe zunächst nachfolgendes Schaubild:



a) Kommunalrechtliche Zulässigkeit

Landkreise dürfen sich zur Erledigung ihrer Angelegenheiten gemäß § 48 LKrO BW in Verbindung mit § 102 GemO BW zwar wirtschaftlich betätigen; die Errichtung von Unternehmen, wie bspw. einer gemeinsamen GmbH, ist jedoch grundsätzlich nur unter engen Voraussetzungen zulässig.

Gemäß § 102 Abs. 1 GemO BW muss der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigen und das Unternehmen muss nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit des Landkreises sowie zum voraussichtlichen Bedarf stehen; darüber hinaus darf der öffentliche Zweck bei einem Tätigwerden außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge nicht besser und wirtschaftlicher durch einen privaten Dritten erfüllt werden (können).

Für eine von den Landkreisen Lörrach und Waldshut gegründete, mit Aufgaben der Bioabfallverwertung betraute GmbH würden die vorgenannten Anforderungen hingegen nicht gelten, da der Bereich der kommunalen Daseinsvorsorge berührt ist und Unternehmen, zu deren Betrieb die Landkreise gesetzlich verpflichtet sind, gemäß § 102 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 GemO BW nicht in den Anwendungsbereich des § 102 Abs. 1 GemO BW fallen.

Die gemeinsame GmbH müsste gleichwohl nach Maßgabe der in §§ 103, 103a und 104 GemO BW festgelegten Voraussetzungen errichtet werden. Der Beschluss der Landkreise über die Gründung einer gemeinsamen GmbH müsste gemäß § 108 GemO BW der Rechtsaufsichtsbehörde unter Nachweis der Einhaltung der gesetzlichen Voraussetzungen vorgelegt werden.

Von einer Wiedergabe der Inhalte der vorgenannten Regelungen sehen wir an dieser Stelle ab. Die Voraussetzungen dürften

von einer gemeinsamen GmbH der Landkreise aber ohne Weiteres erfüllt werden, da die Gesellschaft ausschließlich zur Erfüllung des öffentlichen Zweckes (Bioabfallverwertung) tätig würde und keine privaten Akteure an der Gesellschaft beteiligt wären.

b) Vergaberecht

Das Vergaberecht spielt bei der Gründung einer gemeinsamen GmbH in zweierlei Hinsicht eine Rolle:

aa) Beauftragung der Gesellschaft durch die Landkreise

Die gemeinsame GmbH müsste von den Landkreisen mit der Verwertung der Bioabfälle beauftragt werden. Anders als beim Zweckverband (vgl. unten B.II.2.b.) kann eine (Teil-)Aufgabe der öffentlichen Abfallentsorgung nicht auf ein Unternehmen in Privatrechtsform übertragen werden.

Die Beauftragung der Gesellschaft richtet sich nach den Vorschriften der Auftragsvergabe im Oberschwellenbereich (Auftragswert über 215.000 Euro, §§ 97 ff. GWB).

Ein Vergabeverfahren ist im vorliegenden Fall aber nicht durchzuführen, da die Voraussetzungen des § 108 Abs. 4, 5 GWB („Inhouse-Vergabe“) erfüllt sind.

Nach § 108 Abs. 4 GWB sind die Vergaberegeln der §§ 97 ff. GWB nicht anzuwenden auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen, bei denen

„1. der öffentliche Auftraggeber gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern über die juristische Person eine ähnliche Kontrolle ausübt wie jeder der öffentlichen Auftraggeber über seine eigenen Dienststellen,

2. mehr als 80 Prozent der Tätigkeiten der juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von

den öffentlichen Auftraggebern oder von einer anderen juristischen Person, die von diesen Auftraggebern kontrolliert wird, betraut wurde, und

3. an der juristischen Person keine direkte private Kapitalbeteiligung besteht; Absatz 1 Nummer 3 zweiter Halbsatz gilt entsprechend."

Eine gemeinsame Kontrolle im Sinne von § 108 Abs. 4 Nr. 1 GWB besteht gemäß § 108 Abs. 5 GWB, wenn

„1. sich die beschlussfassenden Organe der juristischen Person aus Vertretern sämtlicher teilnehmender öffentlicher Auftraggeber zusammensetzen; ein einzelner Vertreter kann mehrere oder alle teilnehmenden öffentlichen Auftraggeber vertreten,

2. die öffentlichen Auftraggeber gemeinsam einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person ausüben können und

3. die juristische Person keine Interessen verfolgt, die den Interessen der öffentlichen Auftraggeber zuwiderlaufen."

Die gemeinsame GmbH der Landkreise Lörrach und Waldshut würde die o.g. Voraussetzungen erfüllen. Eine gemeinsame Kontrolle im Sinne des § 108 Abs. 4 Nr. 1 GWB wäre gegeben, da die Geschäftsführung und die Gesellschafterversammlung der GmbH ausschließlich aus Vertretern der Landkreise Lörrach und Waldshut bestehen, diese die strategische Entwicklung und die wesentlichen Entscheidungen der GmbH ausschließlich beeinflussen und die GmbH ausschließlich im Interesse der Landkreise (Bioabfallverwertung) tätig wird. Da die GmbH, neben der Bioabfallverwertung, keine anderen Aufgaben übernehmen würde und eine private Kapitalbeteiligung nicht besteht, wären auch die Voraussetzungen des § 108 Abs. 4 Nr. 2 und 3 GWB erfüllt.

Die gemeinsame GmbH könnte von den Landkreisen ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens mit der Bioabfallverwertung beauftragt werden. Die gemeinsame GmbH könnte ihrerseits die erforderlichen Vergaben zur Errichtung und Betreibung der Bioabfallverwertungsanlage durchführen.

bb) Gesellschaft als öffentlicher Auftraggeber

Die gemeinsame Gesellschaft wäre gemäß § 99 Nr. 2 lit. a) GWB selbst öffentlicher Auftraggeber. Die GmbH wäre somit verpflichtet, die Leistungen der Errichtung und des Betriebes der Vergärungsanlage sowie der Verwertung der Bioabfälle aus den Landkreisen gemäß den Vorgaben der §§ 97 ff. GWB in einem europaweiten Ausschreibungsverfahren zu vergeben.

c) Kommunalabgabenrecht

Die gemeinsame Gesellschaft wäre verpflichtet, dem Auftragnehmer die Kosten der Leistungserbringung (Errichtung und Betrieb der Vergärungsanlage; Bioabfallverwertung) gemäß den Bestimmungen des Betreiber-/ Entsorgungsvertrages zu erstatten.

Die Landkreise würden der Gesellschaft die o.g. Aufwendungen anteilig erstatten. Grundsätzlich sind Aufwendungen, die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern aufgrund einer Drittbeauftragung entstehen, in der Kalkulation der Abfallgebühren ansatzfähig (§§ 14, 18 KAG BW). Der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger muss allerdings nachweisen können, dass die Kosten dem Grunde und der Höhe nach erforderlich und angemessen sind.

Die Erforderlichkeit und Angemessenheit der Kosten für die Errichtung und den Betrieb der Anlage und die Bioabfallverwertung ist gegeben, wenn die Leistungserbringung durch den Anlagenbetreiber auf der Grundlage eines ordnungsgemäß durchgeführten Vergabeverfahrens beruht.

Im Verhältnis der gemeinsamen Gesellschaft und den Landkreisen muss die Erforderlichkeit und Angemessenheit der Entgelte – da ein Vergabeverfahren nicht erforderlich ist (vgl. oben B.II.1.b.) – auf Grundlage der Regelungen des öffentlichen Preisrechts (VO PR Nr. 30/53 in Verbindung mit LSP-Grundsätzen) nachgewiesen werden. Die gemeinsame GmbH muss gegenüber den Landkreisen also kostendeckende Entgelte auf der Basis von Selbstkostenpreisen erheben. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Kosten der Verwertung der Bioabfälle den jeweiligen Anlieferungsmengen Lörrach/ Waldshut entspricht.

d) Fortgang des „BioReg“-Projektes

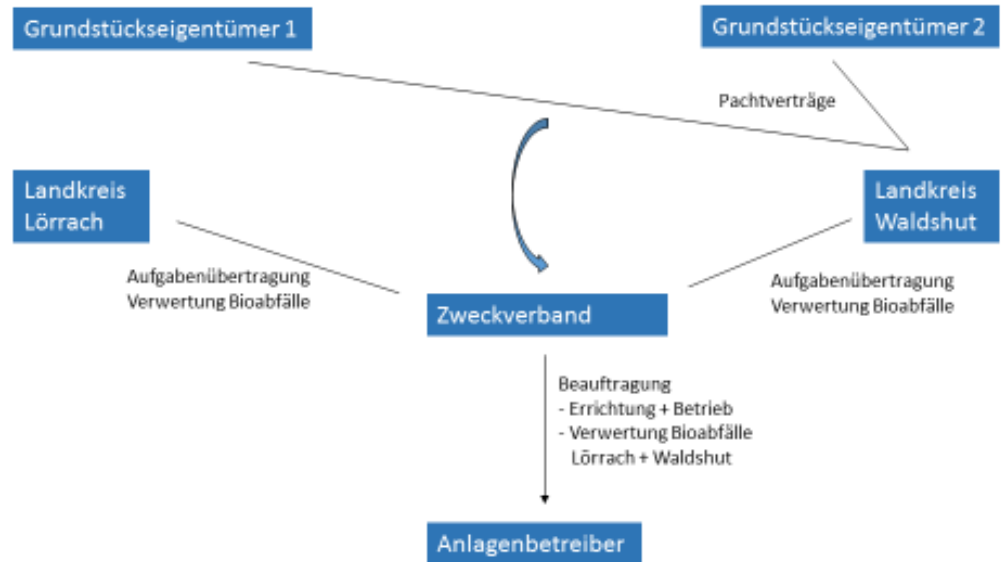
Nach Ablauf des Betreiber-/ Entsorgungsvertrages würde – gemäß entsprechender vertraglicher Regelung – das Nutzungsrecht des Anlagenbetreibers am Grundstück entfallen; die gemeinsame GmbH wäre als Erbbauberechtigte über die Vergärungsanlage allein Verfügungsberechtigt.

Über den Fortgang des „BioReg“-Projektes würden die Landkreise – eine Verteilung der Gesellschaftsanteile im Verhältnis 50:50 unterstellt – in der Gesellschafterversammlung gleichberechtigt bestimmen. Der Gesellschaftsvertrag wäre das maßgebliche Steuerungsinstrument, um das Verhältnis der Einflussnahme durch die Landkreise auszutarieren. Mit Blick auf eine etwaige Übernahme des Anlagenbetriebes nach Ablauf der Vertragslaufzeit könnten im Gesellschaftsvertrag verbindliche Verantwortlichkeiten der Landkreise (z.B. regelmäßige Evaluierung der Entsorgungssituation, Abstimmungspflichten etc.) geregelt werden.

2. Zweckverband

Denkbar wäre auch die Gründung eines Zweckverbandes zwischen den Landkreisen Lörrach und Waldshut. In dieser Konstellation gibt es einige Ähnlichkeiten zur gemeinsamen GmbH (vgl. oben B.II.1.), aber auch Unterschiede. In der Zweckverbandskonstellation könnten die

Landkreise die Aufgabe der Bioabfallverwertung auf den Zweckverband übertragen und dieser würde die hierfür erforderlichen Leistungen (Errichtung und Betrieb der Anlage; Verwertung der Bioabfälle) öffentlich ausschreiben. Vgl. zur Veranschaulichung auch das folgende Schaubild:



a) Kommunalrechtliche Zulässigkeit

Die Gründung des Zweckverbandes würde auf Grundlage der §§ 6 ff. GKZ BW erfolgen. Die Landkreise müssten eine Verbandssatzung vereinbaren, in der v.a. die Verbandsmitglieder, die Aufgaben des Zweckverbandes und der Maßstab festgelegt werden, nach dem die Verbandsmitglieder zur Deckung des Finanzbedarfs beizutragen haben (vgl. zu weiteren Anforderungen § 6 Abs. 2 GKZ BW).

Die Gründung eines Zweckverbandes bedarf gemäß § 7 Abs. 1 GKZ BW der Genehmigung durch die Rechtsaufsichtsbehörde.

b) Vergaberecht

Nachfolgend zeigen wir auf, ob die Betrauung des Zweckverbandes mit den Aufgaben der Bioabfallverwertung durch die Landkreise einen vergabepflichtigen Vorgang darstellt (hierzu aa.) und an welche Vorgaben der Zweckverband bei der Auftragsvergabe an den Anlagenbetreiber gebunden ist (hierzu bb.).

aa) Aufgabenübertragung auf den Zweckverband

Die Landkreise könnten die ihnen jeweils obliegende Aufgabe der Bioabfallverwertung auf den Zweckverband übertragen.

Die Übertragung einer dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger obliegenden Aufgabe auf einen Zweckverband ist unter bestimmten Voraussetzungen, die der EuGH in seiner jüngeren Rechtsprechung herausgearbeitet hat, ohne vorherige Durchführung eines Vergabeverfahrens zulässig. Konkret sieht der EuGH in einer Vereinbarung zwischen zwei Gebietskörperschaften, auf deren Grundlage diese einen Zweckverband gründen und diesem Befugnisse zuweisen, die bisher den Körperschaften oblagen und fortan zu eigenen Aufgaben des Zweckverbandes werden, keinen öffentlichen Auftrag.

- Vgl. *EuGH*, Urteil vom 21.12.2016, Rs. C-51/15, NZBau 2017, 105, Rn. 55 – Remondis. -

Damit eine Aufgabenübertragung im Zweckverband nicht als öffentlicher Auftrag im Sinne der §§ 97, 99 GWB anzusehen ist, sind an die Gestaltung der Zweckverbandssatzung jedoch die nachfolgenden Anforderungen zu stellen:

Erforderlich ist, dass die Gebietskörperschaften die Kompetenzen betreffend die Erfüllung öffentlicher Aufgaben auf den Zweckverband übertragen. Eine Beauftragung reicht nicht aus. Es ist vielmehr erforderlich, dass die Gebietskörperschaften alle mit der Kompetenz verbundenen Zuständigkeiten als auch die damit einhergehenden Befugnisse auf den Zweckverband übertragen, so dass dieser über eine eigene Entscheidungsbefugnis und über eine finanzielle Unabhängigkeit verfügt.

- Vgl. *EuGH*, Urteil vom 21.12.2016, Rs. C-51/15, NZBau 2017, 105, Rn. 55 – Remondis. -

Für einen Zweckverband zwischen den Landkreisen Lörrach und Waldshut bedeutet das, dass die Zweckverbandsmitglieder die bislang eigenständig wahrgenommene Aufgabe der Verwertung von Bioabfällen umfassend auf den Zweckverband übertragen müssten.

Eine Einmischung der Landkreise in konkrete Modalitäten der Aufgabendurchführung wäre ausgeschlossen. Anders als bei einer Beauftragung könnten sich die Zweckverbandsmitglieder keine Weisungs- oder Überwachungsrechte vorbehalten. Dem *EuGH* zufolge muss der Zweckverband die alleinige Befugnis besitzen, die sich aus der Kompetenzübertragung ergebenden Aufgaben zu organisieren und den diese Aufgaben betreffenden rechtlichen Rahmen zu schaffen.

Das Satzungsrecht gegenüber den Bürgern ist somit auf den Zweckverband zu übertragen. Einfluss können die Verbandsmitglieder nur noch eingeschränkt über die aus Vertretern der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger bestehende Verbandsversammlung nehmen.

Dem *EuGH* zufolge muss sich die Unabhängigkeit des Zweckverbandes – neben der Aufgabenwahrnehmung – auch auf dessen Finanzierung erstrecken. In der Entscheidung zur Rechtssache „Remondis“ hat der *EuGH* dargelegt, dass eine finanzielle Unabhängigkeit jedenfalls nicht erfüllt ist, wenn sich die ursprünglich für die Durchführung der Aufgabe zuständige Stelle die Verantwortung bzw. die Kontrolle über die Finanzierung des Zweckverbandes vorbehält.

- Vgl. *EuGH*, Urteil vom 21.12.2016, Rs. C-51/15, NZBau 2017, 105, Rn. 49 – Remondis. -

Darüber hinaus ist es dem EuGH zufolge aber vor allem erforderlich, dass die Mitglieder des Zweckverbandes nicht in entgeltlichen, vertragsähnlichen Leistungsbeziehungen zueinanderstehen. Erforderlich ist eine Umverteilung der für die Ausübung der hoheitlichen Befugnis bislang verwendeten Mittel von den bislang zuständigen auf die nunmehr zuständige Stelle.

Eine unabhängige Finanzierung ist jedenfalls gewährleistet, wenn der Zweckverband – in Ausübung der ihm übertragenen hoheitlichen Tätigkeit – Gebühren von seinen Zweckverbandsmitgliedern erhebt. Ob eine mengenabhängige, in der Verbandssatzung vereinbarte Umlagefinanzierung ebenfalls im Rahmen finanzieller Unabhängigkeit erfolgt oder bereits als entgeltliches Leistungsverhältnis (und damit als öffentlicher Auftrag) zu qualifizieren ist, hat der EuGH noch nicht entschieden.

Würden die Landkreise Lörrach und Waldshut einen Zweckverband gründen und diesem die Aufgabe der Bioabfallverwertung vollständig (einschließlich Gebührenhoheit und Satzungsrecht) übertragen, stellt diese Aufgabenübertragung keinen vergabepflichtigen öffentlichen Auftrag dar.

bb) Beauftragung des Zweckverbandes

Wird dem Zweckverband die Aufgabe der Bioabfallverwertung nicht nach Maßgabe der vom EuGH aufgestellten Voraussetzungen (vgl. vorangehend aa.) übertragen, so kommt eine Beauftragung des Zweckverbandes in Betracht.

Für diese gelten grundsätzlich die Vorschriften des Vergaberechts (§§ 97 ff. GWB). Eine vergabefreie Beauftragung des Zweckverbandes kommt nur unter den in § 108 Abs. 6 GWB enthaltenen Voraussetzungen in Betracht.

Verträge zwischen zwei oder mehreren öffentlichen Auftraggebern sind hiernach vergabefrei, wenn

„1. der Vertrag eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern begründet oder erfüllt, um sicherzustellen, dass die von ihnen zu erbringenden Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden,

2. die Durchführung der Zusammenarbeit nach Nummer 1 ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt wird und

3. die öffentlichen Auftraggeber auf dem Markt weniger als 20 Prozent der Tätigkeiten erbringen, die durch die Zusammenarbeit nach Nummer 1 erfasst sind.“

Die Zweckverbandssatzung muss hiernach ein „kooperatives Konzept“ aufweisen. Der Wortlaut des § 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB spricht von einer „Zusammenarbeit“ der beteiligten öffentlichen Auftraggeber und setzt voraus, dass die Erbringung der Dienstleistungen durchgeführt wird, um „gemeinsame Ziele“ zu erreichen. Der Rechtsprechung zufolge reicht hierfür eine „Leistung gegen Entgelt-Beziehung“ der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger nicht aus. Aus der Zweckverbandssatzung müsste hervorgehen, dass die Landkreise in gleicher Weise dauerhafte Beiträge zur Förderung einer gemeinsamen Bioabfallverwertung leisten.

Die darüber hinausgehenden Anforderungen des § 108 Abs. 6 Nr. 2 und 3 GWB dürften die Landkreise vorliegend erfüllen, da sie im Bereich der Bioabfallverwertung unseiner Kenntnis nach keine Tätigkeiten am Markt erbringen.

cc) Zweckverband als öffentlicher Auftraggeber

Der Zweckverband wäre – wie auch die GmbH (vgl. oben B.II.1.b.bb.) – gemäß § 99 Nr. 2 lit. a) GWB öffentlicher

Auftraggeber. Er wäre somit verpflichtet, die Leistungen der Errichtung und des Betriebes der Vergärungsanlage sowie der Verwertung der Bioabfälle aus den Landkreisen gemäß den Vorgaben der §§ 97 ff. GWB in einem europäischen Ausschreibungsverfahren zu vergeben.

c) Kommunalabgabenrecht

Der Zweckverband würde dem Auftragnehmer die Kosten der Leistungserbringung (Errichtung und Betrieb der Vergärungsanlage; Bioabfallverwertung) gemäß den Bestimmungen des Betreiber-/ Entsorgungsvertrages erstatten.

Die Landkreise würden dem Zweckverband die o.g. Aufwendungen im Fall einer Beauftragung des Zweckverbandes anteilig erstatten. Hier gelten die o.g. Ausführungen zur gemeinsamen GmbH sinngemäß (vgl. oben B.II.1.c.).

Im Fall einer Aufgabenübertragung würden die Landkreise Lörrach und Waldshut jeweils eine Umlage an den Zweckverband entrichten bzw. dieser würde Gebühren von den Landkreisen erheben. Auch diese Aufwendungen könnten in der Kalkulation der Abfallgebühren zum Ansatz gebracht werden.

d) Fortgang des „BioReg“-Projektes

Mit Blick auf den Fortgang des „BioReg“-Projektes kann auf die Ausführungen zur gemeinsamen kommunalen Gesellschaft verwiesen werden (vgl. oben B.II.1.d.).

3. Gemeinsame selbständige Kommunalanstalt

Ergänzend weisen wir noch auf die Möglichkeit die Errichtung einer gemeinsamen selbständigen Kommunalanstalt gemäß § 24a GKZ BW) hin.

Bei einer gemeinsamen selbständigen Kommunalanstalt handelt es sich um eine rechtsfähige AöR, deren Träger – anders als bei der selbständigen Kommunalanstalt i.S.d. § 102a GemO BW – mehrere Gemeinden oder Landkreise sind.

Gemäß § 24a Abs. 1 Satz 3 GKZ BW gelten die §§ 102a, 102b und 102d GemO BW für die gemeinsame selbständige Kommunalanstalt entsprechend. Das bedeutet, dass für die Errichtung einer gemeinsamen selbständigen Kommunalanstalt dieselben Anforderungen wie für die Errichtung einer selbständigen Kommunalanstalt gelten, zum Beispiel das Genehmigungserfordernis gegenüber der Rechtsaufsichtsbehörde.

In vergaberechtlicher Hinsicht ist zu beachten, dass es gemäß § 24a Abs. 1 Satz 3 GKZ BW i.V.m. § 102a Abs. 5 Satz 1 und 4 GemO BW möglich ist, die Satzungs- und Gebührenhoheit auf die gemeinsame selbständige kommunale Anstalt zu übertragen. Wird die Wahrnehmung der Aufgabe Bioabfallverwertung demnach vollständig auf die gemeinsame selbständige kommunale Anstalt übertragen und erhebt diese zur Finanzierung von ihren Mitgliedern Gebühren, ist – analog zur Rechtsprechung des EuGH bei Zweckverbänden – davon auszugehen, dass ein Vergabeverfahren mangels Vorliegen eines öffentlichen Auftrages nicht durchzuführen ist (vgl. oben B.II.2.b.).

4. Bewertung

Bei vergleichender Betrachtung der vorangehend unter B.II. dargestellten Organisationsformen, erscheint uns die Gründung einer gemeinsamen kommunalen Gesellschaft mit Blick auf die von den Landkreisen im „BioReg“-Projekt verfolgten Ziele sachgerecht.

- Für die Gründung einer GmbH (und gegen die Gründung eines Zweckverbandes oder einer gemeinsamen kommunalen Anstalt) spricht zunächst, dass der Gründungsaufwand einer GmbH deutlich geringer ist als bei den anderen Organisationsformen.

Die GmbH-Gründung ist der Rechtsaufsichtsbehörde lediglich anzuzeigen, Zweckverband und AöR sind genehmigungspflichtig.

- Angesichts der Tatsache, dass die Landkreise eine interkommunale Zusammenarbeit nur im Bereich der Bioabfallverwertung (und nicht auch hinsichtlich der Verwertung anderer Abfallfraktionen) planen und einen gemeinsamen Anlagenbetrieb nach Ablauf

des Betreiber-/ Entsorgungsvertrages lediglich erwägen, erscheint eine grundlegende Neuordnung der Organisation der Abfallentsorgung in den Landkreisen (die bspw. mit der Zweckverbandsgründung durch eine Aufgabenübertragung einhergehen würde) nicht geboten.

- Auch mit Blick auf Haftungsfragen dürfte die Gründung einer GmbH zweckmäßiger sein. Die Haftung ist hier auf das Stammkapital (25.000 Euro) begrenzt, wohingegen der Zweckverband für seine Verbindlichkeiten unbegrenzt haftet.
- Mit Blick auf das Vergaberecht kommt der „Vorteil“ des Zweckverbandes bzw. der gemeinsamen Kommunalanstalt – Vergabefreiheit bei Aufgabenübertragung – in der vorliegenden Konstellation nicht zum Tragen. Denn auch die Beauftragung der gemeinsamen GmbH kann gemäß § 108 Abs. 4, 5 GWB vergabefrei erfolgen, da keine privaten Akteure beteiligt sind.
- Eine sachgerechte Verteilung der Möglichkeiten der Einflussnahme durch die beiden Landkreise lässt sich in einer GmbH (über die Gesellschafteranteile, aber auch durch die interne Geschäftsverteilung) ebenso gewährleisten wie im Zweckverband oder der AöR.
- Hinsichtlich der Kreditfähigkeit ist darauf hinzuweisen, dass Zweckverbände und gemeinsame kommunale Anstalten eigenständig Kredite aufnehmen können. Eigengesellschaften von Kommunen erhalten aber ebenso Kommunalkredite, oftmals zu besonders günstigen Konditionen.
- Mit der Wahl der gemeinsamen GmbH lassen sich die Landkreise zudem die Möglichkeit offen, zu einem späteren Zeitpunkt einen privaten Akteur in die Zusammenarbeit einzubeziehen (Umwandlung der GmbH in eine ÖPP-GmbH). Dies wäre in einem Zweckverband nur in den Grenzen des § 2 Abs. 2 Satz 2 GKZ BW möglich, wonach juristische Personen des Privatrechts Mitglied eines Freiverbandes nur sein können, wenn die Erfüllung der Verbandsaufgaben dadurch gefördert wird und Gründe des öffentlichen Wohls nicht entgegenstehen.

- Mit Blick auf das Umsatzsteuerrecht ist darauf hinzuweisen, dass auf die im Rahmen der Drittbeauftragung (Betreiber-/ Entsorgungsvertrag) vereinbarten Entgelte die Umsatzsteuer gemäß §§ 2, 2b UStG zu entrichten ist. Dem Bundesministerium der Finanzen zufolge führt der Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages grundsätzlich zur Steuerbarkeit der Leistung.

- Vgl. *BMF*, Schreiben vom 20.02.2020, Gz.: III C 2-S 7107/19/10009: 003. -

Die Landkreise würden die Entgelte nebst Umsatzsteuer im Fall einer Beauftragung der gemeinsamen Gesellschaft bzw. des Zweckverbandes oder der gemeinsamen selbständigen Kommunalanstalt anteilig erstatten oder im Fall einer Aufgabenübertragung anteilig in die Erhebung der Umlage einbeziehen.

III. Sonderfrage: Kostenfreie Bereitstellung der Fläche/ Infrastruktur für Auftragnehmer

Sie hatten nachgefragt, ob die Landkreise Lörrach und Waldshut die Kosten für die Nutzung der Fläche untereinander ausgleichen und dem Anlagenbetreiber die Fläche kostenfrei zur Verfügung stellen können.

Grundsätzlich spricht aus unserer Sicht nichts hiergegen. Würden die Landkreise nur auf der Grundlage eines öffentlich-rechtlichen Vertrages zusammenarbeiten, könnten sie den o.g. „Kostenausgleich“ vertraglich regeln, bei einer institutionalisierten Zusammenarbeit würde dies im Rahmen des Gesellschaftsvertrages geschehen.

Bei durch die öffentliche Hand gewährten Vergünstigungen ist aber immer noch das europäische Beihilferecht zu beachten. Hiernach ist es unzulässig, den Wettbewerb dadurch zu verzerren, dass einem Unternehmen selektiv eine Vergünstigung ohne entsprechende Gegenleistung eingeräumt wird.

Da der hier gewährte Nachlass im Vorfeld des Vergabeverfahrens erfolgt (durch das der Wettbewerb gewährleistet wird) und zugunsten aller potentieller Auftragnehmer wirkt, sehen wir aber keinen Verstoß gegen beihilferechtliche Regelungen.

C. Ergebnis

Wir fassen zusammen:

Die aus unserer Sicht sachgerechteste Form der Kooperation ist die Gründung einer kommunalen Gesellschaft (GmbH), mit der die Landkreise Lörrach und Waldshut die Ziele des „BioReg“-Projektes verfolgen (vgl. hierzu ausführlich B.II.4.).

Die Zusammenarbeit im Zweckverband oder in einer gemeinsamen kommunalen Anstalt wäre ebenfalls möglich, hätte aber – da die Landkreise eine gemeinsame GmbH ohnehin vergabefrei beauftragen können (vgl. hierzu B.II.1.b.aa.) – keine nennenswerten Vorteile. Wenn Sie zur Abgrenzung zwischen Zweckverband und gemeinsamer kommunaler Anstalt ergänzende Hinweise wünschen, teilen Sie uns dies bitte mit.

Eine Zusammenarbeit allein auf der Grundlage eines öffentlich-rechtlichen Vertrages wäre denkbar, aber nicht zu empfehlen. Gegen diese Form der Zusammenarbeit spricht maßgeblich die – im Vergleich zu institutionalisierten Kooperationsformen – geringere Verbindlichkeit der Vereinbarungen (vgl. hierzu ausführlich B.I.2.).

In jedem Fall sollten die Pachtverhältnisse zwischen den Grundstückseigentümern und dem Landkreis Waldshut in Erbbaurechtsverhältnisse umgewandelt werden, da nur so eine ausschließliche Grundstücks- und Anlagennutzung durch die Landkreise nach Ablauf des Betreiber-/ Entsorgungsvertrages ermöglicht wird. Der Landkreis Lörrach sollte hierbei die gleichen Rechtspositionen wie der Landkreis Waldshut erhalten (vgl. hierzu B.I.1.a/b) bzw. das Erbbaurecht – bei Wahl einer institutionalisierten Kooperationsform – gleich zugunsten einer gemeinsamen GmbH bzw. eines Zweckverbandes oder einer gemeinsamen kommunalen Anstalt bestellt werden.