

Gutachterliche Stellungnahme

zu

vergaberechtlichen, gesellschaftsrechtlichen und kommunalwirtschaftsrechtlichen Rechtsfragen und Möglichkeiten betreffend die Zulässigkeit der gemeinsamen Verwertung von Bioabfällen in einer neu zu errichtenden Biovergärungsanlage

vorgelegt von

Dr. Dominik R. Lück, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Vergaberecht

Christine Radeloff, Rechtsanwältin

Köhler & Klett Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

Köln, August 2019

Inhalt

A.	Sachverhalt.....	3
B.	Fragenkomplexe der rechtsgutachterlichen Beurteilung.....	5
1.	Vergaberechtlicher Teil	5
2.	Gesellschaftsrechtlicher Teil.....	5
3.	Kommunalwirtschaftsrechtlicher Teil	5
4.	Preisrechtlicher Teil	5
C.	Rechtliche Ausführungen.....	6
I.	Vergaberechtlicher Teil	6
1.	Zulässigkeit Beschaffungs Kooperation	6
2.	Vergabepflicht: Gründung oder Beteiligung an einer GmbH.....	7
3.	Vergabepflicht: Erwerb des Grundstückes.....	9
4.	Vergabepflicht: Beauftragung der Verwertungsleistungen	9
II.	Gesellschaftsrechtlicher Teil.....	23
1.	Die öffentlich-rechtliche Form der AÖR.....	24
2.	Privatrechtliche Form der GmbH	28
3.	Fazit	32
III.	Kommunal-wirtschaftsrechtlicher Teil	32
1.	Wirtschaftliche Betätigung.....	33
2.	Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung.....	35
IV.	Preisrecht.....	42
V.	Zusammenfassung.....	44

A. Sachverhalt

Die Landeshauptstadt Wiesbaden und der Landkreis Groß-Gerau erfassen bereits seit einigen Jahren die Bioabfälle in ihrem jeweiligen Entsorgungsgebiet getrennt.

Die Entsorgungsbetriebe der Landeshauptstadt Wiesbaden (im Folgenden: ELW) – ein Eigenbetrieb der Stadt Wiesbaden - führt für die Landeshauptstadt Wiesbaden die Erfassung und den Umschlag betreffend die Bioabfälle durch. Die Verwertung erfolgt in einer bestehenden Anlage, in welche die Abfallfraktionen transportiert werden. Daneben ist die MBA Wiesbaden GmbH (im Folgenden: MBA GmbH) eine 100%-ige Tochtergesellschaft der Stadt Wiesbaden. Sie wurde zu dem Zweck gegründet, die Behandlung und Verwertung von Abfällen zu gewährleisten, die ihr von der Stadt Wiesbaden überlassen werden. Das Drittgeschäft der MBA GmbH ist geringer als 20 % ihres Gesamtumsatzes.

Für den Landkreis Groß-Gerau sind dem Zweckverband Riedwerke Kreis Groß-Gerau die Entsorgungsleistungen übertragen worden. Dieser wiederum hat die AWS Abfall-Wirtschafts-Service GmbH (im Folgenden: AWS) mit der den Erfüllungsleistungen, die sich aus der Entsorgungspflicht begründen, beauftragt. Sie erfüllt somit operativ die Entsorgung der Bioabfälle. Ein Teil der im Landkreis Groß-Gerau getrennt erfassten Bioabfälle werden im Kreisgebiet kompostiert. Der restliche Anteil wird ebenfalls in bestehende Biovergärungsanlagen verbracht. Sowohl von der Stadt Wiesbaden als auch vom Landkreis Groß-Gerau werden dieselben Biovergärungsanlagen dritter Gebietskörperschaften genutzt. Die Leistungen werden bisher im Rahmen interkommunaler Zusammenarbeit erbracht.

Die AWS ist eine 100 %-ige Tochter des Zweckverbandes Riedwerke Kreis Groß-Gerau. Dieser dient als Holding und agiert über eine Vielzahl von Tochter- und Beteiligungsgesellschaften. Der Zweckverband ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts im Sinne des Gesetzes über kommunale Gemeinschaftsarbeit des Landes Hessen (KGG), dem satzungswise die Aufgabe der Abfallentsorgung vom Landkreis Groß-Gerau vollständig übertragen wurde. Verbandsmitglieder sind ausschließlich öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaften. Die

Riedwerke sind als kommunaler Zweckverband organisiert, wobei der Kreis Groß-Gerau mit 51 % und die übrigen Städte und Gemeinden mit 49 % beteiligt sind.

Die AWS ist nahezu ausschließlich für den Landkreis Groß-Gerau verantwortlich und generiert weniger als 20 % ihres Umsatzes aus Drittgeschäften.

Die ELW erfasst ca. 20.000 t und die AWS ca. 30.000 t an Bioabfällen im Jahr, von denen Letztere einen Anteil von ca. 20.000 t pro Jahr für die zu errichtende Biovergärungsanlage zur Verfügung stellen wird. Die Gebietskörperschaften gehen davon aus, dass die Gesamtmenge somit von 40.000 t/a bis auf 50.000 t/a steigen kann.

Die Gebietskörperschaften überdenken derzeit eine Möglichkeit, durch Bau einer eigenen Biovergärungsanlage die Verwertung im Rahmen eines kommunalen Zusammenwirkens in eigener Verantwortung zu erbringen.

Auf der Grundlage einer vorab erstellten technischen und wirtschaftlichen Machbarkeitsstudie kämen zwei Standorte für die Anlage in Betracht. Einer ist im Gemeindegebiet des Landkreises Groß-Gerau und der andere im Stadtgebiet Wiesbaden gelegen. Im Rahmen der wirtschaftlichen Betrachtung hat sich herausgestellt, dass der Standort im Stadtgebiet Wiesbaden einen größeren Vorteil aufweist. An zusätzliche Kosten sind lediglich der Erwerb des betreffenden Grundstückes und etwaige Transportkosten aus dem Gemeindegebiet der AWS angegeben. Soweit erforderlich, wird mithin unterstellt, die Biovergärungsanlage wird im Stadtgebiet Wiesbaden auf dem angrenzenden Gelände der Deponie Dyckerhoffbruch errichtet.

Die kommunale Kooperation soll über eine gemeinsam zu gründende GmbH erfolgen, an welcher die MBA GmbH und die AWS jeweils zu 50 % beteiligt sein sollen.

Daraus ergeben sich mit Blick auf die rechtliche Umsetzbarkeit des Vorhabens sowohl vergaberechtliche, preisrechtliche, gesellschaftsorganisatorische als auch kommunalwirtschaftsrechtliche Fragenkomplexe.

B. Fragenkomplexe der rechtsgutachterlichen Beurteilung

1. Vergaberechtlicher Teil

Aus vergaberechtlicher Sicht ist zu prüfen, ob die Gründung einer öffentlich-öffentlichen-Partnerschaft und Beauftragung dieser mit der Entsorgung von Bioabfällen ausschreibungspflichtig ist.

2. Gesellschaftsrechtlicher Teil

Aus gesellschaftsorganisatorischer Sicht ist darzustellen, in welcher Rechtsform die öffentlich-öffentliche-Partnerschaft ausgestaltet werden soll.

3. Kommunalwirtschaftsrechtlicher Teil

Darüber hinaus soll die Errichtung der Biovergärungsanlage, der Betrieb dieser und damit die Erbringung von Entsorgungsleistungen für die betroffenen Kommunen durch eine einzurichtende oder neu organisierte juristische Person erfolgen. Thematisiert wurde dabei als vorzugswürdige Variante die Gründung bzw. Neuorganisation einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (im Folgenden: GmbH). Diesbezüglich ist darzustellen, ob aus kommunalwirtschaftsrechtlicher Sicht diese Form der juristischen Personen des Privatrechtes entweder im Wege der Neugründung oder der Beteiligung an einer bestehenden Gesellschaft zulässig ist.

4. Preisrechtlicher Teil

Im Zusammenhang mit der Beauftragung der zu gründenden juristischen Person bleibt zu beleuchten, ob diese preisrechtlichen Bindungen unterliegt.

C. Rechtliche Ausführungen

I. Vergaberechtlicher Teil

Mit Blick auf die gemeinsame Erledigung der Aufgabe der Verwertung von kommunal erfassten Bioabfällen ist zunächst zu prüfen, ob eine gemeinsame, d. h. gebündelte Beschaffung dieser Auftragsleistung zulässig ist. Sodann ist zu erläutern, welchen vergaberechtlichen Anforderungen die gemeinschaftliche Beauftragung der Entsorgungsleistung einschließlich Bau einer Biovergärungsanlage unterliegt.

1. Zulässigkeit Beschaffungskooperation

Auf der Grundlage des einleitend ausgeführten Sachverhaltes ist festzustellen, dass die Stadt Wiesbaden und der Landkreis Groß-Gerau über den Zweckverband Riedwerke – dem die Entsorgungspflicht übertragen wurde - die Leistung der Bioabfallverwertung gemeinschaftlich vergeben möchten. Insofern ist zunächst zu fragen, ob aus vergaberechtlichen und kartellrechtlichen Erwägungen einer sogenannten Beschaffungskooperation Bedenken gegenüberstehen. Faktisch wird durch die gebündelte Beschaffung bezogen auf die Verwertung der Bioabfälle der existierende Nachfragewettbewerb beschränkt. Durch die Bündelung wird der Markt der Nachfrager begrenzt, auf den die Anbieter ausweichen können, so dass auf horizontaler Ebene kartellrechtlich relevantes Zusammenwirken im Sinne des § 1 GWB und Art. 101 Abs. 1 AEUV gegeben ist.¹ Nach den europaweit geltenden Horizontalleitlinien werden Einkaufskooperationen aber als „normalerweise wettbewerbsfördernd“ angesehen, wodurch nach wie die Möglichkeit zur Einkaufskooperation gegeben sein soll.²

¹ Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2014, § 1 GWB Rn. 233.

² Mattfeld, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 1, 5. Auflage 2019, § 33 Rn. 37 unter Bezugnahme auf die Mitteilung der Kommission – Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1; so auch schon: BGH Urteil vom 12.11.2002 – KZR 11/01.

Maßgebend ist, ob die Einkaufsvereinbarung dem Grund nach als Mittel zur Verschleierung eines Kartells benutzt wird, um verbotene Formen wie Preisfestsetzung, Beschränkung der Produktion oder Zuteilung von Märkten durchzusetzen und nicht, um eine gemeinsame Beschaffung effizienter durchzuführen.³ Davon kann vorliegend nicht ausgegangen werden. Vielmehr wird nachweisbar die Bündelung der Beschaffung von Entsorgungsleistungen durchgeführt, um diese überhaupt wirtschaftlich und finanziell tragbar sowie effizient zu gestalten. Die auch nur mittelbar bezweckte Bewirkung von Praktiken, die die Marktgegebenheiten determinieren, ist in keiner Weise erkennbar. Demnach sind keine kartellrechtliche Gründe erkennbar, welche der gebündelten Nachfrage durch die Stadt Wiesbaden und dem Landkreis Groß-Gerau bzw. den Zweckverband Riedwerke entgegenstehen können.

Festzustellen ist vielmehr, dass eine Bildung von Einkaufskooperationen der öffentlichen Hand an praktischer Bedeutung zugenommen hat.⁴ Unabhängig von der Frage, inwieweit kartellrechtliche Erwägungen einer Kontrolle durch die vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen unterfallen können, wird mangels entgegenstehender Erwägungen die gemeinsame Beschaffung von öffentlichen Auftraggebern regelmäßig als vergaberechtlich zulässig anerkannt.⁵ Vor diesem Hintergrund ist mangels konkreter Indizien eine vergaberechtliche Zulässigkeit bezogen auf die gemeinsame Beschaffung der Entsorgungsleistungen über eine gemeinsam beherrschte juristische Person anzunehmen.

2. Vergabepflicht: Gründung oder Beteiligung an einer GmbH

Im Weiteren ist zu prüfen, ob die gemeinschaftliche Einrichtung einer juristischen Person des Privatrechts einen dem Vergaberecht unterfallenden Be-

³ Mitteilung der Kommission – Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. 2011 C 11/1, Rn. 205.

⁴ Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Auflage 2014, § 1 GWB Rn. 233.

⁵ OLG Schleswig, Beschluss vom 30.10.2012 – 1 Verg 5/12; vgl. VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 12.04.2017 – 3 VK LSA 07/17; VK Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 09.08.2018 – VK 2-11/18.

schaffungsvorgang darstellt. Nach § 97 Abs. 1 GWB sind allein öffentliche Aufträge im Wege eines transparenten Verfahrens gemäß den Vorgaben des vierten Teils des GWB zu vergeben. Damit wird eine Vergabepflicht allein dann ausgelöst, wenn die Gründung der juristischen Person einen öffentlichen Auftrag im Sinne des § 103 Abs. 1 GWB begründet. Danach sind öffentliche Aufträge entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die Lieferungen von Waren, Dienstleistungen oder die Ausführung von Bauleistungen zum Gegenstand haben.

Die betroffenen Kommunen sind zunächst gemäß § 99 Nr. 1 GWB öffentlich-rechtlich geprägte Gebietskörperschaften und damit als öffentliche Auftraggeber zu qualifizieren. Der Zweckverband Riedwerke ist ein Verband nach § 99 Nr. 3 GWB und damit ebenfalls öffentlicher Auftraggeber. Desgleichen sind die AWS und MBA GmbH als 100 %-ige Tochtergesellschaften öffentlicher Auftraggeber selbst nach § 99 Nr. 2 GWB als öffentlicher Auftraggeber zu qualifizieren. Zweifelsohne wurden diese Gesellschaften, welche vollständig von öffentlichen Auftraggebern nach § 99 Nr. 1 bis 3 GWB gehalten werden, ausschließlich zu dem Zwecke der Erbringung von im Allgemeininteresse liegender Aufgaben nicht-gewerblicher Art gegründet. Sie sind daher öffentliche Auftraggeber.

Zudem müsste die Gründung der neuen GmbH aber auch eine Beschaffung von Leistungen gemäß § 103 Abs. 1 GWB darstellen. Daran fehlt es in der Regel bei einem bloßen Vorgang der Gründung juristischer Personen oder auch hinsichtlich der Veräußerung eines Gesellschaftsanteils. Insofern ist anerkannt, dass dem Abschluss eines Gesellschaftsvertrages und der bloßen Veräußerung von Gesellschaftsanteilen keine Beschaffung innewohnt und diese somit keinen vergabepflichtigen Auftrag begründen.⁶ Danach kann allein in dem Vorhaben der Gründung einer juristischen Person des Privatrechtes oder der Übertragung von Gesellschaftsanteilen an dieser noch kein vergabepflichtiger Vorgang erkannt werden.

⁶ OLG Brandenburg, Beschluss vom 03.08.2001 – Verg 3/01, NZBau 2001, 645, 646; EuGH, Urteil vom 10.11.2005 - C-29/04, NZBau 2005, 704.

3. Vergabepflicht: Erwerb des Grundstückes

Im Zuge der Anlagenerrichtung ist es weiterhin erforderlich, dass das betreffende Grundstück, angrenzend an die Deponie Dykerhoffbruch von der einzurichtenden juristischen Person (GmbH) erworben wird. Hierin könnte eine entgeltliche Beschaffung im Sinne des § 103 Abs. 1 GWB gesehen werden. Allerdings ist nach § 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB die Anwendung des vierten Teils des GWB auf solche öffentlichen Aufträge ausgeschlossen, die den Erwerb oder die Pacht von Grundstücken zum Gegenstand haben. Daher ist der bloße Vorgang des Erwerbs der notwendigen Grundstücksflächen als vergaberechtlich neutral anzusehen.

4. Vergabepflicht: Beauftragung der Verwertungsleistungen

Einer differenzierten vergaberechtlichen Beurteilung unterliegt allerdings die Gründung der Gesellschaft oder der Veräußerung von Anteilen an einer solchen, soweit diese mit einer tatsächlichen Beschaffung von Leistungen verbunden wird. Im Falle einer sogenannten eingekapselten Beschaffung infiziert diese das gesamte Vorhaben.⁷ Wird demnach die Einrichtung einer juristischen Person oder die Veräußerung von Anteilen an dieser mit dem Zweck der gleichzeitigen Erbringung von Dienstleistungen verbunden, sei es auch über einen gestreckten Zeitraum, kann insgesamt ein vergaberechtlich relevanter Beschaffungsvorgang vorliegen.⁸ Insofern scheidet eine Vergabepflicht nur dann aus, wenn die Anteilsveräußerung bzw. Gründung der juristischen Person nicht in einem inhaltlichen und zeitlichen Zusammenhang stehen.⁹

Vorliegend beabsichtigen die Stadt Wiesbaden und der Landkreis Groß-Gerau über ihre Tochtergesellschaften eine juristische Person gerade zu dem Zweck zu gründen bzw. neu zu organisieren, eine Biovergärungsanlage zu errichten

⁷ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.06.2007 – Verg 2/07, NZBau 2007, 530, 531.

⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 10.11.2005 – C-29/04 – „Stadt Mödling“.

⁹ Eschenbruch, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB, 4. Auflage 2016 § 103 Rn. 116.

und im Nachgang die in den Kommunen getrennt erfassten Bioabfälle zu verwerten. Beschaffungsgegenstand ist somit die Errichtung einer Biovergärungsanlage und die Erbringung von Verwertungsleistungen. Damit liegt grundsätzlich ein beschaffungsbezogener Vorgang vor. Insofern bleibt zu erörtern, ob dieser als öffentlicher Auftrag im Sinne des § 103 Abs. 1 GWB zu qualifizieren ist und damit einer Vergabepflicht unterliegt.

a) Öffentlicher Auftrag

Nach § 103 Abs. 1 GWB ist ein öffentlicher Auftrag ein entgeltlicher Vertrag zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die Lieferungen von Waren, Dienstleistungen oder die Ausführung von Bauleistungen zum Gegenstand haben. Vorliegend soll die zu gründende juristische Person durch die Stadt Wiesbaden und den Landkreis Groß-Gerau dauerhaft mit der Erbringung von Entsorgungsleistungen beauftragt werden. Zu diesem Zweck soll durch diese zuvor eine Biovergärungsanlage errichtet werden, welche die Kapazitäten an getrennt gesammelten Bioabfällen der betroffenen Gebietskörperschaften verwerten kann. Die Errichtung der Biovergärungsanlage soll lediglich zum Zwecke der eigentlich zu beauftragenden Verwertungsleistungen erfolgen. Vergleichbar den sogenannten Contracting-Verträgen aus dem Energielieferungsbereich ist die durchzuführende Bauleistung somit lediglich Mittel der eigentlichen Leistungserbringung. Mithin liegt der Schwerpunkt der zu erbringenden Leistung, welche durch die zu gründende Gesellschaft erbracht werden soll, in Durchführung von Entsorgungsleistungen. Diese sind nach § 103 Abs. 4 GWB als Dienstleistungen einzustufen. Damit dient die vorgesehene Beauftragung der juristischen Person der Beschaffung von Dienstleistungen durch die Stadt Wiesbaden und den Landkreis Groß-Gerau. Diese soll auch entgeltlich erfolgen. In Anbetracht der bezweckten Dauerhaftigkeit der Beauftragung ist auch von einer deutlichen Überschreitung des derzeit für Dienstleistungen geltenden Schwellenwertes in Höhe von 221.000 € netto durch den Auftragswert auszugehen.

Nach alledem ist grundsätzlich von einem vergabepflichtigen Auftrag bezogen auf die zu vergebenden Entsorgungsleistungen auszugehen. Aufgrund der

Überschreitung des Schwellenwertes würde dieser Vorgang nach § 106 Abs. 1 GWB grundsätzlich der Pflicht zur Anwendung des vierten Teils des GWB unterliegen.

b) Ausnahme: Inhouse-Vergabe

Die Pflicht zur Durchführung eines Vergabeverfahrens nach §§ 97 ff. GWB entfällt lediglich dann, wenn die ihr in Rede stehende Beauftragung einen Ausnahmetatbestand begründet. In Betracht kommt insofern eine Vergabefreiheit aufgrund eines Inhouse-Geschäftes. Nach § 108 Abs. 4 GWB ist der vierte Teil des GWB nicht auf die Vergabe öffentlicher Aufträge anzuwenden, bei denen der öffentliche Auftraggeber zwar über die ausführende juristische Person keine eigenständige Kontrolle ausübt, aber

- 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 (Kontrollkriterium),
 - 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 (Wesentlichkeitskriterium),
- und
- an der juristischen Person keine direkte private Kapitalbeteiligung besteht.

Die nunmehr in § 108 Abs. 1, 4 GWB geregelten Kriterien der Inhouse-Vergabe wurden in der grundlegenden Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Teckal¹⁰ entwickelt, wonach das Vorliegen eines sogenannten In-House-Geschäftes sowohl an das Kontrollkriterium als auch an das Wesentlichkeitskriterium geknüpft ist. Diese wurden in ständiger Rechtsprechung des EuGH bestätigt und weiterentwickelt. Die Gesamtheit der Anwendungsausnahmen vom förmlichen Vergaberecht im Falle der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit setzen zwingend voraus, dass keine Wettbewerbsverzerrung im Verhältnis zu

¹⁰ EuGH, Urteil vom 18.11.1999 – C-107/98.

privaten Wirtschaftsteilnehmern hervorgerufen wird, in dem etwa private Dienstleister bessergestellt werden als deren Wettbewerber.

Bezogen auf den vorliegend in Rede stehenden Sachverhalt ist im Einzelnen zu den kumulativ geforderten Bedingungen eines zulässigen In-House-Geschäftes Folgendes auszuführen:

(1) Kontrollkriterium

Das Kontrollkriterium setzt prinzipiell eine vollständige Kontrolle der beauftragten Einrichtung durch verschiedene öffentliche Auftraggeber voraus.¹¹ Typischerweise kann bei einem Unternehmen in der Trägerschaft mehrerer Auftraggeber keiner von ihnen individuell die Kontrolle über das Unternehmen ausüben.¹² Danach sind nach § 108 Abs. 5 GWB zur Bejahung des Kontrollkriteriums als zentrale Voraussetzung der Inhouse-Beauftragung an ein durch mehrere öffentliche Auftraggeber gehaltenes Unternehmen folgende Bedingungen gestellt:

- Die beschlussfassenden Organe der juristischen Person müssen sich aus Vertretern sämtlicher teilnehmender öffentlicher Auftraggeber zusammensetzen; wobei ein einzelner Vertreter mehrere oder alle teilnehmenden öffentlichen Auftraggeber vertreten kann,
- die öffentlichen Auftraggeber müssen gemeinsam einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person ausüben können,

und

- die juristische Person darf keine Interessen verfolgen, die den Interessen der öffentlichen Auftraggeber zuwiderlaufen.

Die vorliegend genannten Voraussetzungen zur Bestätigung einer hinreichenden Kontrolle der öffentlichen Auftraggeber über das fragliche Unternehmen

¹¹ EuGH, Urteil vom 11.01.2005 – C-26/03 „Stadt Halle“.

¹² Ziekow, NZBau 2015, 258, 262.

müssen kumulativ vorliegen. Dabei ergibt sich zunächst grundlegend aus diesen, dass jegliche private Beteiligung, die nicht aus der Funktion als öffentlicher Auftraggeber begründet wird – sei es auch eine nachträgliche Einbeziehung von Fremdkapital¹³ an dem Unternehmen - zu einem Verlust der In-House-Fähigkeit führt.¹⁴ Der EuGH hat der Beteiligung Privater jüngst noch deutlicher eine Absage erteilt. In der Entscheidung vom 19.06.2014 erklärte der EuGH, dass eine In-House-Vergabe nicht möglich ist, da der Auftragnehmer eine Vereinigung ist, zu der auch private Sozialträger gehören¹⁵. Beachtenswert ist diese Entscheidung insbesondere deshalb, da sowohl die Vereinigung als auch ihre (privaten) Mitglieder keiner Gewinnerzielungsabsicht unterworfen waren. Allein die Tatsache, dass Mitglieder privatrechtlich organisiert seien, reiche aus, um das Beherrschungsmerkmal zu verneinen.¹⁶ Denn auch die Ziele einer gemeinnützigen Einrichtung seien nicht mit denen einer öffentlich-rechtlichen Einrichtung vergleichbar.

Das Beherrschungskriterium verlangt jedoch nicht nur in prozessualer Hinsicht eine Kontrolle, sondern vielmehr muss diese auch strukturell und funktionell,¹⁷ mithin effektiv ausgeübt werden. Dies konkretisierte der EuGH zuletzt in einer Entscheidung vom 29.11.2012 für gemischt-öffentliche Unternehmen¹⁸ und stellte dabei klar, dass auch bei Minderheitsbeteiligungen eines solchen Unternehmens die In-House-Vergabe eine effektive Möglichkeit einer gemeinsamen Beherrschung voraussetzt.¹⁹ Eine solche Kontrolle sei nur dann gegeben, wenn jede einzelne Stelle sowohl am Kapital als auch an den Leitungsorganen der Einrichtung beteiligt sei. Nicht ausreichend sei dagegen, wenn lediglich der Mehrheitsanteilseigner die Kontrolle ausübe, da dies das Konzept der gemeinsamen Kontrolle aushöhle.²⁰

¹³ EuGH, Urteil vom 13.10.2005 – C-458/03 „Parking Brixen“.

¹⁴ Raabe, VergabeR 2012, 697, 702.

¹⁵ EuGH, Urteil vom 19.06.2014 – C-574/12 „Centro Hospitalar“.

¹⁶ Vgl. EuGH, Urteil vom 19.06.2014 – C-574/12 „Centro Hospitalar“.

¹⁷ EuGH, Urteil vom 17.07.2008 – C-371/05 „Kommission/Italien“.

¹⁸ Bereits mit der Entscheidung „Coditel“ (C-324/07) vom 13.11.2008 entschied der EuGH, dass auch kommunale Gemeinschaftsunternehmen In-House fähig sind, vgl. dazu nur: Krohn, NZBau 2009, 222 ff.

¹⁹ EuGH, Urteil vom 29.11.2012 – C-182/11 und C-183/11 „Econord“.

²⁰ EuGH, Urteil vom 29.11.2012 – C-182/11 und C-183/11 „Econord“.

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH und nunmehr ausdrücklicher Regelung in § 108 Abs. 5, 2. HS GWB ist für das Vorliegen des Beherrschungs- und Kontrollkriteriums durch mehrere Auftraggeber jedenfalls erforderlich, dass die betreffende Einrichtung einer Kontrolle unterliegt, die es den öffentlichen Auftraggebern ermöglicht, auf ihre Entscheidungen einzuwirken. Dabei muss die Möglichkeit gegeben sein, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen dieser Einrichtung ausschlaggebend Einfluss zu nehmen. Dies bedeutet, dass die öffentlichen Auftraggeber in die Lage versetzt werden müssen, eine strukturelle und funktionelle Kontrolle über die betreffende Einrichtung auszuüben.²¹ Das bedeutet, sie müssen gemeinschaftlich einen bestimmenden Einfluss auf das Verhalten der Tochtergesellschaft ausüben können und tatsächlich ausüben.²² Insoweit ist ein bestimmender Einfluss auf die Geschäftspolitik im weiteren Sinne ausreichend; die Ausübung der Funktion als Leitungs- und Koordinierungsinstanz genügt.²³

Das OLG Düsseldorf hat diese Voraussetzung in einer Entscheidung vom 30.01.2013²⁴ dahingehend präzisiert, dass der erforderliche Einfluss jedenfalls bei einer gemischt-öffentlichen GmbH dann hinreichend auch bei einer Minderheitsbeteiligung gewahrt ist, wenn die Minderheitsgesellschafter an der Entscheidungsfindung in der Gesellschafterversammlung teilhaben können, die Gesellschafterversammlung die Geschäftsführung kontrolliert bzw. ihr gegenüber weisungsbefugt ist, eine Teilhabe am Aufsichtsrat gegeben ist und die Minderheitsbeteiligten jedenfalls bei Bündelung ihrer Stimmen ein Vetorecht ausüben können.²⁵ Eine Beteiligung an der Geschäftsführung hält das Gericht dagegen für nicht erforderlich.

²¹ Vgl. dazu EuGH, Urteil vom 29.11.2012 – C-182/11 „Econord“; vgl. dazu auch Geitel, NZBau 2013, 483 ff. (484); vgl. auch Gruneberg/Wilden, ZfBR 2013, 438, 439 f.

²² Vgl. EuGH, Urteil vom 10.09.2009, C-97/08 P; Urteil vom 20.01.2011, C-90/09 P; EuG, Urteil vom 29.06.2012, T-360/09.

²³ Vgl. EuG, Urteil vom 29.06.2012, T-360/09.

²⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.01.2013 – VII-Verg 56/12.

²⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.01.2013 – VII-Verg 56/12.

(2) Wesentlichkeitskriterium

Das Wesentlichkeitskriterium setzt voraus, dass die Tätigkeiten der „In-House-Einrichtung“ im Wesentlichen für die öffentlichen Auftraggeber erfolgen müssen. Das Tätigkeitsfeld ist demnach auf die durch die kontrollausübenden Einrichtungen vergebenen öffentlichen Aufträge beschränkt. Der Zugriff bzw. Rückgriff auf eigene „Mittel“ – was der Grundgedanke der Inhouse-Vergabe ist – kann dem öffentlichen Auftraggeber faktisch nur dann offenstehen, wenn die kontrollierte Einrichtung keine (bzw. nur unwesentliche) Marktausrichtung besitzt, indem sie selbst nicht wesentlich auf dem Markt tätig ist und daher nicht mit anderen Unternehmen im Wettbewerb tritt oder potentiell treten kann.²⁶ Jede „andere Tätigkeit“ des Auftragnehmers muss folglich rein nebensächlicher Art sein. Die Ermittlung des Wesentlichkeitskriteriums erfordert qualitative wie quantitative Aspekte.

In quantitativer Hinsicht hat sich dabei das Verhältnis Eigen- zu Fremdgeschäft im Bereich von 80/20 durchgesetzt, § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Überwiegend wird diesbezüglich auf den Umsatz des Unternehmens abgestellt. Dies ergibt sich bereits aus § 108 Abs. 7 Satz 1 GWB, in dem zur näheren Erläuterung des prozentualen Anteils auf den durchschnittlichen Gesamtumsatz der letzten drei Jahre vor Vergabe des öffentlichen Auftrags abgestellt wird. Soweit für die letzten drei Jahre keine Angaben über den Umsatz oder einen geeigneten alternativen tätigkeitsgestützten Wert vorliegen, soll es genügen, wenn der tätigkeitsgestützte Wert insbesondere durch Prognosen über die Geschäftsentwicklung glaubhaft gemacht wird, § 108 Abs. 7 Satz 3 GWB.

Dabei ist zudem zu beachten, dass für den sogenannten Eigengeschäftsanteil derjenige Umsatz ausschlaggebend ist, den das fragliche Unternehmen aufgrund der – fiktiven – Vergabeentscheidung der kontrollierenden Körperschaft erzielt und zwar einschließlich des Umsatzes, der in Ausführung solcher Entscheidungen aufgrund von Konzessionen oder anderen von der Körperschaft eingegangenen Rechtsbeziehungen erbracht wird.²⁷ Unerheblich ist dabei, an

²⁶ EuGH, Urteil vom 11.05.2006 – C-340/04 „Carbotermo“.

²⁷ EuGH, Urteil vom 11.05.2006 – C-340/04 „Carbotermo“.

wen die Leistung als „Begünstigten“ erbracht wird, „wer das betreffende Unternehmen vergütet“ (z. B. Dritte als Nutzer) und auf das „Gebiet“, in dem die Leistungen erbracht werden.²⁸ Das bedeutet, dass die Rechtsbeziehungen und damit die Leistungserbringungen nicht unbedingt ausschließlich innerhalb der kommunalen Kooperation erfolgen müssen, sondern dass auch Leistungen gegenüber Dritten erbracht werden können, sofern sie ihre Grundlagen in der hoheitlichen Aufgabenwahrnehmung haben.

Maßgebend ist insofern in qualitativer Hinsicht, dass die eingeschalteten kommunalen Unternehmen bzw. öffentlichen Einrichtungen keine Marktausrichtung besitzen und damit als Wettbewerbsteilnehmer angesehen werden. Keine Marktausrichtung oder Wettbewerbsrelevanz hat das Tätigkeitsportfolio des Leistungserbringers im Falle der sog. Auftraggeberzentrierung, also bei einer vollständigen bzw. nahezu vollständigen Ausrichtung seiner Tätigkeiten auf den Beschaffungsbedarf des bzw. der öffentlichen Auftraggeber.²⁹ Die nationale Rechtsprechung hat in den letzten Jahren das Wesentlichkeitskriterium in qualitativer Hinsicht weiter konkretisiert. So entschied 2010 das OLG Hamburg,³⁰ dass für das Vorliegen des Wesentlichkeitskriteriums maßgeblich ist, ob die Umsätze, die das kommunale Unternehmen für den öffentlichen Auftraggeber erzielt, auf einer Vergabeentscheidung des öffentlichen Auftraggebers beruhen. Dies sei dann nicht der Fall, wenn auf einem liberalisierten Markt, wie z. B. dem Strom- und Gasmarkt, bei dem die verschiedenen Anbieter der Leistung in einem Wettbewerb zueinander stehen, die Entscheidung, von wem die Leistungen bezogen werden, allein in der Sphäre des privaten Nutzers liege. Die in diesem Bereich erzielten Umsätze des kommunalen Unternehmens könnten nicht dem öffentlichen Auftraggeber zugerechnet werden. Ausgenommen davon seien allein Dienstleistungen, zu deren Annahme die Nutzer, z. B. durch einen Anschluss- und Benutzungszwang, verpflichtet seien.³¹

²⁸ Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, *GWB*, 5. Auflage 2014, § 99, Rn. 126.

²⁹ Dreher, in: Immenga/Mestmäcker, *GWB*, 5. Auflage 2014, § 99, Rn. 126.

³⁰ OLG Hamburg, Beschluss vom 14.12.2010 – 1 Verg 5/10.

³¹ Zur Rechtsprechung des OLG Hamburg vgl. nur: Schröder, *NVwZ* 2011, 776 ff.; Scharf/Dierkes, *NZBau* 2011, 271 ff.; Seidel, *IR* 2011, 341 ff.; Gruneberg/Wilden, *VergabeR* 2012, 149 ff.; Tomerius, *VergabeR* 2015, 373 (376) m.w.N.

Bestätigt und konkretisiert wurde diese Rechtsprechung zuletzt durch das OLG Frankfurt am Main in einem Beschluss vom 30.08.2011.³² Darin stellten die Richter klar, dass für die Prüfung des Vorliegens des Wesentlichkeitskriteriums alle Umsätze eines Unternehmens und nicht nur die einzelne Sparte zu berücksichtigen sind. Diese Rechtsprechung ist insbesondere für kommunale Unternehmen, die ihre Leistungen in den liberalisierten Bereichen der Daseinsvorsorge, wie der Gasversorgung, erbringen und in diesem Zusammenhang in einem erheblichen Umfang Verträge mit Privatkunden abschließen, von hoher Bedeutung. Aber auch in einer Sparte, die nicht dem liberalisierten Markt angehört, wie z. B. der Wasser- oder Abfallentsorgung, in der grundsätzlich eine In-House-Beauftragung möglich wäre, liegen die Voraussetzungen eines In-house-Geschäftes dann nicht vor, wenn das Unternehmen zugleich auf den liberalisierten Märkten Dienstleistungen erbringt, die über 100 % des nicht-liberalisierten Umsatzes darstellen, wovon in der Regel eher bei kommunalen Stadtwerken auszugehen ist.³³

Eine weitere Konkretisierung erfuhr das Wesentlichkeitskriterium durch die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 28.07.2011,³⁴ welches entschied, dass für die Bewertung des Wesentlichkeitskriteriums zudem eine qualitative Betrachtung der Leistungen, die das kommunale Unternehmen für den öffentlichen Auftraggeber erbringt, erforderlich sei. So müsse es sich bei der Aufgabe, die das Unternehmen im Wege der In-House-Vergabe erbringe, um eine hoheitliche Aufgabe handeln. Handelt es sich dagegen um die Wahrnehmung eines Fremdgeschäftes, müsse dieses auch bei dem kommunalen Unternehmen als Fremdgeschäft berücksichtigt werden. Die In-House-Fähigkeit eines Unternehmens ist folglich nicht nur dann gefährdet, wenn es Drittgeschäfte tätigt. Eine Gefährdung der Inhouse-Fähigkeit ist vielmehr gegeben, sobald ein „Fremdgeschäft“ des Auftraggebers durchgereicht wird.³⁵

³² OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 30.08.2011 – 11 Verg 3/11.

³³ Vgl. dazu Gruneberg/Wilden, VergabeR 2012, 149 ff.; EuGH, Urteil vom 19.04.2007 – C-295/05 „Asemfo/Tragsa“, Rn. 63.

³⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.07.2011 – VII-Verg 20/11.

³⁵ Vgl. dazu Mager, NZBau 2012, 25 ff.; Dünchheim/Bremke, KommJur 2012, 128 ff.; Gruneberg/Wilden, VergabeR 2012, 149 ff.

In diesem Zusammenhang neigt aber im Bereich der Abfallwirtschaft das OLG Celle dazu, nur die Annahme und Verwertung solcher Abfälle als Tätigkeit für die kontrollierenden Körperschaften zu behandeln, für die eine Annahmepflicht nach § 20 KrWG besteht.³⁶ Demnach gelten alle Umsätze, welche aus der Entsorgung der überlassungspflichtigen Abfälle herrühren, als Eigengeschäft. Zuvor hatte der Vergabesenat des OLG Celle in Bezug auf das Wesentlichkeitskriterium zur Bestimmung des maßgeblichen Fremdotsatzes bereits eine neue wirtschaftliche Betrachtungsweise zur Zulässigkeit der In-House-Beauftragung aufgestellt.³⁷ Demnach sind nach Ansicht des OLG Celle bei der Bestimmung des Fremdotsatzes auch diejenigen Umsätze mit zu berücksichtigen, die das beauftragte Unternehmen über ihre Tochtergesellschaften (100 % Eigentum) am Markt durch Geschäfte mit Dritten generiert; denn auch insoweit ist der öffentliche Auftragnehmer nicht nur im staatlichen Bereich tätig.³⁸ Wie das OLG Celle weiter ausführt, ist bei der Überprüfung des Wesentlichkeitskriteriums maßgeblich, dass alle quantitativen wie qualitativen Umstände des Einzelfalles in den Blick genommen werden. Daher sei insbesondere die arbeitsteilige öffentliche Darstellung der Unternehmen, deren gesellschaftsrechtliche Aufspaltung sowie betriebswirtschaftliche Aufteilung (zum einen die Zuständigkeit für überlassungspflichtige kommunale Abfälle, zum anderen die Zuständigkeit für gewerblichen Abfälle) ein wesentliches Indiz gegen die getrennte Betrachtungsweise beider Unternehmen, was sich letztlich auch und gerade in einem konsolidierten Abschlussbericht beider Gesellschaften widerspiegelt.³⁹ In dem vom OLG Celle zu entscheidenden Fall fasste der Geschäftsbericht die Ertragslage beider Gesellschaften zusammen und gruppeninterne Vorgänge wurden eliminiert.⁴⁰ Als zusätzliches Indiz für die Zurechnung führte das OLG Celle an, dass das Tochterunternehmen nur mit personeller und sachlicher Ausstattung der Muttergesellschaft arbeitsfähig war.⁴¹ Bezogen auf einen etwaigen „inhouse-schädigenden“ Fremdotsatz von Tochterunternehmen stellt der Vergabesenat in Düsseldorf indes ebenfalls klar, dass darunter

³⁶ OLG Celle, EuGH-Vorlage vom 17. 12. 2014 – 13 Verg 3/13.

³⁷ OLG Celle, Beschluss vom 29.10.2009 – 13 Verg 8/09.

³⁸ OLG Celle, Beschluss vom 29.10.2009 – 13 Verg 8/09.

³⁹ OLG Celle, Beschluss vom 29.10.2009 – 13 Verg 8/09.

⁴⁰ OLG Celle, Beschluss vom 29.10.2009 – 13 Verg 8/09.

⁴¹ OLG Celle, Beschluss vom 29.10.2009 – 13 Verg 8/09.

jedoch nur solche Tätigkeiten zu fassen sind, die nicht für den Auftraggeber oder ihm zuzurechnende Stellen, sondern für private Dritte erbracht werden.⁴²

(3) Keine direkte Beteiligung eines privaten Dritten

Schließlich darf kein privater Dritter unmittelbar an dem Unternehmen beteiligt sein; welches in-house beauftragt werden soll, § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB.

§ 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB knüpft an die mit der „Stadt Halle“-Entscheidung⁴³ begründete Judikatur des Gerichtshofs an, eine auch nur minderheitliche Beteiligung Privater an der beauftragten Einrichtung schließe die Annahme eines In-House-Geschäfts aus. Maßgeblich für die Sichtweise des EuGH ist, dass Private andere Interessen verfolgen und im Fall einer Direktvergabe zudem einen ungerechtfertigten Vorteil gegenüber ihren Wettbewerbern erlangen.⁴⁴

Demnach soll sichergestellt werden, dass eine vom Anwendungsbereich ausgenommene In-House-Vergabe keine Wettbewerbsverzerrung im Verhältnis zu privaten Wirtschaftsteilnehmern zur Folge hat, indem ein privater Dienstleister bessergestellt wird als sein Wettbewerber. Der Grund hierfür ist darin zu sehen, dass In-House-Geschäfte vom Vergaberecht befreit sind, da sie keine Marktberührung aufweisen, sondern die Aufgabenerledigung im Binnenverhältnis mehrerer Verwaltungsträger betreffen und damit eine Form der Eigen erledigung darstellen.⁴⁵

(4) Bezugnahme auf das Vorhaben

Zunächst ist eine hinreichende Kontrolle über die zu gründende oder die neu zu organisierende Gesellschaft erforderlich. Es ist beabsichtigt, dass die Stadt

⁴² OLG Düsseldorf, Beschluss vom 02.11.2016 - Verg 23/16

⁴³ EuGH, Urteil vom 11.01.2005 – C-26/03.

⁴⁴ Gurlit in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1: GWB 4. Teil, 3. Auflage 2017, § 108, Rn. 17 ff.

⁴⁵ Vgl. Ziekow in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 108, Rn. 46 ff.

Wiesbaden über die MBA GmbH und der Landkreis Groß-Gerau über den Zweckverband Riedwerke mit der AWS jeweils zu 50 % an der gemeinsamen Einrichtung beteiligt werden. Damit sind die öffentlichen Auftraggeber als alleinige Gesellschafter in der Gesellschafterversammlung als beschlussgebendes Gremium vertreten. Insbesondere der Zweckverband Riedwerke weist keine Beteiligung privaten Kapitals auf. Zudem sind dieser im entsprechenden Umfang Weisungsrechte und Einflussnahmen einzuräumen. Durch den Gesellschaftsvertrag ist sicherzustellen, dass als Gesellschaftsgegenstand der Betrieb der konkreten Biovergärungsanlage und die Erbringung der Entsorgungsleistungen für die öffentlichen Auftraggeber bestimmt wird. Etwaige Drittgeschäfte sind dem Umsatz nach auf ein Maß von unter 20 % zu begrenzen.

Im Rahmen der tatsächlichen Tätigkeit der betreffenden Gesellschaft sind Fremdgeschäfte mit dem Ziel der Einhaltung der Wesentlichkeitsgrenze auf ein Minimum zu beschränken. Zudem ist sicherzustellen, dass im Falle der Erbringung von Drittgeschäften eine strikte Trennung der hoheitlichen und gewerblichen Bereiche innerhalb der Gesellschaft vorgenommen wird. Auf diese Weise ist ein hinreichend nachvollziehbarer Nachweis über die Umsätze und Leistungen, die für Dritte erbracht werden, gegeben. Eine konsequente Trennung hat sich dabei an gesellschaftsrechtlichen, vertragsrechtlichen, technischen und wirtschaftlichen Maßstäben zu orientieren. Dabei gilt, je strikter die Trennung vom hoheitlichen und gewerblichen Bereich, desto geringer sind die vergaberechtlichen Risiken.

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die Stadt Wiesbaden und der Landkreis Groß-Gerau sich jeweils 50 % über weitere Tochter- und Enkelgesellschaften an der zu gründenden Gesellschaft beteiligen. Der Landkreis Groß-Gerau ist dabei über den Zweckverband Riedwerke als 100 %-iger Inhaber der Gesellschaftsanteile an der AWS beteiligt. Der Zweckverband dient als Holding und agiert über eine Vielzahl von Tochter- und Beteiligungsgesellschaften. Diesem sind satzungswise die Aufgabe der Abfallentsorgung vom Landkreis Groß-Gerau vollständig übertragen worden. Der Zweckverband Riedwerke ist als kommunaler Zweckverband organisiert, wobei der Kreis Groß-Gerau mit 51 % und die übrigen Städte und Gemeinden mit 49 % beteiligt sind. Es ist davon auszugehen, dass eine Beteiligung an der neuen Einrichtung über die

AWS mit einem Umfang von 50 % erfolgen soll. Eine hinreichende Kontrolle wird anerkanntermaßen aber auch über die gesellschaftliche Hierarchie von Muttergesellschaft über Tochter- und Enkelgesellschaften ausgeübt. Gemäß § 108 Abs. 2 Satz 2 GWB ist im Grundsatz anerkannt, dass die Kontrolle auch durch eine andere juristische Person ausgeübt werden kann, die von dem öffentlichen Auftraggeber auf gleiche Weise kontrolliert wird. Der Landkreis Groß-Gerau besitzt die Mehrheit der Anteile an dem Zweckverband und dieser wiederum 100 % der Anteile an der AWS. Dadurch dürfte eine hinreichende Kontrollstruktur des Landkreises Groß-Gerau über den Zweckverband und die AWS gegeben sein. Die Stadt Wiesbaden hat über ihre 100 %-ige Tochtergesellschaft MBA GmbH unmittelbare Weisungsbefugnis und damit eine erforderliche Kontrolle.

Zudem ist weiter sicherzustellen, dass weder an dem Zweckverband noch an der AWS privates Kapital beteiligt wird.

Hinsichtlich des Wesentlichkeitskriteriums ist auf Seiten des Landkreises Groß-Gerau die konzernartige Struktur über den Zweckverband als Holding zu beachten. Dieser hält Anteile an verschiedenen Beteiligungsgesellschaften, an denen zum Teil auch privates Kapital beteiligt ist. Da in der unmittelbaren Kontrollhierarchie keine Beteiligung privaten Kapitals vorliegt, dürfte dadurch keine Relevanz für die Inhouse-Fähigkeit gegeben sein. Etwas anderes könnte mit Blick auf die Erfüllung des Wesentlichkeitskriteriums gegeben sein. Diesbezüglich ist zu hinterfragen, ob neben den Tätigkeiten für der AWS über den Zweckverband als Holding Umsätze weiterer Beteiligungen Relevanz aufweisen. Erheblich ist insofern die bereits erwähnte strikte gesellschaftsorganisatorische Trennung. Für eine Trennung von hoheitlichen und gewerblichen Bereichen in einem kommunalen Konzern sprechen die vom EuGH entwickelten Grundsätze zur vergaberechtlichen Beurteilung von Konzernstrukturen. Danach sind nämlich vergaberechtlich auch innerhalb von Konzernen Unternehmen rechtlich selbständig oder getrennt voneinander zu betrachten. Eine „*die Grenzen der jeweiligen Organisation überschreitende Infizierung*“ findet nicht

statt.⁴⁶ Zwar ist die „Infizierungstheorie“ anhand der Frage entwickelt worden, ob eine Muttergesellschaft mit der nicht gewerblichen Tätigkeit einer ihrer Tochtergesellschaften, die als öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB zu qualifizieren ist, mit der Konsequenz infiziert wird, dass auch die Mutter als öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Vergaberechts anzusehen ist.⁴⁷ Entsprechend hat der EuGH empfohlen, den gewerblichen vom kommunalen Bereich zu trennen. Diese Grundsätze lassen sich auch auf die Frage der Herstellung der In-House-Fähigkeit von Konzernstrukturen übertragen, indem das „In-House-schädliche“ Fremdgeschäft von dem hoheitlichen Bereich getrennt wird. Diese Auffassung wird auch in der Literatur geteilt, wonach in Konzernverhältnissen, z. B. in der sogenannten Enkelkonstellation, für die Beurteilung des Vorliegens einer In-House-Fähigkeit jedes Rechtsverhältnis gesondert zu betrachten ist.⁴⁸

In diesem Zusammenhang ist jedoch ebenfalls die Rechtsprechung des OLG Celle⁴⁹ zu berücksichtigen, nach der entsprechend den Vorgaben des EuGH bei der Beurteilung des Wesentlichkeitskriteriums alle quantitativen und qualitativen Umstände des Falles berücksichtigt werden. In dem entscheidungsgegenständlichen Sachverhalt hatte das Gericht auch die Umsätze einer 100 %igen Tochtergesellschaft des beauftragten kommunalen Unternehmens, also einer Enkelgesellschaft der auftraggebenden Kommune, bei der Beurteilung des Wesentlichkeitskriteriums berücksichtigt und deren Fremdgeschäft dem Auftragnehmer zugerechnet. Das Gericht hatte dabei überwiegend darauf abgestellt, dass für die Mutter und die Tochter ein gemeinsamer konsolidierter Abschluss vorlag, dass der Geschäftsbericht die Ertragslage beider Gesellschaften zusammenfasste und gruppeninterne Vorgänge eliminierte und dass die Tochter nur in personeller und sachlicher Ausstattung der Mutter arbeitsfähig war.⁵⁰

Vorliegend ist die AWS als Anteilseigner an der zu gründenden Einrichtung über den Zweckverband unmittelbar in Beziehung zu setzen. Die Aufgabe der

⁴⁶ Vgl. dazu EuGH, Urteil vom 15.01.1998 – C-44/96 „Mannesmann“; Ziekow, NZBau 2004, 181 ff.

⁴⁷ Vgl. dazu ausführlich Ziekow, NZBau 2004, 181 ff.

⁴⁸ So Orłowski, NZBau 2007, 80, 83.

⁴⁹ Vgl. OLG Celle, Beschluss vom 29.10.2009 – 13 Verg 8/09.

⁵⁰ So OLG Celle, Beschluss vom 29.10.2009 – 13 Verg 8/09.

Abfallentsorgung ist dem Zweckverband übertragen worden. Dieser würde über die AWS die neue Einrichtung unmittelbar mit der Verwertungsleistung beauftragen. In diesem unmittelbaren Hierarchie-Verhältnis sind allerdings bisher keine wesentlichen Drittgeschäfte und damit Fremdotsätze über 20 % erkennbar. Umsätze etwaiger sonstiger Beteiligungen des Zweckverbandes, die neben der AWS in einem gesellschaftsrechtlichen Verhältnis wie eine Schwestergesellschaft stehen, sind insoweit hinreichend deutlich getrennt und damit unerheblich. Ebenso erwirtschaftet auch die MBA GmbH als Anteilseigner an der neu zu gründenden GmbH weniger als 20 % aus Drittgeschäften, sofern diesem Umstand im inversen Verhältnis von Tochter- zur Muttergesellschaft überhaupt Relevanz beizumessen ist.

c) Fazit

Festzuhalten bleibt mithin, dass bezüglich des geplanten Vorhabens eine entsprechende vertragliche Strukturierung eingerichtet werden kann, welche eine Inhouse-Fähigkeit der zu gründenden Einrichtung bedingt. Damit ist der vorgesehene Auftrag zu Erbringung von Verwertungsleistungen betreffend die separat erfassten Bioabfälle grundsätzlich so gestaltbar, dass eine Ausnahme von der Vergabepflicht bewirkt werden kann.

II. Gesellschaftsrechtlicher Teil

Die Stadt Wiesbaden und der Landkreis Groß-Gerau beabsichtigen die Gründung einer GmbH, welche Betreiber der zu errichtenden Biovergärungsanlage werden soll. Zudem soll dieser die Durchführung der Entsorgungsleistungen übertragen werden. Im Folgenden ist darzustellen, ob und welche Vorteile der Einrichtung einer GmbH im Gegensatz zu einer juristischen Person des öffentlichen Rechts zukommt. Insoweit sind in diesem Zusammenhang die Gründung und Beteiligung an einer privatrechtlichen Gesellschaft mit der Organisationsform der Anstalt des öffentlichen Rechts zu vergleichen.

1. Die öffentlich-rechtliche Form der AÖR

Zunächst ist festzustellen, dass die Gründung einer Anstalt des öffentlichen Rechtes gemäß § 126 a Abs. 1 HGO durch Kommunen rechtlich zulässig ist. Danach können Gemeinden Unternehmen und Einrichtungen in der Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts errichten oder bestehende Regie- und Eigenbetriebe im Wege der Gesamtrechtsnachfolge in rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts umwandeln. In diesem Zusammenhang ist es ebenfalls zulässig, dass Kommunen Unternehmen nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten verwalten, § 121 Abs. 2 S. 2 HGO.

Die Anstalt des öffentlichen Rechtes kann grundsätzlich auch von mehreren kommunalen Gebietskörperschaften als sogenannte Gewährträger gegründet werden. Hierzu ist aber eine ausdrückliche Regelung in den entsprechenden Landesgesetzen erforderlich.⁵¹ Allerdings fehlt es in § 126 a HGO an einer entsprechenden Regelung, welche ausdrücklich ein Kommunalunternehmen mehrerer Gewährträger zulässt. Diese Begrenzung könne allein auf die Weise umgangen werden, dass die betroffenen Kommunen einen Zweckverband gründen, welcher wiederum als Gewährträger für die einzurichtende AÖR dient.

Im Hinblick auf diesen Alternativvorschlag ist betreffend den vorzusehenden Aufgabenbereich im Einzelnen folgendes festzustellen:

a) Organisationsstruktur der AÖR

Bei der AÖR handelt es sich um eine Einrichtung der Gemeinde, die eine eigene Rechtspersönlichkeit aufweist. Die Gemeinde oder im Falle der Mehrträgerschaft der Zweckverband ist sogenannter Gewährträger für die Rechte und Pflichten der AÖR. Demnach haftet die Kommune für die Verbindlichkeiten der Anstalt unbeschränkt, soweit nicht Befriedigung aus deren Vermögen zu erlangen ist (Gewährträgerschaft), § 126 a Abs. 4 Satz 1 HGO.

⁵¹ Siehe § 50 des Gesetzes über die kommunale Zusammenarbeit Bayerns (BayKommZG).

Die weitergehende organisatorische Selbständigkeit der AÖR wird durch die gesetzlich vorgegebenen einzurichtenden Organe und die Bestimmungen der vorzulegenden Satzung gewährleistet. Die AÖR kennt im Wesentlichen zwei Hauptorgane. Das sind der Vorstand und der Verwaltungsrat. Während dem Verwaltungsrat weitgehend die Überwachungsfunktion zukommt, obliegt dem Vorstand die eigenverantwortliche Leitung der Anstalt.

In diesem Punkt unterscheidet sich die Einrichtung der AÖR mit ihren Organen und der dadurch gewährleisteten Selbständigkeit nicht wesentlich von der privatrechtlichen Form der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Allerdings ist ein Nachteil bereits, dass nicht ohne weiteres eine Mehrträgerschaft der AÖR durch die Hessische Gemeindeordnung zugelassen wird. Insofern ist eine Beteiligungsmöglichkeit Dritter an einer AÖR gerade nicht problemlos möglich.

b) Leitung der AÖR

Die AÖR wird selbständig durch den Vorstand geleitet. Dies betrifft insbesondere die laufende Betriebsführung. Der Vorstand vertritt die Anstalt nach außen. Zudem hat der Vorstand bezogen auf die ggf. zu erbringenden Leistungen die erlassene Satzung zu beachten, die im Einzelfall noch weitergehende Pflichten und Befugnisse des Vorstandes manifestiert.

Dabei wird bereits wegen der vergaberechtlichen Folgen zwischen etwaigen wirtschaftlichen und nicht-wirtschaftlichen Tätigkeiten differenziert. Das Verfahren zur Vornahme von Satzungsänderungen wird in der Regel in der Satzung selbst vorgegeben. Die AÖR kann überdies mittels Verwaltungsaktes agieren und einen Anschluss- und Benutzungszwang bestimmen.

Überwachungsaufgaben betreffend den Vorstand obliegen dem Verwaltungsrat.

c) Finanzwesen

Die AÖR ist eine juristische Person des öffentlichen Rechts. Sie ist als selbständiges kommunales Unternehmen mit einem Stammkapital auszustatten. Dessen Höhe ist in der Satzung festzulegen. Aufgrund der zunehmenden Aufgaben dürfte ein den Aufgaben angemessenes Stammkapital anzusetzen sein.

Ein kaufmännischer Jahresabschluss ist am Ende eines Wirtschaftsjahres aufzustellen.

d) Verbindlichkeiten

Zunächst haftet die AÖR mit ihrem gesamten Vermögen, mithin jedenfalls mit ihrem Stammkapital. Die AÖR selbst haftet somit beschränkt bezogen auf ihr Vermögen. Darüber hinaus haftet aber die Kommune, der Gewährträger, für sämtliche Verbindlichkeiten, die nicht durch das Anstaltsvermögen befriedigt werden können. Die Kommune haftet dabei unbeschränkt.

e) Steuerrechtliche Betrachtung

Nach § 1 Abs. 1 Nr. 6 KStG unterliegt nur eine gewerbliche Tätigkeit der AÖR der Steuerpflicht. Daher dürfte die ganz überwiegend kommunale Aktivität der etwaig einzurichtenden AÖR keine Steuerpflicht begründen.

f) Bindung an das Vergaberecht

Oberhalb der geltenden Schwellenwerte ist die AÖR als öffentlicher Auftraggeber nach Maßgabe der § 99 Nr. 2 GWB zu qualifizieren und an das EG-Vergaberecht gebunden sein. Unterhalb der sogenannten Schwellenwerte müsste ausdrücklich eine Bindung an das Vergaberecht geregelt sein. Nach § 29 GemHVO Hessen sind bei der Beauftragung öffentlicher Aufträge die

Vergabegrundsätze der zuständigen Ministerien zu beachten. Die Gemeindehaushaltsverordnung entfaltet allerdings nach § 56 GemHVO nur für Gemeinden und Gemeindeverbände Wirkung. Lediglich für landesunmittelbare Anstalten des öffentlichen Rechtes ist in § 105 Abs. 1 Hess. LHO eine Bindung an das Haushaltsrecht und damit an die Vergabegrundsätze nach § 55 Hess. LHO manifestiert.

Vorliegend würde die AÖR eine kommunale Trägerschaft aufweisen und daher einer Bindung an das Vergaberecht im Unterschwellenbereich nicht unterliegen.

g) Personalwirtschaft

Bezüglich der AÖR können Mitbestimmungsrechte nur durch einen etwaigen Personalrat nach dem LPersVG ausgeübt werden. Dabei besitzt die AÖR volle Dienstherrenfähigkeit, sofern hoheitliche Aufgaben übertragen werden.

h) Aufsicht

Neben der Überwachung des geschäftsführenden Vorstandes der AÖR durch den Verwaltungsrat unterliegt dieser auch der überörtlichen Aufsicht des Rechnungshofes.

i) Zwischenergebnis

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die Gründung einer AÖR nicht die genügende Flexibilität bei vergleichbarer Eigenständigkeit aufweisen dürfte. Vielmehr ist diese trotz der selbständigen Geschäftsführung noch sehr stark an die Strukturen der Verwaltung angelehnt, die diesen zum Teil weniger flexible und schwerfälliger agieren lässt. Dies beginnt bereits bei der Gründung durch

mehrere Gewährträger. Diesbezüglich sind zusätzliche Zwischenschritte notwendig. Schließlich dürfte die AÖR wirtschaftlich uninteressanter sein. Sie haftet zwar zunächst mit ihrem Stammkapital. Darüber hinaus ist aber gleichwohl die Haftung der Kommunen unbeschränkt.

2. Privatrechtliche Form der GmbH

Ferner kommt eine Einrichtung als privatrechtliche Gesellschaft in Betracht. Nach § 122 Abs. 1 HGO kann sich eine Kommune grundsätzlich an der Gründung von Gesellschaften beteiligen. Dies gilt auch für die Gründung einer Gesellschaft, die nicht auf den Betrieb eines wirtschaftlichen Unternehmens gerichtet ist, § 122 Abs. 2 Satz 1 HGO. Erforderlich ist in diesem Fall lediglich, dass ein wichtiges Interesse an der Gründung der Gesellschaft vorliegt, § 122 Abs. 2 Satz 2 HGO.

Im Hinblick auf die Gründung der privat-rechtlich organisierten Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist im Einzelnen folgendes festzustellen:

a) Allgemeines

Die GmbH ist Gesellschaft mit körperschaftlicher Organisation und eigener Rechtspersönlichkeit.

Maßgebliche Regelungen im Hinblick auf die Gesellschaft enthält regelmäßig der Gesellschaftsvertrag. Hierin kann der Kommune unter anderem die Bestellung der Geschäftsführung und deren Abberufung vorgegeben werden. Die Kommune hat als Gesellschafter gegenüber der Geschäftsführung ein Informationsrecht.

Die GmbH ist zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Erst nach Eintragung ist sie dabei wirksam gegründet. Somit ist mit der Gründung der GmbH ein gewisser Verwaltungsaufwand verbunden.

Ferner ist eine Beteiligungsmöglichkeit Dritter, die öffentliche Auftraggeber sind, an der GmbH denkbar.

b) Geschäftsführung der GmbH

Die Durchführung und Vertretung der GmbH obliegt der Geschäftsführung gemäß § 35 Abs. 1 GmbHG, die den Weisungen der Gesellschafterversammlung und ggf. des Aufsichtsrates unterliegt. Eine grundsätzliche Pflicht zur Einrichtung eines Aufsichtsrates besteht nicht.

Die Gesellschafterversammlung hat regelmäßig wesentliche Befugnisse hinsichtlich der Änderung des Gesellschaftsvertrages etc.

Die Geschäftsführung der GmbH ist damit grundsätzlich durch kurze Entscheidungswege gekennzeichnet. Durch die umfassende Vertretungsbefugnis derselben besteht hier eine Identität zwischen Verantwortung und Entscheidung.

In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass sich Spannungsverhältnisse zwischen dem Kommunalverfassungsrecht und dem Gesellschaftsrecht ergeben könnten. Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund zu berücksichtigen, dass die entsandten Vertreter der Kommune zur Geschäftsführung der Gesellschaft gleichzeitig den Vorgaben der Kommune, aber auch den Interessen der Gesellschaft gemäß den Vorgaben des Gesellschaftsrechts gerecht handeln müssen.⁵²

Aber gerade aus den ebenfalls zu beachtenden gesellschaftsrechtlichen Vorgaben lässt sich die weitestgehende unternehmerische Unabhängigkeit und Flexibilität einer GmbH herleiten. Außerdem dürften wegen der Verbreitung der privatrechtlichen Gesellschaften im kommunalen Wirtschaftsbereich diese Spannungsverhältnisse überwiegend theoretischer Natur sein.

⁵² Rehn/Cronauge/von Lennep/Knirsch, GO NRW, Stand: September 2001, § 113, S. 7.

Wegen der eigenen Rechtspersönlichkeit der GmbH, sind überdies vertragliche Beziehungen zwischen der Kommune und der GmbH möglich.

c) Finanzwesen

Die GmbH ist mit den erforderlichen Stammkapital von mindestens 25.000 EUR auszustatten, § 5 Abs. 1 GmbHG.

Im Übrigen gelten die Vorgaben des HGB, nach denen die GmbH grundsätzlich verpflichtet ist, einen Jahresabschluss am Ende eines Wirtschaftsjahres aufzustellen, § 242 HGB.

Der Kommune steht ein Prüfungs- und Informationsrecht in diesem Zusammenhang zu, § 123 HGO. Zudem sind die kommunalen Wirtschaftsgrundsätze von der GmbH zu beachten.

d) Verbindlichkeiten

Die GmbH haftet eigenständig und nur beschränkt in Höhe ihres Stammkapitals für ihre Verbindlichkeiten.

e) Steuerrechtliche Betrachtung

Nach § 4 Abs. 1 KStG unterliegt die GmbH der Steuerpflicht. Dies gilt selbst unabhängig von einem etwaigen hoheitlichen Tätigkeitsbereich.

f) Bindung an das Vergaberecht

Die GmbH kann als eigenständige privatrechtliche Gesellschaft lediglich oberhalb der geltenden Schwellenwerte an das EG-Vergaberecht gebunden sein.

Unterhalb des Schwellenwertes besteht regelmäßig keine Pflicht zur Anwendung der nationalen Vergabevorschriften, wenn dies nicht unter anderem ausdrücklich im Gesellschaftsvertrag geregelt wird.

g) Personalwirtschaft

Die GmbH hat insbesondere das Betriebsverfassungsgesetz und ggf. die Rechte zur Gründung eines Betriebsrates zu beachten.

Dies dürfte gerade auch auf die vorgesehene Alternativkonstellation zutreffen.

h) Aufsicht

Neben der Überwachung der Geschäftsführung durch die gesellschaftsrechtlichen Organe der GmbH unterliegt diese ggf. einer Betätigungsprüfung durch das kommunale Rechnungsprüfungsamt, § 121 Abs. 7 HGO.

i) Zwischenergebnis

Die vorstehend erläuterten Charakteristika der privatrechtlichen Organisation als GmbH verdeutlichen eine maximale Flexibilität in der operativen Umsetzung der Aufgaben der zu gründenden oder umzustrukturierenden Gesellschaft. Diese ist weit weniger stark durch Verwaltungsaufwand gekennzeichnet. Sie ist ohne Weiteres durch verschiedene Kommunen als Gesellschafter zu gründen. Zudem dürfte die Begrenzung der Haftung und die weitgehende Selbständigkeit der GmbH ein erheblicher Vorteil sein. Letztlich dürfte sich im Ergebnis auch der finanzielle Aufwand im Vergleich zwischen den beiden Organisationsformen eher im Gleichgewicht halten.

Ferner dürfte eine hinreichende Kontrolle über die Tätigkeit der GmbH durch deren Weisungsgebundenheit an die Gesellschafterversammlung, die Kommune, gegeben sein.

3. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass nach der vorliegend vorgesehenen Ausgründung einer GmbH durch die Stadt Wiesbaden und den Landkreis Groß-Gerau oder die Beteiligung an einer bereits bestehenden GmbH der Vorzug einzuräumen sein dürfte.

Die Übertragung der Aufgaben auf eine AöR dürfte indes den gleichen Aufwand bedeuten. Allerdings dürfte die operative Durchführung aufgrund der verwaltungsgebundenen Korsetts ggf. etwas schwerfälliger ausfallen können.

III. Kommunal-wirtschaftsrechtlicher Teil

Unterstellt, die zu beauftragende juristische Person soll als GmbH organisiert sein, stehen zwei Ausführungsvarianten zur Diskussion. Zunächst ist die Gründung einer neuen GmbH mit jeweils 50 %-iger Beteiligung der beiden Gebietskörperschaften denkbar. Alternativ könnte seitens einer der beiden Gebietskörperschaften eine Anteilsübertragung an einer bestehenden GmbH in Betracht gezogen werden. Die zu gründende Gesellschaft oder die bereits bestehende Gesellschaft sollen sodann als Betreiber der zu erbauenden Biovergärungsanlage fungieren.

Die vorgenannten Überlegungen erfordern die Auseinandersetzung mit der Frage, ob dieses Vorgehen mit den kommunalwirtschaftsrechtlichen Grundsätzen vereinbar ist. Die zu errichtende Biovergärungsanlage soll eine Durchlaufkapazität aufweisen, welche dem prognostizierten Aufkommen an Bioabfällen aus der Stadt Wiesbaden und dem Landkreis Groß-Gerau entspricht. Eine ständige Akquise von Drittmengen ist nicht vorgesehen. Somit wird die zu gründende Gesellschaft Abfallverwertungsleistungen für ihre Gesellschafter

erbringen und keine gewerblichen Leistungen für Dritte außerhalb der betroffenen Gemeindegebiete erbringen. Dasselbe ist bereits aus den oben geschilderten Gründen sicherzustellen, sofern lediglich eine Anteilsbeteiligung an einer bereits bestehenden Gesellschaft avisiert wird.

Die Biovergärungsanlage wird auf einem Grundstück im Stadtgebiet Wiesbaden errichtet werden. Der Anlagenstandort wird gleichzeitig der Sitz der zu gründenden Gesellschaft oder der neu zu strukturierenden Gesellschaft sein. Insofern bleibt aus kommunalwirtschaftsrechtlicher Sicht zu fragen sein, ob die Gründung einer Gesellschaft oder die Beteiligung an einer bestehenden Gesellschaft, welche ihren Sitz außerhalb des Gemeindegebietes hat, damit zum Teil grenzüberschreitend agiert, aus kommunalwirtschaftsrechtlicher Sicht zulässig ist.

1. Wirtschaftliche Betätigung

Grenzen unterliegt aus kommunalwirtschaftsrechtlicher Sicht die wirtschaftliche Betätigung von Gemeinden. Die Zulässigkeit dieser ist insofern nicht nur bei der Gründung bzw. Beteiligung an juristischen Personen zu prüfen. Nach § 121 Abs. 7 Hessische Gemeindeordnung (HGO) haben die Gemeinden mindestens einmal in jeder Wahlzeit zu prüfen, inwieweit ihre wirtschaftliche Betätigung noch die Voraussetzungen des § 121 Abs.1 HGO erfüllt und inwieweit die Tätigkeiten privaten Dritten übertragen werden können.

Maßgeblich ist demnach, ob vorliegend die Gründung der juristischen Person oder die Beteiligung an einer solchen allein der Umstand, ob eine wirtschaftliche Betätigung vorliegt. Der Begriff der wirtschaftlichen Betätigung ist funktional, d. h. betriebsbezogen und nicht handlungsbezogen zu bestimmen.⁵³ Die Definition stellt ab auf den Betrieb eines Unternehmens, das in bestimmter Weise am Markt tätig wird, nicht auf die einzelne Tätigkeit des Herstellens, Anbietens oder Verteilens von Gütern oder Dienstleistungen, womit es nur auf

⁵³ OVG Münster, Beschluss vom 13.08.2003 - 15 B 1137/03, NVwZ 2003, 1520.

den Unternehmensgegenstand insgesamt ankommt.⁵⁴ Sich wirtschaftlich betätigende Unternehmen sind Organisationseinheiten von persönlichen oder sachlichen Mitteln in der Hand von Rechtsträgern zum Zwecke der Teilnahme am Wirtschaftsverkehr.⁵⁵

Die zu gründende Gesellschaft bzw. die Gesellschaft, an der eine Beteiligung eingerichtet werden kann, erfolgte im Wesentlichen auf Grundlage von Tätigkeiten auf dem Gebiet der Abfall- und Abwasserentsorgung. Zu diesen Tätigkeiten sind die betreffenden Kommunen nach § 17 Abs. 1 KrWG als öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger letztlich verpflichtet. Nach dem Wortlaut des § 121 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 HGO handelt es sich aber nur bei der Abfallbeseitigung um eine nicht-wirtschaftliche Tätigkeit. Die künftig durchzuführende Leistung zur Entsorgung der überlassenen Bioabfälle in der Biovergärungsanlage stellt jedoch im Schwerpunkt Dienstleistungen auf dem Gebiet der Verwertung von Abfällen dar.

Zudem sind die betroffenen Kommunen nicht gesetzlich verpflichtet, die Entsorgungsaufgaben außerhalb ihres eigenen Stadtgebietes durchzuführen. Gesetzlich verpflichtet zur Durchführung der Entsorgung ist vielmehr diejenige Gemeinde, auf dessen Gebiet die Bioabfälle anfallen.

Aus diesen Gründen handelt es sich zumindest im Schwerpunkt bei den von der neu einzurichtenden oder umzustrukturierenden Einrichtung durchzuführenden Leistungen um eine wirtschaftliche Betätigung, so dass vorgenannte Voraussetzungen erfüllt sein müssen. Problematisch ist hierbei im Wesentlichen, dass ein öffentlicher Zweck die wirtschaftliche Betätigung rechtfertigt.

Es handelt sich zumindest bezogen auf die Transportleistungen aus dem Gebiet des Landkreises Groß-Gronau und bezogen auf die Verwertung der Bioabfälle durch eine Gesellschaft, an welcher auch eine andere Kommune beteiligt ist, um eine Betätigung außerhalb Landkreises sowie außerhalb des Zuständigkeitsbereiches der Stadt Wiesbaden.

⁵⁴ OVG Münster, Beschluss vom 13.08.2003 - 15 B 1137/03, NVwZ 2003, 1520.

⁵⁵ Gern/Brüning, in: Gern/Brüning, Deutsches Kommunalrecht, 4. Auflage 2019, Rn. 994.

2. Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung

Die Betätigung außerhalb des Gemeindegebietes ist zulässig, wenn

- bei wirtschaftlicher Betätigung die Voraussetzungen des § 121 Abs. 1 HGO vorliegen und
- die berechtigten Interessen der betroffenen kommunalen Gebietskörperschaften gewahrt sind. Bei gesetzlich liberalisierten Tätigkeiten gelten nur die Interessen als berechtigt, die nach den maßgeblichen Vorschriften eine Einschränkung des Wettbewerbs zulassen.

Nach § 121 Abs. 1 HGO darf sich eine Gemeinde wirtschaftlich betätigen, wenn

1. der öffentliche Zweck die Betätigung rechtfertigt,
2. die Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht und
3. der Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder erfüllt werden kann.

Zum Vorliegen der vorstehend genannten Voraussetzungen im Einzelnen:

a) Öffentlicher Zweck

(1) Begriff

Der Begriff des öffentlichen Zwecks ist weit zu fassen. Es handelt sich hierbei um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der nicht erst dann erfüllt ist, wenn die (nicht) wirtschaftliche Betätigung unausweichlich ist. Vielmehr erfordert ein öffentlicher Zweck die angestrebte Betätigung im Rechtssinn bereits dann, wenn diese nach den Umständen vernünftiger Weise geboten erscheint, ohne allein durch erwerbswirtschaftliche Gründe motiviert zu sein.⁵⁶ Vereinzelt ist

⁵⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.08.2008 - VII-Verg 42/07; OVG NRW, Beschluss vom 13.08.2003 - 15 B 1137/03.

in der Spruchpraxis zur Thematik des öffentlichen Zwecks eine bei jeder gemeinwohlorientierten, im öffentlichen Interesse der Einwohner liegende Zielsetzung die Wahrnehmung einer sozial- sowie gemeinwohlnützigen und damit einer im Interesse der Bevölkerung liegenden Aufgabe gesehen worden.⁵⁷ Der Begriff des öffentlichen Zwecks soll hiernach die Gemeinnützigkeit zum Ausdruck bringen, der die Einrichtung dienen muss. Er soll ein Teil der Daseinsvorsorge für die Versorgung der Bevölkerung sein.⁵⁸

Da der Beurteilung, ob die Betätigung für den öffentlichen Zweck objektiv erforderlich ist, d.h. vernünftiger Weise geboten ist, stets aber auch in die Zukunft gerichtete, prognostische Elemente innewohnen, ist der Kommune insoweit eine Einschätzungsprärogative zuzuerkennen. Deren Ausübung ist von den Gerichten und Nachprüfungsinstanzen indes nicht uneingeschränkt, sondern nur auf die grobe Fehleinschätzung und Vertretbarkeit zu überprüfen. Ist die Betätigung einem öffentlichen Zweck in der Weise förderlich, als dafür ein anerkennenswertes Bedürfnis nicht zu verneinen ist, ist eine Fehleinschätzung, die ein korrigierendes Eingreifen in Nachprüfungsinstanzen gebietet, in der Regel auszuschließen.⁵⁹

Danach dürfte auch aber auch objektiv in der hier in Rede stehenden Konstellation bereits aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz und der finanziellen Umsetzbarkeit ein Zusammenwirken der Kommunen durch eine zu gründende Gesellschaft zu rechtfertigen sein. Deren Tätigkeit ist zudem auf Teile der Sicherstellung der Abfallentsorgung gerichtet, welche generell dem Bereich der Daseinsvorsorge zuzuordnen ist.⁶⁰ Dabei dürfte bereits mit Blick auf die zu erwartenden Kapazitäten eine Errichtung und Nutzung einer Biovergärungsanlage allein durch Bündelung der Mengen realistisch umsetzbar sein. Dabei ist zu Gewährleistung der Finanzierung durch den Haushalt und die vergaberechtliche Rechtfertigung des Zusammenwirkens eine prozentuale Teilhabe an den Rechten und Pflichten nahezu geboten. Mit diesen Erwägungen dürfte ein

⁵⁷ OVG Schleswig, Urteil vom 11. Juli 2013 – 2 LB 32/12, NordÖR 2013, 528, 532.

⁵⁸ Vgl. VGH Mannheim, Urteil vom 05.11.2014 – 1 S 2333/13; Gern/Brüning, in: Gern/Brüning, Deutsches Kommunalrecht, 4. Auflage 2019, Rn. 1000; siehe auch Lange, NVwZ 2014, 616 f.

⁵⁹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.08.2008 - VII-Verg 42/07; OVG NRW, Beschluss vom 01.04.2008 - 15 B 122/08.

⁶⁰ Hermann, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 169 Rn. 25.

öffentlicher Zweck für die Wahl der wirtschaftlichen Betätigung grundsätzlich ermessensfehlerfrei begründbar erscheinen.

(2) Basis des öffentlichen Zwecks

Im Weiteren bleibt zu fragen, aus Sicht welcher der beteiligten Kommunen die öffentliche Zwecksetzung vorzuliegen hat. Für das Vorliegen eines öffentlichen Zwecks kommt es sowohl auf die Zielgemeinde als auch auf die tätig werdende bzw. ausgreifende Gemeinde an. Vor dem Hintergrund, dass der Landkreis und die Stadt in einer gemeinsamen Gesellschaft jeweils auch die Verwertungsleistung für den anderen erbringen, füllen beide Gebietskörperschaften die Position der Zielkommune als auch der ausgreifenden Kommune aus. Öffentliche Zwecke, die sowohl bei der Zielgemeinde als auch bei der tätig werdenden (ausgreifenden) Gemeinde vorliegen können, rechtfertigen lediglich durch eine etwaige Wechselbeziehung weniger strenge Anforderungen im Rahmen der Prüfung des öffentlichen Zwecks im Hinblick auf die tätig werdende (ausgreifende) Gemeinde.⁶¹ Diese Bedingungen ließen sich hier darstellen.

(a) Öffentlicher Zweck bei leistungsempfangender Gemeinde

Zielgemeinde der Betätigung ist der Landkreis Groß-Gerau und Stadt Wiesbaden bezogen auf die jeweilige Bioabfallfraktion des anderen. Die zu errichtende Gesellschaft im Gemeindegebiet der Stadt Wiesbaden wird insofern mit Entsorgungsdienstleistungen jeder Kommune beauftragt und hält gleichzeitig Anteile an dieser. Der öffentliche Zweck der Zielgemeinden ist darin zu sehen, dass diese die Entsorgungsdienstleistungen auf ihrem Gebiet nicht eigenständig durchführen wollen, sondern damit die zu gründende Gesellschaft als Dritten beauftragen möchte. Vor diesem Hintergrund sind an den öffentlichen Zweck, auf den sich bezogen auf die Gründung der Gesellschaft oder des Anteilerwerbs an einer bestehenden Gesellschaft bezogen werden kann, in der

⁶¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.08.2008 - VII-Verg 42/07; OVG NRW, Beschluss vom 01.04.2008 - 15 B 122/08.

Wechselbeziehung zu den beauftragenden Gemeinden geringere Anforderungen zu stellen.⁶² Diese dürften mit Blick auf die obigen Ausführungen allerdings erfüllbar sein.

(b) Öffentlicher Zweck der tätig werdenden Gemeinde

Ein öffentlicher Zweck der tätig werdenden Gemeinde in Form der gemeinsamen Gesellschaft kann dann angenommen werden, wenn gerade die Übernahme des Auftrags erforderlich ist, um freie Kapazitäten oder sonst brachliegende Ressourcen auszulasten. Eine den Regeln der Wirtschaftlichkeit gehorchende Betriebsführung ist unverzichtbarer Bestandteil des öffentlichen Zwecks. Sie gebietet darauf hinzuarbeiten, dass die vorhandenen Kapazitäten ausgelastet werden und die Anlagen dem Stand der Technik entsprechen, was zugleich eine Vorbedingung dafür ist, dass die Dienstleistungen effektiv und kostengünstig erbracht werden können.⁶³ Insofern stellen die Arbeitsplatzsicherung und die Wirtschaftsförderung einen öffentlichen Zweck dar.⁶⁴ Beides ließe sich jeweils seitens beider Kommunen begründen. Insbesondere durch die Nutzung einer neuen Biovergärungsanlage werden entsprechende Arbeitsplätze geschaffen und durch eine höhere Effizienz wirtschaftliche Vorteile für beide Kommunen geschaffen. Die Veräußerung der gewonnenen Energie dient der Wirtschaftsförderung und der Umsetzung umweltbezogener Belange.

Bei der Bestimmung des öffentlichen Zwecks gilt es überdies zu beachten, dass der übertragende Zweck auch Hilfs- und Annextätigkeiten rechtfertigen kann.⁶⁵ Hilfstätigkeiten sind solche, die für sich gesehen, keinem öffentlichen Zweck dienen, die aber im konkreten Zusammenhang zur Erreichung des öffentlichen Zwecks erforderlich sind. Dies kommt etwa dann zum Tragen, wenn

⁶² Vgl. VK Münster, Beschluss vom 09.10.2009 - VK 19/09.

⁶³ VK Münster, Beschluss vom 19.10.2009 - VK 19/09 unter Verweis auf OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.08.2008 - Verg 42/07.

⁶⁴ Schneider/Dreßler/Lüll. Hessische Gemeindeordnung, Loseblattsammlung, Stand: Oktober 2010, § 121 Rn. 5.

⁶⁵ OVG NRW, Beschluss vom 01.04.2008 - 15 B 122/08 und Beschluss vom 13.08.2003 - 15 B 1137/03.

aufgrund der Marktgegebenheiten die im Rahmen einer gemeindlichen Aufgabe angesiedelte und von einem kommunalen Unternehmen zu erbringende Leistung nur zusammen mit einer anderen Leistung erbracht werden kann. Wenn die Abnehmer einer durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigten Leistung vom Anbieter regelmäßig bestimmte Zusatzleistungen erwartet bzw. konkurrierende Privatunternehmen vielfach solche Zusatzleistungen mit erbringen, dann wird die Erbringung der Zusatzleistung durch den öffentlichen Zweck mit abgedeckt, auch wenn sie für sich betrachtet durch keinen öffentlichen Zweck geboten ist.⁶⁶

Bei Annex Tätigkeiten handelt es sich um Nebengeschäfte. Die Rechtfertigung solcher Aktivitäten ergibt sich daraus, dass für die übertragende Aufgabe Ressourcen geschaffen wurde, die zu ihrer Erfüllung nicht vollständig genutzt und die ohne Beeinträchtigung der eigentlichen Aufgabe zusätzlich für andere Zwecke gewinnbringend eingesetzt werden können.⁶⁷ Derartige Nebengeschäfte sind auch bei einer kommunalen wirtschaftlichen Betätigung zulässig, ohne dass diese selbst den Schranken des § 121 Abs. 1 Satz 1 HGO unterworfen sind. Voraussetzung ist allerdings, dass die Dimensionierung der Einrichtung bei ihrer Errichtung durch den öffentlichen Zweck bestimmt war und die Annex Tätigkeit die Erfüllung der Haupttätigkeit nicht beeinträchtigt und im Verhältnis zur Haupttätigkeit untergeordnet ist.⁶⁸

Nach den vorstehenden Bedingungen basiert die Tätigkeit der einzurichtenden gemeinsamen Gesellschaft auf einem öffentlichen Zweck beider betroffener Kommunen. Die technische Ausrüstung hat zwar neu zu erfolgen. Allerdings sind beide Kommunen nicht in der Lage in den vorhandenen sonstigen Anlagen und Kompostierungsanlagen die anfallenden Bioabfälle gemäß den Vorgaben des Kreislaufwirtschaftsgesetzes effizient und wirtschaftlich tragbar zu entsorgen. Zudem ist zu beachten, dass die Anlage allein auf die Notwendigkeiten der beiden Gebietskörperschaften ausgelegt ist und aus umwelttechnischer Sicht ein höheres Maß an Verdichtungsdichte gemäß den abfall-

⁶⁶ Jarass, DVBl 2006, 1, 7.

⁶⁷ Jarass, DVBl 2006, 1, 8.

⁶⁸ Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 13.08.2003 - 15 B 1137/03.

rechtlichen Vorgaben gewährleistet. Mithin dürften die Gründung und Ausstattung der neuen Gesellschaft vom öffentlichen Zweck gedeckt sein. Eine andere Beurteilung dürfte sich auch nicht bei Beteiligung an einer bestehenden Gesellschaft ergeben. Diese wäre lediglich eine „Hülle“ und müsste ebenfalls mit personellem und technischem Equipment ausgestattet werden. Mithin läge auch insoweit keine nur geringfügige Kapazitätserweiterung vor, welche grundsätzlich vom öffentlichen Zweck gedeckt wäre.

b) Leistungsfähigkeit der beauftragenden Kommunen

Weiterhin ist eine kommunale Betätigung nur dann zulässig, soweit diese nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht. Wie ausgeführt, wird die Kapazität der Anlage konkret auf die Bedürfnisse der beauftragenden Kommunen ausgelegt. Durch die Bündelung der Ressourcen wird zudem keine der Kommunen in ihrer Verwaltungs- und Finanzkraft überfordert.

c) Subsidiaritätsgrundsatz

Ebenso ist die kommunale Betätigung über die Gemeindegrenzen hinaus nur dann zulässig, wenn der Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder erfüllt werden kann, § 121 Abs. 1 Nr. 3 HGO.

Hiervon kann nach der wirtschaftlichen Machbarkeitsanalyse ausgegangen werden. Eine Einzelvergabe durch die betroffenen Kommunen und die nur teilweise Einbeziehung bestehender Kompostierungsanlagen lassen in der bisherigen Vorgehensweise eine höhere Wirtschaftlichkeit erwarten. Dabei ist zu beachten, dass die aus den Bioabfällen generierte Energie ohne Reduzierungen unmittelbar den Kommunen zu Gute kommt.

Das Erfordernis einer Markterkundung ist nach § 121 Abs. 6 HGO bei Errichtung, Übernahme oder wesentlicher Erweiterung von wirtschaftlichen Unternehmen

durchzuführen ist. Entsprechende Ansätze zur wirtschaftlichen Machbarkeit unter Beachtung des Marktes wurden bereits gutachterlich festgestellt.

d) Berechtigte Interessen

Schließlich ist eine wirtschaftliche Betätigung nur dann zulässig, soweit hierdurch die berechtigten Interessen der betroffenen kommunalen Gebietskörperschaften gewahrt sind. Indem die Zielgemeinden die Leistungen an eine Gesellschaft vergeben, die inhouse-fähig ist und somit faktisch den verlängerten Arm der Verwaltung darstellt, muss davon ausgegangen werden, dass die berechtigten Interessen der betroffenen Gemeinden gewahrt sind.

e) Zusammenfassung

Abschließend festzustellen ist demnach, dass die zu gründende Gesellschaft oder die bestehende Gesellschaft, an der Anteile veräußert werden, künftig wirtschaftlich und außerhalb des Gebietes der beiden Kommunen Stadt Wiesbaden und Landkreis Groß-Gerau tätig ist. Die für eine dahingehende wirtschaftliche Betätigung erforderlichen Voraussetzungen liegen vor, § 121 Abs. 1 und 5 HGO. Insbesondere liegt ein öffentlicher Zweck vor, der die Betätigung erfordert. Der öffentliche Zweck liegt sowohl bei der Stadt Wiesbaden als auch beim Landkreis Groß-Gerau vor.

Die Beteiligung an einer Gesellschaft ist nach § 122 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 bis Nr. 4 HGO schließlich nur dann zulässig, wenn

„2.
die Haftung und die Einzahlungsverpflichtung der Gemeinde auf einen ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag begrenzt ist,

3.
die Gemeinde einen angemessenen Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan, erhält,

4.
gewährleistet ist, dass der Jahresabschluss und der Lagebericht, soweit nicht weiter gehende gesetzliche Vorschriften gelten oder andere gesetzliche Vorschriften entgegenstehen, entsprechend den für große Kapitalgesellschaften geltenden Vorschriften des Dritten Buches des Handelsgesetzbuches aufgestellt und geprüft werden.“

Die Gründung einer Gesellschaft und die erstmalige Beteiligung an einer Gesellschaft sind nach § 127a Abs. 1 Nr. 2 HGO der Aufsichtsbehörde unverzüglich, spätestens sechs Wochen vor Beginn des Vollzugs, schriftlich anzuzeigen. Aus der Anzeige muss zu ersehen sein, ob die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind.

IV. Preisrecht

Öffentliche Aufträge unterliegen den allgemeinen und besonderen Preisvorschriften, § 3 der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen (VO PR Nr. 30/53). Bei Aufträgen von Gemeinden und somit auch von der Stadt Wiesbaden und dem Landkreis Groß-Gerau handelt es sich um öffentliche Aufträge, § 2 Abs. 1 VO PR Nr. 30/53. Aus diesen Gründen darf ein zwischen der zu gründenden Gesellschaft und betroffenen Kommunen ausgehandeltes Entgelt die VO PR Nr. 30/53 in Verbindung mit den in der Anlage aufgeführten Leitsätzen für die Preisermittlung (LSP) zu ermittelnden Selbstkostenpreise nicht überschreiten, sofern es sich nicht um Marktpreise handelt. Dass es sich um Marktpreise handelt, wäre durch das beauftragte Unternehmen im Zweifel gegenüber der zuständigen Preisbehörde nachzuweisen. Insofern empfiehlt es sich, bei der Preisfindung an dem Selbstkostenpreis zu orientieren, soweit nicht nachweisbar Marktpreise ermittelt wurden. Maßgebend sind im Bereich der Ver- und Entsorgung daher in der Regel Selbstkosten- und nicht Marktpreise.⁶⁹

⁶⁹ Wiesemann, NVwZ 2005, 391, 395.

In den Selbstkostenpreis ist zur Abgeltung des allgemeinen Unternehmerwagnisses sowie als Leistungsgewinn ein kalkulatorischer Gewinnzuschlag einzurechnen, Nr. 51 LSP. Der kalkulatorische Gewinn bemisst sich hierbei nach einem Prozentsatz vom betriebsnotwendigen Vermögen bzw. vom Umsatz, Nr. 52 Abs. 1 Satz 1 LSP. Durchgesetzt hat sich eine Berechnung nach einem Prozentsatz der Netto-Selbstkosten (Selbstkosten ohne Umsatzsteuer). Die Gewinnvereinbarung bewegt sich dabei grundsätzlich zwischen 5% und 2,5 % als dem betriebsüblichen Gewinn.⁷⁰

Zuzüglich zu dem betriebsüblichen Gewinn kann noch ein Leistungsgewinn vereinbart werden, der z. B. in einem Anreizgewinn bestehen kann. Ein Anreizgewinn kann in der Form bestehen, dass der Auftragnehmer zu Kosteneinsparungen motiviert wird und an diesen Einsparungen beteiligt wird.⁷¹ Zudem kann der betriebsübliche Gewinn im Einzelfall bei begründbaren Risiken in der Leistungsdurchführung durch sogenannte Risikozuschläge erhöht werden.

Vor diesem Hintergrund ist es vertretbar, dass die zu vereinbarenden Entgelte sich nach den nach der VO PR Nr. 30/53 in Verbindung mit den LSP zu ermittelnden Selbstkostenpreisen richten zzgl. eines kalkulatorischen Gewinns in Höhe von bis zu 5 %. Ein darüber hinaus gehender Gewinn ist nur bei besonderen Risikozuschlägen bzw. z.B. als Anreizgewinn denkbar. Die Ermittlung der Selbstkosten kann in regelmäßigen Abständen, z. B. jährlich, vorgenommen werden. Die unterjährigen Abschlagszahlungen können sich hierbei jeweils an dem Entgelt des vorausgegangenen Jahres bemessen.

Festzustellen ist, dass die zu vereinbarende Entgelte sich nach den nach der VO PR Nr. 30/53 in Verbindung mit den LSP zu ermittelnden Selbstkostenpreisen richten zuzüglich eines kalkulatorischen Gewinns in Höhe von bis zu 5 %. Ein darüberhinausgehender Gewinn ist nur bei besonderen Risikozuschlägen bzw. zum Beispiel als Anreizgewinn denkbar.

⁷⁰ Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, Nr. 52 LSP, Rn. 17.

⁷¹ Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller/Waldmann, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, Nr. 52 LSP, Rn. 16.

V. Zusammenfassung

Auf der Grundlage der vorstehenden rechtlichen Ausführungen sind folgende rechtlichen Ergebnisse zu resümieren:

- Aus vergaberechtlicher Sicht erweist sich die Gründung einer Gesellschaft oder die Veräußerung von Anteilen schon nicht als öffentlicher Auftrag. Der in Rede stehende Grundstückserwerb ist ausdrücklich von der Anwendung des Vergaberechts ausgenommen. Unter Einhaltung der Anforderungen an die Inhouse-Vergabe kann die Beauftragung der Entsorgungsleistungen mit der Prämisse der Errichtung einer Biovergärungsanlage als Ausnahme von der Vergabepflicht gestaltet werden. Demnach lässt sich das gesamte Vorhaben derart strukturieren, dass eine Pflicht zur Durchführung eines Vergabeverfahrens entfällt.
- Betreffend die Strukturierung der neu einzurichtenden juristischen Person als Betreiber der Biovergärungsanlage und Auftragnehmer der Entsorgungsaufträge ist der Einrichtung einer GmbH der Vorzug einzuräumen. Alternativ ist auch der Erwerb von Anteilen an einer bestehenden GmbH denkbar. Dieses könnte aber mit einem höheren Aufwand verbunden sein.
- Des Weiteren sprechen auch keine kommunalwirtschaftsrechtlichen Erwägungen dagegen, dass die Stadt Wiesbaden und der Landkreis Groß-Gerau sich an einer gemeinschaftlichen GmbH beteiligen. Zulässig ist es ebenfalls, dass die einzurichtende Gesellschaft jeweils gemeindeübergreifend für einen der beteiligten Gesellschafter Leistungen erbringt.
- Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die abzuschließenden Aufträge zur Durchführung der Entsorgungsleistungen dem öffentlichen Preisrecht unterfallen. In diesem Zusammenhang ist für den Fall, dass keine nachweisbaren Marktpreise vereinbart werden, die Beachtung der

Grundsätze der Selbstkostenpreisfindung sicherzustellen. Die diesbezüglichen Vorgaben müssen bei der Verhandlung der Entsorgungsentgelte berücksichtigt werden.

Köln, den 19.08.2019



Dr. Dominik R. Lück
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Vergaberecht



Christine Radeloff
Rechtsanwältin