

Berlin

Prof. Hartmut Gaßner
Dr. Klaus-Martin Groth
Wolfgang Siederer
Katrín 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
Dr. Jörg Beckmann
Dr. Joachim Wrase
Isabelle-Konstanze Charlier, M.E.S.
Dr. Markus Behnisch
Wiebke Richmann
Annette Sander
Linus Viezens
Udo Paschedag
Till Schwerkolt
Dr. Manuel Schwind
Dr. Benjamin Tschida
Franziska Kaschluhn
Moritz-Mathis Felder
René Hermann
Daniela Weber
Laurenz Schleicher
Gina Benkert
Stefanie Jauernik

Augsburg

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



Rekommunalisierung des MHKW Göppingen

Stellungnahme im Auftrag

des Abfallwirtschaftsbetriebs des Landkreises Göppingen

Rechtsanwalt Prof. Hartmut Gaßner
Rechtsanwalt Dr. Manuel Schwind

Berlin, 30.01.2020

Registernummer: 001023-19

Inhaltsverzeichnis

A. Sachverhalt..... 3

B. Rechtliche Bewertung..... 5

 I. Kündigung des Entsorgungsvertrages.....6

 1. Wahrnehmung der öffentlichen Aufgabe6

 2. Eintritt in bestehende Verträge6

 3. „Heimfall“ des Gesamterbbaurechts7

 II. Rekommunalisierung.....8

 1. Finanzierung über den Gebührenhaushalt.....8

 a) Ansatzfähige Kosten.....9

 b) Grenzen der gebührenrechtlichen Erforderlichkeit 10

 c) Zwischenergebnis..... 14

 2. Kommunalwirtschaftliche Betätigung 15

 3. Vergaberecht..... 16

 a) Anlagenbetrieb durch Eigenbetrieb des Landkreises 17

 b) Anlagenbetrieb durch kommunalwirtschaftliches Unternehmen des
 Landkreises..... 18

 c) Anlagenbetrieb durch selbständige Kommunalanstalt 20

 d) Anlagenbetrieb durch Fremd- oder Beteiligungsgesellschaft..... 21

 e) Öffentlich-Private Partnerschaft 22

 f) Interkommunale Zusammenarbeit 23

 aa) Anlagenbetrieb durch kommunalwirtschaftliches
 Unternehmen mehrerer Stadt- oder Landkreise..... 23

 bb) Interkommunale Kooperation durch Zweckvereinbarung..... 26

 g) Anlagenbetrieb durch Zweckverband 31

 h) Anlagenbetrieb durch gemeinsame selbständige Kommunalanstalt
 34

C. Zusammenfassung 35

A. Sachverhalt

Der Landkreis Göppingen ist Eigentümer mehrerer Grundstücke, auf denen sich das Müllheizkraftwerk (fortan: MHKW) Göppingen und die zum Betrieb des MHKW erforderlichen Einrichtungen und Anlagen befinden.

Bis zum 31.12.1995 hat der Landkreis das MHKW als kommunale Einrichtung betrieben.

Mit Wirkung zum 01.01.1996 hat der Landkreis das MHKW privatisiert. Rechtsgrundlage der Privatisierung sind der seinerzeit mit der VEBA Kraftwerke Ruhr AG (fortan: VEBA) abgeschlossene Entsorgungsvertrag vom 13.11.1995 – zuletzt angepasst durch den 5. Vertrag zur Änderung des Entsorgungsvertrages und des Personalgestellungsvertrages vom 04.04.2019 – und die mit der VEBA abgeschlossenen Erbbaurechts- sowie Personalgestellungsverträge, beide jeweils vom 13.11.1995 und zuletzt angepasst durch den Ergänzungsvertrag zum Erbbaurechtsvertrag vom 17.06.2014 bzw. den 5. Vertrag zur Änderung des Entsorgungsvertrages und des Personalgestellungsvertrages vom 04.04.2019. Rechtsnachfolger der VEBA und aktueller Anlagenbetreiber ist die Energy from Waste Göppingen GmbH (fortan: EEW).

Nach den Regelungen des Entsorgungsvertrages (EntV) hat der Landkreis Göppingen die VEBA ab dem 01.01.1996 mit der Ausführung der dem Landkreis obliegenden Aufgaben der Abfallentsorgung beauftragt (§ 1 Abs. 2 Satz 1 EntV). Der Landkreis verpflichtet sich, die im Kreisgebiet anfallenden Restabfälle, die seiner Entsorgungspflicht unterfallen, der VEBA bzw. nunmehr der EEW zur Entsorgung zu überlassen (§ 1 Abs. 2 Satz 2 EntV). Für die Entsorgung der vom Landkreis überlassenen Abfälle zahlt der Landkreis an die EEW ein Entgelt (§ 17 EntV).

Der Landkreis hat sich verpflichtet, pro Kalenderjahr eine vertraglich definierte Menge an Restabfällen der EEW zur Entsorgung zu überlassen (sogenannte „Garantiemenge“, § 16 Abs. 1 Satz 1 EntV). Für den Fall, dass der Landkreis die jährliche Garantiemenge unterschreitet, ist er verpflichtet, die EEW – rückwirkend für das abgelaufene Kalenderjahr – so zu stellen, als habe er die vereinbarte Garantiemenge geliefert (sogenannte „Bring-or-Pay-Verpflichtung“, § 16 Abs. 1 Satz 2 EntV).

Durch den 5. Vertrag zur Änderung des Entsorgungsvertrages und des Personalgestellungsvertrages vom 04.04.2019 wurde die Garantiemengen-Verpflichtung des Landkreises neu gefasst (vgl. § 17 Abs. 4 bis 7 EntV).

Neben den Restabfällen aus dem Landkreis Göppingen entsorgt die EEW im MHKW auch Restabfälle aus anderen Stadt- und Landkreisen in deren Funktion als öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger (fortan: öRE) sowie von Erzeugern und Besitzern gewerblicher Siedlungsabfälle. Im Jahr 2018 trugen folgende öRE anteilig zum Anlagendurchsatz bei: Schwarzwald-Baar-Kreis (ca. 16 %), Stadt Heilbronn (ca. 13 %), Diverse (ca. 11 %). Der Anteil der Gewerbeabfälle lag bei ca. 38 %.

Seit Vertragsbeginn am 01.01.1996 haben sich die genehmigungsrechtlichen Höchstdurchsatzmengen im MHKW sowie die mit dem Landkreis Göppingen vereinbarte Garantiemenge mehrmals geändert:

Zeitraum	Höchstdurchsatzmenge [Mg/a]	Garantiemenge Landkreis Göppingen [Mg/a]	Anteil Garantiemenge an Höchstdurchsatzmenge [gerundet]
01.01.1996 – 31.12.1998	120.000	80.000	67 %
01.01.1999 – 31.12.2004	120.000	70.000	58 %
01.01.2005 – 31.12.2005	140.000	60.000	43 %
01.01.2006 – 02.04.2019	157.680	50.000	32 %
03.04.2019 – 31.12.2020	179.580	50.000	28 %
01.01.2021 – 31.12.2025	179.580	40.000	22 %
ab 01.01.2026	179.580	–	–

Die vom Landkreis Göppingen tatsächlich angelieferten Abfallmengen (fortan: Verbrennungsmengen) sind seit Vertragsbeginn rückläufig. Im Jahr 1997 betrug der Anteil der Verbrennungsmenge an der Höchstdurchsatzmenge noch ca. 69 % (83.381 Mg/ 120.000 Mg), wohingegen er im Jahr 2007 auf ca. 36 % (57.487 Mg/ 157.680 Mg) und im Jahr 2018 auf ca. 33 % (52.387 Mg/ 157.680 Mg) absank.

Als Laufzeit des Entsorgungsvertrages haben der Landkreis Göppingen und die EEW mit dem 5. Vertrag zur Änderung des Entsorgungsvertrages und des Personalgestellungsvertrages vom 04.04.2019 den 30.06.2028 bzw. den 31.12.2030 vereinbart, sofern eine der Vertragsparteien fristgerecht, d.h. jeweils vier Jahre zum 30.06.2028 oder zum

31.12.2030, die Kündigung des Entsorgungsvertrages erklärt hat. Wird der Entsorgungsvertrag nicht gekündigt, endet er zum 31.12.2035 (§ 21 Abs. 1 EntV).

Nach den Regelungen des Erbbaurechtsvertrages (ErbV) hat der Landkreis Göppingen der EEW ein Gesamterbbaurecht an den in seinem Eigentum befindlichen Grundstücken, auf denen sich das MHKW befindet, bestellt (Ziff. II. ErbV).

Für den Fall der Beendigung des Entsorgungsvertrages regelt § 16 Abs. 1 e ErbV, dass der Landkreis Göppingen als Grundstückseigentümer berechtigt ist, die sofortige Übertragung des Erbbaurechts auf sich oder einen von ihm zu bezeichnenden Dritten vor Ablauf der Dauer des Erbbaurechts auf Kosten der EEW als Erbbauberechtigten zu verlangen. Im Fall der Beendigung des Entsorgungsvertrages ist der Landkreis Göppingen auf Verlangen des Erbbauberechtigten verpflichtet, das Heimfallrecht gem. § 16 Abs. 1 e ErbV auszuüben (vgl. § 16 Abs. 1 Satz 2 ErbV).

Nach § 16 Abs. 2 Satz 1 ErbV hat der Landkreis Göppingen als Grundstückseigentümer – im Zeitpunkt des Heimfalls – dem Erbbauberechtigten (hier: EEW) eine Entschädigung in Höhe des sich bei linearer Abschreibung ergebenden Buchwertes der Investitionen für Bauwerke, Anlagen und Einrichtungen zum Zeitpunkt des Heimfalls zu gewähren, soweit die Parteien nicht anderweitig eine Regelung über Schadensersatz oder Aufwendungsersatz getroffen haben.

Nach Beschlussfassung des Kreistages muss rechtzeitig vor dem 30.06.2024 ein Vorschlag zur Vertragskündigung zum 30.06.2028 (einschließlich Entscheidung über die Rekommunalisierung) zum Beschluss vorgelegt werden. Dieser ergebnisoffene Prüfungsauftrag ist durch die Betriebsleitung des AWB vorzubereiten.

Auftrag von [GGSC] ist es darzustellen, welche Folgen sich aus einer Kündigung des Entsorgungsvertrages für den Landkreis Göppingen ergeben und die Rahmenbedingungen einer Rekommunalisierung zu prüfen.

B. Rechtliche Bewertung

Nachfolgend stellen wir zunächst dar, welche Auswirkungen die Kündigung des Entsorgungsvertrages auf die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe Abfallentsorgung durch den Landkreis sowie auf die Nutzungsrechte an den Grundstücken, auf denen sich das

MHKW befindet, hätte (**hierzu I.**). Im Anschluss daran geben wir Hinweise zu den Voraussetzungen und Rahmenbedingungen, unter denen der Landkreis das MHKW wieder in die kommunale Trägerschaft überführen könnte (**hierzu II.**).

I. Kündigung des Entsorgungsvertrages

Der Landkreis Göppingen hat das Recht, den Entsorgungsvertrag ordentlich zu kündigen. Für die Beendigung des Vertragsverhältnisses zum 30.06.2028 ist es gem. §§ 21 Abs. 1 Satz 1, 25 Abs. 1 EntV erforderlich, dass der EEW bis zum 30.06.2024 die Kündigungserklärung zugeht. Die Kündigung hat in Schriftform zu erfolgen.

Die Kündigung des Entsorgungsvertrages hätte folgende Auswirkungen:

1. Wahrnehmung der öffentlichen Aufgabe

Infolge der Kündigung entfällt die Beauftragung der EEW mit der Entsorgung der im Landkreis Göppingen anfallenden Restabfälle nach § 22 KrWG. Zum 01.07.2028 müsste der Landkreis demnach alle erforderlichen Maßnahmen getroffen haben, die für eine ordnungsgemäße Erfüllung der ihm nach § 20 Abs. 1 KrWG obliegenden Entsorgungspflichten notwendig sind.

2. Eintritt in bestehende Verträge

Die Kündigung des Entsorgungsvertrages hat darüber hinaus zur Folge, dass die EEW – auf Anforderung des Landkreises Göppingen – verpflichtet ist, diesem alle für den Betrieb des MHKW einschließlich der Entsorgung der Reststoffe erforderlichen laufenden Verträge zu übertragen (§ 22 Abs. 1 Satz 2 EntV).

Macht der Landkreis Göppingen von seinem Recht auf Eintritt in die in § 22 Abs. 1 Satz 2 EntV erwähnten Verträge keinen Gebrauch, bleibt die EEW Inhaberin der sich aus den Verträgen ergebenden Rechte und Pflichten. Dies hätte zur Folge, dass die EEW zwar nicht mehr zur Behandlung der vertraglich vereinbarten Restabfallmengen verpflichtet und mit dem Heimfall des Gesamterbbaurechts (vgl. sogleich B.I.3.) auch nicht mehr Anlagenbetreiberin ist. Gleichwohl wäre sie noch an Verträge betreffend die Entsorgung von Reststoffen und den Anlagenbetrieb (Wartungsverträge etc.) gebunden. Es

ist davon auszugehen, dass die EEW diese Verträge umgehend abwickeln würde. Der Landkreis Göppingen müsste neue Verträge über die Entsorgung von Reststoffen und den Anlagenbetrieb abschließen.

3. „Heimfall“ des Gesamterbbaurechts

Die Kündigung des Entsorgungsvertrages führt gem. § 22 Abs. 1 Satz 1 EntV dazu, dass die EEW verpflichtet ist, sämtliche für den Betrieb des MHKW und der entsprechenden Anlagen und Einrichtungen erforderlichen Unterlagen und Dokumentationen unverzüglich dem Landkreis Göppingen auszuhandigen.

Der Bestand des aufgrund des Erbbaurechtsvertrages übertragenen Gesamterbbaurechts (Ziff. II ErbV) wird durch die Kündigung des Entsorgungsvertrages nicht berührt. Die Kündigung des Entsorgungsvertrages stellt jedoch einen besonderen Grund i. S. d. § 16 Abs. 1 Satz 1 e ErbV dar, der den Landkreis als Grundstückseigentümer berechtigt, die sofortige Übertragung des Erbbaurechts auf sich oder einen von ihm zu bezeichnenden Dritten vor Ablauf der Dauer des Erbbaurechts auf Kosten des Erbbauberechtigten zu verlangen (sog. „Heimfall“). Gem. § 16 Abs. 1 Satz 2 ErbV hat aber auch die EEW einen Anspruch gegenüber dem Landkreis Göppingen, dass dieser sein Heimfallrecht ausübt.

Die Kosten des Heimfalls, d. h. der Rückübertragung des Gesamterbbaurechts, wären gem. § 16 Abs. 1 Satz 1 ErbV von der EEW zu tragen. Der Landkreis Göppingen ist nach § 16 Abs. 2 Satz 1 ErbV jedoch verpflichtet, der EEW eine Entschädigung in Höhe des sich bei linearer Abschreibung ergebenden Buchwertes der Investitionen für Bauwerke, Anlagen und Einrichtungen zum Zeitpunkt des Heimfalls zu gewähren. Etwas anderes gilt nur, sofern der Landkreis und die EEW anderweitige Regelungen über Schadensersatz oder Aufwendungsersatz im Fall der Ausübung des Heimfallrechts vereinbart haben. Für das Vorliegen abweichender Regelungen liegen uns keine Anhaltspunkte vor.

Der Landkreis Göppingen wäre gem. § 16 Abs. 2 Satz 1 ErbV also verpflichtet, der EEW den Zeitwert der gesamten Anlagen zu erstatten.

Wir weisen darauf hin, dass der Landkreis Göppingen den Anspruch auf Heimfall gem. § 16 Abs. 3 ErbV nur innerhalb von 6 Monaten von dem Zeitpunkt der Beendigung des Entsorgungsvertrages geltend machen kann. Überschreitet der Landkreis Göppingen diese Frist, wäre die EEW berechtigt, die Einrede der Verjährung zu erheben.

Gem. § 16 Abs. 4 ErbV wäre der Landkreis Göppingen mit Geltendmachung des Heimfallanspruchs berechtigt, die Erbbaugrundstücke zum Weiterbetrieb des MHKW – ungeachtet sich aus dem Heimfallanspruch eventuell ergebender Rechtstreitigkeiten – in Besitz zu nehmen.

II. Rekommunalisierung

Im Folgenden stellen wir die Voraussetzungen und Rahmenbedingungen dar, unter denen der Landkreis Göppingen – nach Kündigung des Entsorgungsvertrages und Rückübertragung des Gesamterbbaurechts – das MHKW wieder in die kommunale Trägerschaft überführen kann.

Zunächst widmen wir uns der Frage, ob bzw. in welchem Umfang der Landkreis die Kosten der Rekommunalisierung über den Gebührenhaushalt finanzieren kann oder ob diese vom allgemeinen Haushalt zu tragen sind (**hierzu 1.**). Anschließend klären wir, ob der Landkreis das MHKW über ein Unternehmen in Privatrechtsform betreiben dürfte, an dem der Landkreis mehrheitlich beteiligt ist (**hierzu 2.**).

1. Finanzierung über den Gebührenhaushalt

Die dem Landkreis Göppingen durch die Rekommunalisierung des MHKW entstehenden Kosten können möglicherweise über den Gebührenhaushalt finanziert werden. Wir stellen zunächst dar, inwiefern die Kosten für den Erwerb und Betrieb einer Abfallbehandlungsanlage nach Maßgabe des Kommunalabgabengesetzes des Landes Baden-Württemberg (fortan: KAG BW) in der Gebührenkalkulation grundsätzlich ansatzfähig sind (**hierzu a.**). Sodann zeigen wir auf, in welchem Maße der Grundsatz der Erforderlichkeit die Ansatzfähigkeit von Erwerbs- und Betriebskosten betreffend Abfallentsorgungsanlagen einschränkt, die – wie das MHKW Göppingen – nur zum Teil für die Wahrnehmung der öffentlichen Aufgabe genutzt werden (**hierzu b.**) und fassen unser Ergebnis zusammen (**hierzu c.**).

a) **Ansatzfähige Kosten**

Rechtsgrundlage für die Erhebung von Gebühren für die Benutzung der öffentlichen Abfallentsorgung sind die §§ 14, 18 KAG BW.

§ 14 Abs. 1 Satz 1 KAG BW lautet:

„Die Gebühren dürfen höchstens so bemessen werden, dass die nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen insgesamt ansatzfähigen Kosten (Gesamtkosten) der Einrichtung gedeckt werden [...].“

§ 18 Abs. 1 KAG BW ergänzt § 14 Abs. 1 Satz 1 KAG BW mit Blick auf die Erhebung von Benutzungsgebühren im Bereich der öffentlichen Abfallentsorgung wie folgt:

„Für die Erhebung von Gebühren für die Benutzung der öffentlichen Abfallentsorgung gilt ergänzend, dass

[...]

- 2. alle Abfallverwertungs- und Abfallbeseitigungsanlagen einschließlich der stillgelegten Anlagen [...] eine Einrichtung des Trägers bilden, bei der Gebühren nach einheitlichen Sätzen erhoben werden, sofern durch Satzung nichts anderes bestimmt ist,*

[...]

- 8. bei der Gebührenbemessung ferner die in ordnungsgemäßer Wahrnehmung der Aufgabe nach § 15 Abs. 1 [KrWG] entstandenen Kosten für Planung und Entwicklung nicht verwirklichter Vorhaben berücksichtigt werden können; diese Kosten*

sind über einen angemessenen Zeitraum zu verteilen.“

§§ 14 Abs. 1 Satz 1, 18 Abs. 1 Nr. 2 KAG BW regeln die Ansatzfähigkeit einrichtungsbedingter Kosten in der Kalkulation der Abfallgebühren. Der Rechtsprechung zufolge kann der Einrichtungsträger diejenigen Kosten über den Gebührenhaushalt finanzieren, die unmittelbar aufgrund des Erbringens von Leistungen im Rahmen der öffentlichen Einrichtung entstehen und für die Wahrnehmung der öffentlichen Aufgabe erforderlich sind.

Zu den Kosten, die für das Betreiben der öffentlichen Einrichtung erforderlich sind, zählen grundsätzlich die Kosten für die Planung, die Errichtung und den Betrieb von Abfallentsorgungsanlagen in kommunaler Trägerschaft.

- Vgl. *Göss/Reif*, PdK Baden-Württemberg zum KAG, Band E 4a, Stand: November 2015, § 14 KAG BW, Ziff. 4.1.2.1 und 4.1.4. -

b) Grenzen der gebührenrechtlichen Erforderlichkeit

In der Rechtsprechung des VGH Mannheim ist anerkannt, dass Kosten des Betriebs von Abfallentsorgungsanlagen nicht mehr gebührenfähig sind, wenn sie „über den zur Erfüllung der Aufgaben unbedingt notwendigen Umfang“ hinausgehen. Dies ist der Fall, wenn die Kosten nicht für die Erbringung von Leistungen im Rahmen der öffentlichen Einrichtung erforderlich sind, d.h. der von §§ 14, 18 KAG BW vorausgesetzte (enge) Sachzusammenhang zwischen Kosten und Leistungserbringung nicht mehr gegeben ist.

- Vgl. *VGH Mannheim*, Urteil vom 22.10.1998, 2 S 399/97, BeckRS 1998, 23197; *VGH Mannheim*, Urteil vom 27.01.2000, 2 S 1621/97, NVwZ-RR 2000, 710 (711); *OVG Münster*, Urteil vom 27.04.2015, 9 A 2813/12, BeckRS 2015, 46365. -

Mit Blick auf den Betrieb des MHKW Göppingen ist fraglich, ob der Landkreis bei einer Rekommunalisierung des MHKW sämtliche Kosten, die mit dem Erwerb und dem Betrieb der Anlage einhergehen, in die Kalkulation der Abfallgebühren einstellen dürfte. Seit Inkrafttreten des Entsorgungsvertrages im Jahr 1995 sinkt der Anteil der mit dem Landkreis Göppingen vereinbarten Garantiemenge sowie der Anteil der vom Landkreis Göppingen angedienten Verbrennungsmenge an der jährlichen Höchstdurchsatzmenge der Anlage kontinuierlich.

Während die genehmigungsrechtlich zulässige Höchstdurchsatzmenge von 120.000 Mg/a auf derzeit 179.580 Mg/a gestiegen ist, sind die vom Landkreis Göppingen mit der VEBA bzw. der EEW vereinbarten Garantiemengen seit Vertragsbeginn hingegen um nahezu die Hälfte – von 80.000 Mg/a (1996) auf 50.000 Mg/a (2019) – gesunken. Ab dem Jahr 2021 fällt die Garantiemengen noch um weitere 10.000 Mg/a auf 40.000 Mg/a.

Annähernd proportional zu den Garantiemengen haben sich die vom Landkreis Göppingen angedienten Verbrennungsmengen entwickelt. Im Vergleich zur Situation bei Vertragsbeginn haben sich die jährlichen Verbrennungsmengen um ca. 31.000 Mg reduziert.

Angesichts der Erhöhung der genehmigungsrechtlich zulässigen Höchstdurchsatzmenge zum 03.04.2019, sinkt der Anteil der Göppinger Garantiemenge im Jahr 2019 auf ca. 28 % der Anlagenauslastung ab. Ab dem Jahr 2021 beträgt der Anteil der Göppinger Garantiemenge nur noch ca. 22 %, bevor sie ab dem Jahr 2026 (demnach vor dem 30.06.2028) komplett entfällt.

Der weiteren Betrachtung legen wir die Annahme zugrunde, dass sich die – zur Entwicklung der Garantiemenge annähernd proportionale – rückläufige Entwicklung der Göppinger Verbrennungsmenge auch in der Zukunft fortsetzt. Hiernach ist zu erwarten, dass der Anteil der aus dem Landkreis Göppingen stammenden Restabfälle auch zum Zeitpunkt der eventuellen Rekommunalisierung (01.07.2028) nicht bzw. nicht wesentlich höher liegt als 25 %, zumal durch das vom Kreistag

am 12.03.2019 beschlossene Sammel- und Gebührenkonzept ab dem Jahr 2022 von einer Reduzierung der kommunalen Restabfallmenge um ein Drittel ausgegangen wird. Um das MHKW wirtschaftlich zu betreiben, wäre es erforderlich, dass der Landkreis Göppingen – wie derzeit die EEW – auch Abfälle in der Anlage behandelt, die nicht von Nutzern der öffentlichen Einrichtung angedient werden (z.B. Restabfälle anderer öRE, Gewerbeabfälle).

Nach der Rechtsprechung des VGH Mannheim wäre es dem Landkreis Göppingen verwehrt, die Betriebskosten der rekommunalisierten Anlage in Gänze in der Gebührenkalkulation anzusetzen, da der überwiegende Anteil der Betriebskosten durch die Behandlung von Abfällen verursacht würde, die nicht aus der öffentlichen Einrichtung stammen.

Der Landkreis könnte die Betriebskosten nur anteilig in der Gebührenkalkulation ansetzen und zwar in der Höhe, die das prozentuale Verhältnis von überlassungspflichtigen Abfällen aus dem Landkreis Göppingen zu den insgesamt im MHKW behandelten Abfällen widerspiegelt. Sämtliche darüberhinausgehenden Betriebskosten wären über den allgemeinen Haushalt des Landkreises zu finanzieren, da sie nicht unmittelbare Folge der Erbringung von Leistungen der öffentlichen Abfallentsorgung im Landkreis Göppingen darstellen.

Auch ist davon auszugehen, dass der Landkreis nicht die vollständigen Kosten für den Erwerb der Anlage in die Gebührenkalkulation einbeziehen kann. Die Kosten für den Erwerb der Anlage stellen die Kosten dar, die dem Landkreis Göppingen aufgrund des „Heimfalls“ (vgl. oben I. 3.) entstehen, da mit dem Heimfall der Zeitwert der Anlage gegenüber dem bisherigen Betreiber, der EEW, abgegolten wird.

Die Rechtsprechung sieht die Schwelle der Erforderlichkeit von Planungs- und Baukosten als überschritten an, wenn der Einrichtungsträger im Zeitpunkt der Planung der Anlage bereits erkennen konnte, dass eine Auslastung der Anlage durch landkreiseigene Abfälle in absehbarer Zeit nach Inbetriebnahme nicht zu erwarten sei.

- Vgl. *Gössl/Reif*, PdK Baden-Württemberg zum KAG, Band E 4a, Stand: November 2015, § 14 KAG BW, Ziff. 4.1.2.1 und 4.1.4. -

Die bewusste Inkaufnahme von „Leerkosten“, d.h. die Kosten für nicht ausgelastete Anlagenkapazitäten sind der Rechtsprechung zufolge nicht gebührenfähig, wenn die Prognose des Einrichtungsträgers zum Planungszeitpunkt hinsichtlich der erwarteten Auslastung der Anlage objektiv außerhalb aller Erfahrungswerte lag bzw. die Anlage „auf Vorrat“ gebaut wurde.

- Vgl. *OVG Schleswig*, Urteil vom 30.01.1995, 2 L 128/94, BeckRS 1995, 07789, Rn. 34; *OVG Münster*, Urteil vom 27.04.2015, 9 A 2813/12, BeckRS 2015, 46365; ähnlich *VG Göttingen*, Urteil vom 23.02.2011, 3 A 170/09, BeckRS 2011, 48319. -

Zulässig ist es allein, bei der Planung der Abfallentsorgungsanlage Kapazitätsreserven einzuplanen, um künftige Veränderungen der Abfallmengen kompensieren zu können. Das OVG Koblenz sieht es, angesichts der *„erheblichen Unsicherheiten bei der Abschätzung der zukünftig anfallenden [...] Restabfälle“* beispielsweise als zulässig an, *„[Abfallbehandlungsanlagen] im Zweifel eher etwas zu groß als zu klein zu dimensionieren, um nicht gezwungen zu sein, in einiger Zeit eine weitere Abfallbehandlungsanlage planen und errichten zu müssen“*.

- Vgl. *OVG Koblenz*, Urteil vom 20.09.2001, 12 A 10063/01, NVwZ-RR 2002, 690 (692). -

Die Verwaltungsrechtsprechung hat in der Vergangenheit Überkapazitäten in Höhe von 20 % bis 30 % nicht beanstandet, sofern der Einrichtungsträger im Zeitpunkt der Planungsentscheidung das ihm zustehende Ermessen fehlerfrei ausgeübt hat.

- Vgl. *OVG Lüneburg*, Urteil vom 08.08.1990, 9 L 182/89, NVwZ-RR 1991, 383 (385); *OVG Münster*, Urteil vom 27.04.2015, 9 A 2813/12, BeckRS 2015, 46365. -

Legt man der künftigen Entwicklung der Abfallmengen im Landkreis Göppingen die Entwicklung seit Inkrafttreten des Entsorgungsvertrages zugrunde, so ist davon auszugehen, dass der Landkreis die Anlage – selbst bei Ausschöpfung einer 30%igen „Reservekapazität“ – nur zur Hälfte mit Abfällen aus dem Landkreis auslasten kann. Darüber hinaus müsste die Anlage mit Abfällen anderer öRE oder von Gewerbebetrieben ausgelastet werden, um einen wirtschaftlichen Betrieb zu gewährleisten. Da die für die Behandlung dieser Abfälle erforderlichen Kosten nicht der öffentlichen Einrichtung zuzurechnen sind, wären auch die Kosten für den Erwerb der Anlage zu weiten Teilen nicht in der Gebührenkalkulation ansatzfähig.

c) Zwischenergebnis

Legt man die Entwicklung der Abfallmengen aus dem Landkreis Göppingen seit Inkrafttreten des Entsorgungsvertrages sowie die steigenden Durchsatzkapazitäten des MHKW Göppingen auch für die kommenden Jahre zugrunde, so ist zu erwarten, dass der Landkreis Göppingen das MHKW im Fall der Rekommunalisierung nur zu einem geringen Anteil mit „hoheitlichen“ Abfällen des Landkreises auslasten kann.

Um die Anlage wirtschaftlich zu betreiben, wäre es nach wie vor erforderlich, große Mengen an Abfällen zu behandeln, die nicht aus der öffentlichen Einrichtung stammen.

Die Kosten für die Behandlung solcher Abfälle sowie die anteiligen Kosten für den Erwerb der Anlage sind nach §§ 14, 18 KAG BW jedoch nicht in der Abfallgebührenkalkulation ansatzfähig, sondern wären über den allgemeinen Haushalt des Landkreises zu finanzieren.

2. Kommunalwirtschaftliche Betätigung

Zu klären ist, ob im Fall der Rekommunalisierung der Landkreis das MHKW selbst betreibt oder den Betrieb auf eine kommunale Eigengesellschaft überträgt.

Gemäß § 48 Landkreisordnung des Landes Baden-Württemberg (fortan: LKrO BW) in Verbindung mit § 102 Abs. 1 Gemeindeordnung des Landes Baden-Württemberg (fortan: GemO BW) darf der Landkreis ein kommunalwirtschaftliches Unternehmen nur errichten, wenn der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt (Nr. 1), das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit des Landkreises und zum voraussichtlichen Bedarf steht (Nr. 2) und bei einem Tätigwerden außerhalb der kommunalen Daseinsvorsorge der Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Anbieter erfüllt wird oder erfüllt werden kann (Nr. 3).

Mit Blick auf die hohe Fremdauslastung des MHKW, die infolge einer eventuellen Rekommunalisierung zu erwarten wäre, stellt sich bereits die Frage, ob der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt. Dem Landkreis steht bei der Beurteilung dieser Frage zwar ein weiter Ermessensspielraum zu. Der Landkreis muss jedoch darlegen können, dass ein kommunalwirtschaftliches Unternehmen durch die Erfordernisse des Gemeinwohls ausdrücklich gerechtfertigt ist, beispielsweise um die Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu gewährleisten.

- Vgl. *Ade*, in: Dirnberger u.a. (Hrsg.), PdK Baden-Württemberg zur GemO, Band BW B-2, 6. Fassung 2019, § 102 GemO BW, S. 331. -

Mit Blick auf eine kommunalwirtschaftliche Betätigung steht dem vom Landkreis zu dienenden öffentlichen Zweck – Gewährleistung von Entsorgungssicherheit für seine „hoheitlichen“ Verbrennungsmengen – eine voraussichtlich geringe Auslastung der Anlage mit landkreiseigenen Abfällen entgegen. Angesichts der seit Beginn des Entsorgungsvertrages rückläufigen Abfallmengen ist zu erwarten, dass die Anlage im Zeitpunkt der eventuellen Rekommunalisierung zu ca. 75 % mit Abfällen ausgelastet ist, die

nicht aus dem Gebiet der öffentlichen Einrichtung stammen. Sollte der Landkreis eine kommunalwirtschaftliche Betätigung dahingehend erwägen, dass er den Betrieb des MHKW auf eine Eigengesellschaft überträgt, wäre näher zu prüfen, ob die Gewährleistung von Entsorgungssicherheit den Betrieb einer Anlage rechtfertigt, in der zu geringem Teil Eigenabfälle, zu überwiegendem Teil jedoch Fremdadfälle verbrannt werden. Im Bedarfsfall könnte der Landkreis zudem erwägen, die Zulässigkeit der kommunalwirtschaftlichen Betätigung vorab mit der Kommunalaufsichtsbehörde zu erörtern.

3. Vergaberecht

Bei der eventuellen Rekommunalisierung des MHKW müsste der Landkreis zudem die Regelungen des Vergaberechts beachten. Nachfolgend geben wir daher Hinweise zu den vergaberechtlichen Rahmenbedingungen betreffend die Überlassung von Restabfällen durch öRE an den Anlagenbetreiber.

Möglicherweise könnte es im Interesse einiger Stadt- und Landkreise als öRE liegen, entsorgungspflichtige Restabfälle ohne vorherige Durchführung eines Verfahrens öffentlicher Auftragsvergabe dem Betreiber des MHKW Göppingen zu überlassen. Je nachdem, ob der Landkreis Göppingen das MHKW infolge der eventuellen Rekommunalisierung selbst betreiben wird oder den Anlagenbetrieb auf einen anderen öffentlichen Aufgabenträger bzw. ein kommunalwirtschaftliches Unternehmen im Sinne des § 102 GemO BW überträgt, ist die Frage, ob Restabfälle nur aufgrund eines zuvor durchgeführten Vergabeverfahrens überlassen werden dürfen, nicht nur für andere öRE, sondern auch für den Landkreis Göppingen selbst von Relevanz.

Nachfolgend zeigen wir auf, unter welchen Voraussetzungen der Landkreis Göppingen die in seinem Entsorgungsgebiet anfallenden „hoheitlichen“ Restabfälle vergabefrei im MHKW entsorgen lassen könnte. Unsere Ausführungen untergliedern wir in die nach Kommunalrecht denkbaren Formen des Anlagenbetriebes. Einleitend stellen wir den Betrieb des MHKW durch den Landkreis Göppingen dar und gehen hierbei auf die Rechtsfor-

men des Eigenbetriebes (**hierzu a.**), des kommunalwirtschaftlichen Unternehmens (**hierzu b.**) und der selbständigen Kommunalanstalt ein (**hierzu c.**). Sodann zeigen wir die vergaberechtlichen Voraussetzungen einer Übertragung des Anlagenbetriebes auf eine Fremd- oder Beteiligungsgesellschaft (**hierzu d.**) und des Anlagenbetriebs durch eine Öffentlich-Private Partnerschaft auf (**hierzu e.**). Wir beleuchten ferner die Möglichkeiten der interkommunalen Kooperation, d.h. der Zusammenarbeit des Landkreises Göppingen mit anderen öRE (**hierzu f.**) und gehen abschließend auf den Anlagenbetrieb durch Zweckverband (**hierzu g.**) und gemeinsame selbständige Kommunalanstalt ein (**hierzu h.**).

a) Anlagenbetrieb durch Eigenbetrieb des Landkreises

Der Landkreis Göppingen könnte die Aufgabe des Anlagenbetriebes auf einen Eigenbetrieb übertragen. Eigenbetriebe stellen wirtschaftliche Unternehmen einer kommunalen Gebietskörperschaft ohne Rechtspersönlichkeit im Sinne des § 48 LKrO BW in Verbindung mit § 102 GemO BW dar.

- Vgl. *VGH Mannheim*, Urteil vom 18.10.1990, 2 S 2098/89, NVwZ 1991, 583. -

Der Landkreis Göppingen könnte die Entsorgung der „hoheitlichen“ Abfälle aus dem Kreisgebiet über den Eigenbetrieb durchführen ohne zuvor ein Verfahren der öffentlichen Auftragsvergabe durchführen zu müssen, da der Eigenbetrieb lediglich eine Organisationseinheit des Landkreises darstellt und eine Personenverschiedenheit zwischen öffentlichem Auftraggeber und Auftragnehmer nicht vorliegt. Eigenbetriebe sind nach Maßgabe der Regelungen des baden-württembergischen Eigenbetriebesgesetzes und der baden-württembergischen Eigenbetriebsverordnung zu führen.

Die organisatorischen, tariflichen und steuerlichen Auswirkungen bei der Übertragung des Anlagenbetriebes auf einen Eigenbetrieb des Landkreises haben wir nicht betrachtet. Wenn diese Variante in die nähere Auswahl kommt, nehmen wir hierzu gerne gesondert Stel-

lung. Wir weisen in diesem Zusammenhang darauf hin, dass der Betrieb von Abfallbehandlungsanlagen durch kommunale Eigenbetriebe in der Praxis eher unüblich ist. Die steuer-, versicherungs- und haftungsrechtlichen Fragen sprechen regelmäßig für die GmbH-Form.

b) Anlagenbetrieb durch kommunalwirtschaftliches Unternehmen des Landkreises

Beim Anlagenbetrieb durch ein kommunalwirtschaftliches Unternehmen des Landkreises (vgl. oben B.II.2.) müsste der Landkreis die Überlassung der entsorgungspflichtigen Abfälle an die Gesellschaft auf vertraglicher Grundlage regeln. Da der Landkreis öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 GWB ist und die Auftragsvolumina von Entsorgungsverträgen regelmäßig oberhalb der in § 106 GWB in Verbindung mit Art. 4 der Richtlinie 2014/24/EU definierten Schwellenwerte für Dienstleistungsaufträge (ab dem 01.01.2020: 214.000 €) liegen, wäre der Auftrag an das wirtschaftliche Unternehmen, die Abfälle des Landkreises im MHKW zu entsorgen, gemäß § 97 Abs. 1 GWB grundsätzlich vergabepflichtig.

Eine Ausnahme von der Vergabepflicht könnte in dieser Konstellation lediglich über die Anwendung des § 108 Abs. 1 GWB erzielt werden, der die Voraussetzungen der „vertikalen Inhouse-Vergabe“ regelt, auf welche die Vorschriften der §§ 97 ff. GWB nicht anzuwenden sind.

§ 108 Abs. 1 GWB besagt:

„[§§ 97 ff. GWB sind] nicht anzuwenden auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen, die von einem öffentlichen Auftraggeber [...] an eine juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts vergeben werden, wenn

- 1. der öffentliche Auftraggeber über die juristische Person eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt,*

2. *mehr als 80 % der Tätigkeiten der juristischen Person der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von dem öffentlichen Auftraggeber oder von einer anderen juristischen Person, die von diesem kontrolliert wird, betraut wurde, und*
3. *an der juristischen Person keine direkte private Kapitalbeteiligung besteht, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die durch gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln.“*

Um die Voraussetzung des § 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB zu erfüllen, wäre es erforderlich, dass der Landkreis über das wirtschaftliche Unternehmen eine dienststellenähnliche Kontrolle ausübt. Der Landkreis müsste auf die Entscheidungen des wirtschaftlichen Unternehmens ausschlaggebenden Einfluss nehmen können. Bei einer GmbH wäre dies jedenfalls bei einer 100%igen Kapitalbeteiligung durch den Landkreis gewährleistet.

- Vgl. *Ziekow*: in Ders./Völlink (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 108 GWB, Rn. 24; *Portz*, in: Kulartz u.a. (Hrsg.), GWB-Vergaberecht, 4. Aufl. 2016, § 108 GWB, Rn. 52. -

Die Voraussetzung des § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB soll gewährleisten, dass ein kommunalwirtschaftliches Unternehmen überwiegend für den öffentlichen Aufgabenträger, von dem es beherrscht wird, tätig ist. Höchstens 20 % der Tätigkeiten des Unternehmens dürfen „am Markt“, d.h. für andere Auftraggeber erbracht werden.

Mit Blick auf die hohe Fremdauslastungsquote des MHKW Göppingen weisen wir darauf hin, dass der Landkreis die Voraussetzung des § 108 Abs. 1 Nr. 2 GWB wohl kaum erfüllen kann. Denn für eine vertikale Inhouse-Vergabe wäre es erforderlich, dass es sich bei den im

MHKW behandelten Abfällen zu mindestens 80 % um „hoheitliche“ Abfälle handelt, für die der Landkreis Göppingen entsorgungspflichtig ist. Im Jahr 2018 machte die vom Landkreis Göppingen angediente Verbrennungsmenge ca. 33 % der genehmigungsrechtlich zulässigen Höchstdurchsatzmenge aus. Geht man davon aus, dass sich die Verbrennungsmenge künftig weiterhin annähernd proportional zu der mit der EEW vereinbarten Garantiemenge entwickelt, ist das „80 %-Kriterium“ mit Blick auf eine eventuelle Rekommunalisierung des MHKW im Auge zu halten. Ab dem 01.01.2021 macht die Göppinger Garantiemenge nur noch ca. 22 % der Höchstdurchsatzmenge aus.

Für einen Ausschluss des Vergaberechts wäre es notwendig, dass alle in § 108 Abs. 1 Nr. 1–3 GWB aufgeführten Kriterien gleichermaßen erfüllt sind. Anderenfalls müsste der Landkreis Göppingen die Entsorgung der im Kreisgebiet angefallenen Restabfälle öffentlich ausschreiben. Die Übertragung des Anlagenbetriebs auf ein kommunalwirtschaftliches Unternehmen des Landkreises, an dem außer dem Landkreis Göppingen kein anderer öRE beteiligt ist, stellt aus unserer Sicht keine zielführende Alternative dar.

c) Anlagenbetrieb durch selbständige Kommunalanstalt

Seit Dezember 2015 sieht § 102a Abs. 1 Satz 1 GemO BW die Möglichkeit für Gemeinden vor, durch Satzung eine selbständige Kommunalanstalt in der Rechtsform einer rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts (fortan: AöR) zu errichten. Die in §§ 102a–102d GemO BW enthaltenen Regelungen zur selbständigen kommunalen Anstalt sind über die Verweisungsnorm des § 48 LKrO BW auf Landkreise entsprechend anwendbar.

§ 102a Abs. 1 Satz 2 GemO BW sieht vor, dass die Errichtung einer selbständigen Kommunalanstalt in Form einer AöR den Vorgaben des § 102 GemO genügen muss, wenn mit der selbständigen Kommunalanstalt eine wirtschaftliche Betätigung verbunden ist. Da in dem MHKW – neben Restabfällen des Landkreises Göppingen – auch Restabfälle anderer öRE bzw. gewerbliche Abfälle verbrannt werden,

läge eine wirtschaftliche Betätigung i.S.d. § 102 GemO vor. Die Voraussetzungen, die der Landkreis bei der Errichtung einer AöR zu befolgen hätte, wären dieselben wie bei der Gründung eines kommunalwirtschaftlichen Unternehmens (vgl. oben B. II. 2.).

Wir weisen darüber hinaus darauf hin, dass die Anstaltssatzung bei der Errichtung einer selbständigen Kommunalanstalt gemäß § 102a Abs. 4 Satz 1 GemO der Rechtsaufsichtsbehörde zur Genehmigung vorzulegen wäre. Bei der Gründung eines kommunalwirtschaftlichen Unternehmens müsste der Landkreis gegenüber der Rechtsaufsichtsbehörde – im Rahmen der Vorlagepflicht des § 108 GemO BW – lediglich nachweisen, dass die Voraussetzungen des § 103 Abs. 1 und 2 GemO BW erfüllt sind.

In vergaberechtlicher Hinsicht könnte die Übertragung der Aufgabe Abfallentsorgung auf die selbständige Kommunalanstalt ohne Durchführung einer öffentlichen Ausschreibung erfolgen, wenn der Landkreis der AöR nach Maßgabe des § 102a Abs. 5 Satz 1 und 4 GemO BW die Satzungs- und Gebührenhoheit überträgt (vgl. hierzu ausführlich unten B. II. 3. f.).

d) Anlagenbetrieb durch Fremd- oder Beteiligungsgesellschaft

In politischer Runde wurde auch diskutiert, dass der Landkreis Göppingen den Betrieb der Anlage auf eine Fremd- oder Beteiligungsgesellschaft, z.B. die Energieversorgung Filstal GmbH & Co. KG (fortan: EVF), übertragen könnte.

Die eventuelle Rekommunalisierung würde hierbei in zwei Stufen erfolgen, wobei im Rahmen der ersten Stufe das Gesamterbbaurecht von der EEW auf den Landkreis Göppingen übertragen würde (vgl. oben B.I.) und im Rahmen der zweiten Stufe die EVF das Recht erhält, das MHKW zu betreiben. Denkbar wäre es, dass der Landkreis Göppingen der EVF – wie bereits derzeit der EEW – ein Erbbaurecht am Anlagengrundstück einräumt und mit ihr einen Entsorgungsvertrag über die Behandlung der Abfälle schließt. Daneben ist es auch denkbar, dass der Landkreis Göppingen das Eigentum am Grundstück und

an den darauf befindlichen Anlagen überträgt. Sofern der Anlagenbetrieb durch die EVF Göppingen erwogen wird, stellen wir gerne die Möglichkeiten und Voraussetzungen einer vertraglichen „Übertragung“ des MHKW vom Landkreis auf die EVF dar.

Gesetzt den Fall, die EVF wären Anlagenbetreiber, müsste der Landkreis Göppingen die Entsorgung der im Kreisgebiet anfallenden Abfälle im Wege eines Entsorgungsvertrages mit der EVF regeln. Dieser wäre allerdings vergabepflichtig (vgl. oben II.3.b.).

Eine Ausnahme von der Vergabepflicht nach Maßgabe des § 108 GWB kommt nicht in Betracht, da es bereits an dem für eine vertikale Inhouse-Vergabe erforderlichen Kontrollverhältnis zwischen EVF und Landkreis fehlt.

e) Öffentlich-Private Partnerschaft

Denkbar ist ferner, dass das MHKW Göppingen in Form einer Öffentlich-Privaten Partnerschaft (fortan: ÖPP) betrieben wird.

Die ÖPP ist eine Form der funktionalen Privatisierung, bei welcher der Landkreis Göppingen zwar Inhaber der öffentlichen Aufgabenverantwortung – hier: ordnungsgemäße Entsorgung von Restabfällen im MHKW Göppingen – wäre, der Anlagenbetrieb jedoch auf Grundlage eines langfristigen öffentlich-rechtlichen Vertrages von einer privaten Betreibergesellschaft durchgeführt würde.

Wir weisen darauf hin, dass die ÖPP jedoch nicht dazu führt, dass der Landkreis Göppingen die im Kreisgebiet anfallenden Restabfälle ohne vorherige Durchführung eines Vergabeverfahrens im MHKW verbrennen lassen kann. Da der Landkreis über die private Betreibergesellschaft bereits nicht die nach § 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB erforderliche „Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen“ ausübt, liegen die Voraussetzungen für ein vergabefreies vertikales Inhouse-Geschäft nicht vor.

f) Interkommunale Zusammenarbeit

Die vorangehende Darstellung hat gezeigt, dass die Übertragung des Anlagenbetriebs auf ein kommunalwirtschaftliches Unternehmen des Landkreises, eine selbständige Kommunalanstalt, die EVF bzw. eine ÖPP nicht oder nur unter sehr engen Voraussetzungen dazu führt, dass der Abschluss eines Entsorgungsvertrages zwischen dem Landkreis und dem Anlagenbetreiber vergabefrei ist (vgl. oben II.3.a-e).

Nachfolgend zeigen wir auf, inwiefern Ausnahmen von der Vergabepflicht denkbar wären, wenn der Landkreis Göppingen das MHKW in Kooperation mit anderen öRE betreiben würde. Dabei gehen wir zunächst auf die Möglichkeit ein, dass der Landkreis Göppingen zusammen mit anderen öRE den Gesellschafterkreis eines wirtschaftlichen Unternehmens im Sinne des § 102 GemO BW bildet (**hierzu aa.**). Anschließend stellen wir die Anforderungen des Vergaberechts dar, wenn mehrere öRE eine Zusammenarbeit auf der Grundlage von Zweckvereinbarungen anstreben (**hierzu bb.**).

aa) Anlagenbetrieb durch kommunalwirtschaftliches Unternehmen mehrerer Stadt- oder Landkreise

Zu dem unter B.II.3.b. dargestellten Szenario unterscheidet sich die hier aufgezeigte Variante, dass der Landkreis Göppingen zusammen mit anderen öRE – unter Beachtung der Vorgaben des § 48 LKrO BW in Verbindung mit §§ 102 ff. GemO BW – ein kommunalwirtschaftliches Unternehmen gründet, dessen Gesellschafter ausschließlich öRE sind, die dem Unternehmen entsorgungspflichtige Restabfälle überlassen.

Unter bestimmten Voraussetzungen privilegiert § 108 GWB die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Rahmen der interkommunalen Zusammenarbeit von öffentlichen Auftraggebern. Bei der interkommunalen Zusammenarbeit innerhalb eines kommunalwirtschaftlichen Unternehmens findet § 108 Abs. 4 und 5 GWB Anwendung.

§ 108 Abs. 4 GWB besagt:

„[§§ 97 ff. GWB sind] nicht anzuwenden auf die Vergabe öffentlicher Aufträge, bei denen der öffentliche Auftraggeber [...] über eine juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechts zwar keine Kontrolle im Sinne des Absatzes 1 Nummer 1 ausübt, aber

- 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, beauftragt wurde, und*
- 3. an der juristischen Person keine direkte private Kapitalbeteiligung besteht; Absatz 1 Nummer 3 zweiter Halbsatz gilt entsprechend.“*

Erforderlich ist zunächst, dass mehrere öffentliche Auftraggeber – hier: Landkreis Göppingen und andere Stadt- und Landkreise in ihrer Eigenschaft als öRE – eine „gemeinsame Kontrolle“ über das wirtschaftliche Unternehmen ausüben. Eine „gemeinsame Kontrolle“ im Sinne des § 108 Abs. 4 Nr. 1 GWB ist gemäß § 108 Abs. 5 GWB gegeben, 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.“*

Eine „gemeinsame Kontrolle“ innerhalb eines wirtschaftlichen Unternehmens, das die Anlage betreibt, ließe sich dergestalt erzielen, dass der Landkreis Göppingen das Unternehmen gemeinsam mit mehreren öRE gründet, die dem MHKW ebenfalls entsorgungspflichtige Abfälle überlassen würden. In diesem Zusammenhang sind jedoch mehrere Faktoren zu beachten:

- Im Gesellschaftsvertrag wäre zu regeln, dass sich die Gesellschafterversammlung – sofern es sich bei dem wirtschaftlichen Unternehmen um eine GmbH handelt – aus Vertretern aller Entsorgungsträger zusammensetzt. Es ist nicht notwendig, allen Gesellschaftern gleiche Stimmrechte zukommen zu lassen, d.h. Minderheitsgesellschafter sind zulässig. Diesen müssen jedoch Vetorechte bei der Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung eingeräumt werden.

Mit Blick auf die Geschäftsführung ist es nicht notwendig, dass sämtliche Gesellschafter an dieser beteiligt werden. Der Gesellschaftsvertrag muss jedoch sicherstellen, dass die Geschäftsführung an die Weisungen der Gesellschafterversammlung gebunden ist.

- Vgl. *Ziekow*: in Ders./Völlink (Hrsg.), Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 108 GWB, Rn. 65. -

- Eine Marktausrichtung des wirtschaftlichen Unternehmens wäre zulässig, jedoch nur in begrenztem Umfang.

Zum einen wäre zu gewährleisten, dass in dem MHKW mindestens 80 % der Abfälle von den an der Gesellschaft beteiligten öRE stammen. Nach unseren Informationen wird die Anlage gegenwärtig nur zu ca. 60 % mit kommunalen Abfällen ausgelastet. Zur Herstellung einer „gemeinsamen Kontrolle“ i.S.d. § 108 Abs. 4 Nr. 1 GWB wäre nach derzeitigem Stand eine Erhöhung der kommunalen Verbrennungsmenge um weitere 20 % erforderlich und zwar mit Abfällen von Mitgesellschaftern.

Sofern das die Anlage betreibende Unternehmen auch Abfälle von Dritten annimmt, ist darauf zu achten, dass bei der Ausübung dieser Marktstätigkeit die Interessen der an der Gesellschaft beteiligten öRE nicht konterkariert werden.

- § 108 Abs. 1 Nr. 3 GWB sieht zudem einen grundsätzlichen Ausschluss privater Kapitalbeteiligungen vor.

Wenn die vorbezeichneten Voraussetzungen erfüllt sind, könnten die an der Betreibergesellschaft beteiligten öRE Entsorgungsverträge mit der Gesellschaft schließen, ohne dass es der vorherigen Durchführung eines Vergabeverfahrens bedarf.

bb) Interkommunale Kooperation durch Zweckvereinbarung

Eine vergabefreie interkommunale Zusammenarbeit zwischen dem Landkreis Göppingen und anderen öRE könnte auch durch den Abschluss von Zweckvereinbarungen begründet werden. Der Landkreis Göppingen würde als Anlagenbetreiber mit anderen öRE öffentlich-rechtliche Vereinbarungen schließen, auf deren Grundlage diese ihre entsorgungspflichtigen Abfälle dem Landkreis Göppingen zur Verbrennung überlassen.

Damit Abfälle auf Grundlage von Zweckvereinbarungen vergabefrei überlassen werden können, ist es jedoch notwendig, dass die Voraussetzungen des § 108 Abs. 6 GWB erfüllt sind.

Gemäß § 108 Abs. 6 GWB gelten die §§ 97 ff. GWB nicht auf Verträge zwischen zwei oder mehreren öffentlichen Auftraggebern, 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.“*

Damit der Landkreis Göppingen auf Grundlage von Zweckvereinbarungen Restabfälle anderer öRE ohne vorherige Durchführung eines Vergabeverfahrens annehmen kann, sind mehrere Anforderungen zu beachten:

- Die Zweckvereinbarung muss 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.

Dass der Landkreis Göppingen und weitere öRE eine Zusammenarbeit im Wesentlichen auf das Interesse stützen würden, ihrer gesetzlichen Entsorgungsverpflichtung nachzukommen, dürfte außer Frage stehen. In der Rechtsprechung ist es jedoch bislang nicht abschließend geklärt, wie intensiv die „Zusammenarbeit“ der öffentlichen Auftraggeber ausgestaltet werden muss und ob es ausreichend ist, in der Zweckvereinbarung „Leistung (thermische Abfallbehandlung) gegen Entgelt (Erstattung der Kosten)“ zu vereinbaren.

Der EuGH hat in seiner Entscheidung zur Rechtssache „Stadtreinigung Hamburg“ großzügige Maßstäbe an die Ausgestaltung von Zweckvereinbarungen gestellt. In dem Fall, in dem es ebenfalls um den Betrieb einer Abfallverwertungsanlage ging, nahm die Stadtreinigung Hamburg die thermische Abfallbehandlung für mehrere Nachbarlandkreise gegen Zahlung eines Jahresentgeltes wahr. Neben der Hauptleistung der Abfallbehandlung durch die Stadtreinigung Hamburg, verpflichteten sich die Nachbarlandkreise zur Bereitstellung nicht selbst genutzter Entsorgungskapazitäten, um etwaige Engpässe an Entsorgungskapazitäten seitens der Stadt Hamburg zu kompensieren. Darüber hinaus verpflichteten sich die Landkreise, den Anteil nicht verwertbaren Anlagenoutputs zur Entsorgung auf ihren Abfalldeponien aufzunehmen.

- Vgl. *EuGH*, Urteil vom 09.06.2009, Rs. C-480/06, EuZW 2009, 529, Rn. 40 f. – Stadtreinigung Hamburg. -

Vor dem Hintergrund der bisherigen EuGH-Rechtsprechung wäre es ausreichend, dass der Landkreis Göppingen die thermische Abfallbehandlung für weitere öRE gegen Zahlung eines kostendeckenden Entgeltes durchführt und die Zweckvereinbarung kleinere Nebenleistungspflichten der öRE, wie zum Beispiel die anteilige Rücknahme von Schlacken zur Deponierung, enthält.

Die Rechtsprechung des EuGH in Sachen „Stadtreinigung Hamburg“ steht derzeit allerdings auf dem Prüfstand. Da sich der EuGH in der Rechtssache mit der Auslegung der Vorgängernormen des heute geltenden Vergaberechts befasst hat, kann die Entscheidung nicht vorbehaltlos in die heutige Zeit übertragen werden.

Das OLG Koblenz hat mit Beschluss vom 14.05.2019 dem EuGH die Frage vorgelegt, ob es für eine vergabefreie interkommunale Zusammenarbeit ausreichend ist, wenn ein öffentlicher Auftraggeber eine ihm obliegende Entsorgungsaufgabe nicht vollständig selbst erledigt, sondern einen anderen öffentlichen Auftraggeber, der ebenfalls für die Abfallentsorgung auf seinem Gebiet zuständig ist, damit beauftragt, einen der notwendigen Arbeitsgänge gegen Entgelt durchzuführen.

- Vgl. *OLG Koblenz*, Beschluss vom 14.05.2019, Verg 1/19, NZBau 2019, 534 ff. -

Das OLG Koblenz vertritt in seinem Beschluss die Rechtsauffassung, dass § 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB restriktiv auszulegen sei. Eine die Vergabefreiheit begründende Zusammenarbeit könne nicht angenommen werden, wenn sich die Leistungsbeziehung auf das entgeltliche Outsourcing eines Teils der einem Beteiligten obliegenden Aufgabe beschränke. Ein „kooperatives Konzept“ liegt dem OLG Koblenz zufolge nur vor, wenn die gegenseitigen Beiträge mehr umfassen, als die Erfüllung einer den Beteiligten ohnehin obliegenden Pflicht bzw. das Leisten eines rein finanziellen Beitrags.

- Vgl. *OLG Koblenz*, Beschluss vom 14.05.2019, Verg 1/19, NZBau 2019, 534 (537 f.). -

Der Abschluss von Zweckvereinbarungen zwischen dem Landkreis Göppingen und anderen öRE wäre nur unter der

Voraussetzung vergabefrei möglich, dass alle Beteiligten eine echte Kooperation im Bereich der Abfallentsorgung anstreben, die über eine „Leistung gegen Entgelt“-Beziehung hinausgeht. Es wäre zu prüfen, ob die öRE im Bereich der Abfallentsorgung weitere Synergiepotentiale erschließen und eine Zusammenarbeit hierauf stützen könnten.

Die Zahlung eines Entgeltes für die Erbringung der Leistung der Abfallbehandlung stünde dem Abschluss einer Zweckvereinbarung nicht entgegen, sofern das Entgelt kostendeckend ist und weitere kooperative Beiträge der Beteiligten der Zweckvereinbarung hinzutreten (vgl. vorangehend).

- Weiterhin ist zu beachten, dass eine interkommunale Zusammenarbeit nur unter der Prämisse vergabefrei ist, dass die öffentlichen Auftraggeber, d.h. die an der Kooperation beteiligten öRE, auf dem Markt weniger als 20 % der Tätigkeit erbringen, die durch die Zusammenarbeit erfasst ist. Gemäß § 108 Abs. 7 Satz 1 GWB wäre für die Ermittlung der Markttätigkeit der durchschnittliche Gesamtumsatz der letzten drei Jahre vor Vergabe des öffentlichen Auftrags (bzw. Abschluss der Zweckvereinbarung) oder ein anderer tätigkeitsgestützter Wert heranzuziehen. Sofern der Abschluss von Zweckvereinbarungen für den Landkreis Göppingen in Betracht kommt, wäre eine jahresbezogene Analyse der im MHKW Göppingen behandelten Haus- und Siedlungsabfallmengen vorzunehmen und mit Blick auf einen künftigen Anlagenbetrieb durch den Landkreis Göppingen (nach Durchführung der Rekommunalisierung) zu prognostizieren, in welchem Umfang in der Anlage Gewerbeabfälle, die nicht aus der öffentlichen Einrichtung stammen, behandelt werden.

Auch aufgrund des Abschlusses von Zweckvereinbarungen wäre eine vergabefreie Überlassung von Abfällen an den Landkreis Göppingen als Betreiber des MHKW denkbar. Allerdings wäre darauf zu achten, dass die öRE in den Zweckvereinbarungen eine echte Kooperation im

Bereich der Abfallentsorgung vereinbaren, die über die Zahlung eines bloßen Entgeltes hinausgeht. Ob die Zahlung eines Entgeltes ausreicht, wird derzeit aber in einem Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH geklärt.

g) Anlagenbetrieb durch Zweckverband

Denkbar wäre es auch, dass ein (neu zu bildender) Zweckverband das MHKW betreibt und die Aufgabe der Abfallentsorgung für seine Verbandsmitglieder – den Landkreis Göppingen und weitere öRE – wahrnimmt.

Ein „Vorteil“ der Zweckverbandsgründung wäre, dass der Landkreis Göppingen kein Vergabeverfahren für die Behandlung der Restabfälle des Landkreises im MHKW Göppingen durchlaufen müsste und in diesem Rahmen auch nicht auf die Anwendung der Ausnahmevorschrift des § 108 GWB (vgl. oben II.3.b.–c. und II.3.f.) angewiesen wäre. § 108 GWB regelt die Nicht-Anwendbarkeit des Vergaberechts bei öffentlichen Aufträgen. Wird ein Zweckverband nach den nachfolgend aufgeführten Vorgaben gegründet, liegt indes schon kein öffentlicher Auftrag vor, so dass es auf die Erfüllung der Anforderungen für einen Ausschluss des Vergaberechts nicht mehr ankommt.

Eine Aufgabenübertragung im 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 dem Landkreis Göppingen und anderen öRE bedeutet das, dass die Zweckverbandsmitglieder die bislang eigenständig wahrgenommene Teilaufgabe der thermischen Behandlung von Restabfällen umfassend auf den Zweckverband übertragen müssten.
- Eine Einmischung des Landkreises Göppingen und der anderen Zweckverbandsmitglieder 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 ist somit auf den Zweckverband zu übertragen. Einfluss können die Verbandsmitglieder nur noch eingeschränkt über die aus Vertretern der öRE 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.

Würde der Landkreis Göppingen – zusammen mit anderen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern – einen Zweckverband gründen, der das MHKW betreibt und diesem Zweckverband die Teilaufgabe der thermischen Abfallbehandlung vollständig (einschließlich Gebührenerhebung und Satzungsrecht) übertragen, stellt diese Aufgabenübertragung keinen vergabepflichtigen öffentlichen Auftrag dar.

h) Anlagenbetrieb durch gemeinsame selbständige Kommunalanstalt

Abschließend weisen wir auf § 24a des Gesetzes über kommunale Zusammenarbeit des Landes Baden-Württemberg (fortan: GKZ BW) hin, das in § 24a die Möglichkeit die Errichtung gemeinsamer selbständiger Kommunalanstalten vorsieht.

Bei einer gemeinsamen selbständigen Kommunalanstalt handelt es sich gemäß § 24a Abs. 1 Satz 1 GKZ BW um eine rechtsfähige AöR, deren Träger – anders als bei der selbständigen Kommunalanstalt i.S.d. § 102a GemO BW (vgl. oben B.II.3.c.) – mehrere Gemeinden oder Landkreise sind.

Gemäß § 24a Abs. 1 Satz 3 GKZ BW gelten die §§ 102a, 102b und 102d GemO BW auf 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.

Da § 102a GemO BW vollständig von § 24a Abs. 1 Satz 3 GKZ BW in Bezug genommen wird, gilt für die gemeinsame selbständige kommunale Anstalt aber auch das Erfordernis, die Vorgaben des § 102 GemO BW zu beachten, wenn mit der Errichtung der AöR eine wirtschaftliche Betätigung verbunden ist (vgl. hierzu oben B.II.3.c.).

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 Abfallentsorgung im MHKW Göppingen 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 Auftrags nicht durchzuführen ist (vgl. oben B.II.3.g.).

Wir erlauben uns noch den Hinweis, dass der Landkreis – bei der Wahl einer „vergabefreien“ Aufgabenübertragung – erwägen könnte, die Aufgabenübertragung dennoch als öffentliche Auftragsvergabe bekanntzumachen. Dies hätte zur Folge, dass 14 Tage nach erfolgter Bekanntmachung das vergaberechtliche Rügerecht verstreicht und die Aufgabenübertragung nicht mehr mit Rechtsmitteln angreifbar ist. Der Vollständigkeit halber weisen wir aber auch darauf hin, dass Dritte bei allen Formen der Aufgabenübertragung das Recht haben, eine Beschwerde bei der Europäischen Kommission einzulegen, die den Sachverhalt dann in ihrer Funktion als oberste Wettbewerbsaufsichtsbehörde prüft.

C. Zusammenfassung

Im Ergebnis bleibt folgendes festzuhalten:

Der Landkreis Göppingen hat das Recht, den Entsorgungsvertrag mit der EEW zum 30.06.2028 zu kündigen. Die Kündigung muss der EEW bis zum 30.06.2024 in Schriftform zugehen.

Rechtsfolge der Kündigung ist, dass die Beauftragung der EEW mit der Entsorgung der Restabfälle aus dem Landkreis Göppingen zum 01.07.2028 endet. Auf Anforderung des Landkreises Göppingen ist die EEW verpflichtet, dem Landkreis alle für den Betrieb des MHKW und die Entsorgung von Reststoffen laufenden Verträge zu übertragen. Der Landkreis ist darüber hinaus berechtigt, das sog. „Heimfallrecht“ aus dem Erbbaurechtsvertrag auszuüben und die Rückübertragung des Gesamterbbaurechts zu verlangen. Die Kosten des Heimfalls müsste die EEW tragen, der Landkreis müsste der EEW aber den Zeitwert der gesamten Anlage erstatten. Das Heimfallrecht ist innerhalb von sechs Monaten von dem Zeitpunkt der Beendigung des Entsorgungsvertrages an geltend zu machen.

In gebührenrechtlicher Hinsicht könnte der Landkreis nicht die vollständigen Kosten des Erwerbs der Anlage bzw. der Abfallbehandlung in die Abfallgebührenkalkulation einstellen. Ansatzfähig sind lediglich die anteiligen Kosten, die dem Anteil der Verbrennungsmenge des Landkreises Göppingen an der Gesamtdurchsatzmenge des MHKW

entspricht. Die übrigen Kosten wären über den allgemeinen Haushalt des Landkreises zu finanzieren.

Der Landkreis könnte die Anlage in einer Vielzahl von Rechtsformen betreiben, ggf. auch unter Mitwirkung anderer öRE, die Restabfälle zur Verbrennung einbringen. Mit der Errichtung einer selbständigen Kommunalanstalt bzw. einer gemeinsamen selbständigen Kommunalanstalt bzw. der Gründung eines Zweckverbandes könnte der Landkreis die Aufgabe der Abfallentsorgung im MHKW übertragen, ohne dass dies vergaberechtlich einen öffentlichen Auftrag darstellen würde. Diese Variante wäre dahingehend vorteilhaft, dass es für die Vergabefreiheit der Aufgabenübertragung nicht mehr auf die Einhaltung der in § 108 GWB vorgesehenen Mengengrenzen – maximal 20 % Marktstätigkeit – ankommt. Voraussetzung für eine vergabefreie Aufgabenübertragung auf die (gemeinsame) selbständige Anstalt oder den Zweckverband wäre allerdings, dass der Landkreis die Satzungs- und Gebührenhoheit auf die Anstalt oder den Zweckverband überträgt und dieser gegenüber seinen Mitgliedern Gebühren für die Abfallentsorgung erhebt.

Wir raten dazu, in einem nächsten Schritt die Kooperationsbereitschaft anderer öRE auszuloten.