DOLDE MAYEN & PARTNER

Büro Stuttgart
GENO Haus
Heilbronner Straße 41
D-70191 Stuttgart
Fon (0711) 601 701-0
Fax (0711) 601 701-99

Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde**
Dr. Rainard Menke**
Dr. Andrea Vetter*
Dr. Winfried Porsch*
Dr. Tina Bergmann*
Dr. Bernd Schieferdecker*
Dr. Moritz Lange*
Dr. Matthias Hangst*
Dr. Maria Marquard*
Dr. Raphael Pompl
Dr. Oliver Moench

Büro Bonn
Rheinauen Carré
Mildred-Scheel-Straße 1
D-53175 Bonn
Fon (0228) 323 002-0
Fax (0228) 323 002-99

Prof. Dr. Thomas Mayen*
Dr. Markus Deutsch*
Dr. Barbara Stamm*
Dr. Christian Stelter*
Dr. Elena Freiburg
Dr. Sebastian Nellesen
Dr. Lukas Knappe

Dolde Mayen & Partner, Heilbronner Straße 41, D-70191 Stuttgart

Kontaktdaten:
(0711) 601 701-30
vetter@doldemayen.de

Unser Zeichen:
09/00012 Ve/ed

Datum:
19. Mai 2023

Erwiderung auf die rechtliche Stellungnahme von Herrn Rechtsanwalt Benno Reinhardt vom 17.05.2023 zur „Müllentsorgung in Tübingen“:

Im Interesse der Übersichtlichkeit bezieht sich die nachfolgende Erwiderung jeweils auf die Ziffern der rechtlichen Stellungnahme von Herrn Rechtsanwalt Benno Reinhardt vom 17.05.2023:

Zu 1:

Der Landkreis Tübingen ist nach § 6 Abs. 1 LKreiWiG alleiniger öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger i.S.v. § 20 KrWG im gesamten Kreisgebiet des Landkreises Tübingen einschließlich der Stadt Tübingen. Die Stadt Tübingen ist kein öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger.

Zu 2:

Der Landkreis Tübingen hat mit den Kommunalen Servicebetrieben Tübingen (KST) aufgrund von § 6 Abs. 3 des Landesabfallgesetzes in der bis zum 30.12.2020 geltenden Fassung vereinbart, dass diese die Aufgaben des Einsammelns und Beförderns von Abfällen im Stadtgebiet der Stadt Tübingen verwaltungsmäßig und technisch erledigen. Die Vereinbarung verlängert sich um jeweils ein Jahr, wenn sie nicht spätestens 18 Monate vor Ablauf der jeweiligen Vertragslaufzeit vom Landkreis oder der Stadt gekündigt wird. Diese „automatische“ Vertragsverlängerung ist Teil der bestehenden Vereinbarung. Verlängert sich die Vereinbarung um ein Jahr, weil sie von keiner Partei gekündigt wird, ist dies keine Vertragsänderung.

Zu 3:

Die KST sind Drittbeauftragter im Sinn des § 22 KrWG. Für diese rechtliche Beurteilung ist eine Kenntnis des Vertrages zwischen der KST und dem Landkreis Tübingen nicht erforderlich. Die KST sind nicht öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger gemäß § 6 LKreiWiG, § 20 KrWG. Die KST ist deshalb nicht aufgrund des Kreislaufwirtschaftsgesetzes oder des Landes-Kreislaufwirtschaftsgesetzes zur Verwertung und Beseitigung von Abfällen oder zu deren Einsammlung verpflichtet. Vielmehr hat der Landkreis Tübingen die KST mit der Aufgabe des Einsammelns und Beförderns von Abfällen im Stadtgebiet der Stadt Tübingen und damit mit einer Teilaufgabe der Verwertung und Beseitigung von Abfällen beauftragt. Dies ist eine Drittbeauftragung im Sinn des § 22 KrWG.

Zu 4:

Ich habe keine Kenntnis vom Verlangen eines Dritten, die Drittbeauftragung zwischen dem Landkreis Tübingen und der KST zu beenden. Meine Stellungnahme vom 11.05.2023 setzt sich deshalb mit einem solchen Verlangen auch nicht auseinander.

Zu 5:

Die Vereinbarung zwischen dem Landkreis Tübingen und der KST über die Durchführung der Abfallabfuhr im Stadtgebiet der Stadt Tübingen ist ein öffentlicher Auftrag im Sinn des § 103 Abs. 1 GWB. Öffentliche Aufträge sind danach entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen. Der Landkreis ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 99 Nr. 1 GWB. Er beschafft aufgrund der Vereinbarung mit der KST Abfallentsorgungsdienstleistungen gegen Entgelt. Die KST ist Unternehmen im Sinn der Begriffsdefinition des öffentlichen Auftrags in § 103 GWB, da vergaberechtlich ein weit auszulegender, sogenannter funktionaler Unternehmensbegriff gilt. Hierunter fallen alle Rechtsträger, gleichgültig welcher Rechtsform, die sich wirtschaftlich betätigen.

Da die Vereinbarung zwischen dem Landkreis Tübingen und der KST als öffentlicher Auftrag zu qualifizieren ist, gilt für Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit § 132 GWB. Nach meiner Kenntnis setzt die Fortführung der Sammlung der Abfälle im Stadtgebiet der Stadt Tübingen durch die KST aus Sicht der Stadt Tübingen eine wesentliche Erhöhung des bislang vereinbarten Entgeltes und die Vereinbarung einer längeren festen Vertragslaufzeit (keine jährliche Kündbarkeit) voraus, um für die KST Investitionssicherheit für die Anschaffung von Fahrzeugen und für Investitionen in den Betriebshof zu schaffen. Die bestehende Vereinbarung soll danach geändert werden. Ist diese Änderung wesentlich, erfordert sie nach § 132 Abs. 1 GWB ein neues Vergabeverfahren.

Nach § 132 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 GWB liegt eine wesentliche Änderung eines öffentlichen Auftrags immer dann vor, wenn mit der Änderung das wirtschaftliche Gleichgewicht des öffentlichen Auftrags zugunsten des Auftragnehmers in einer Weise verschoben wird, die im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehen war. Wird eine Erhöhung des Entgelts vereinbart, das die KST für die Durchführung der Abfallabfuhr in der Stadt Tübingen vom Landkreis Tübingen erhält, liegt darin eine Verschiebung des wirtschaftlichen Gleichgewichts zugunsten der KST als Auftragnehmerin. Dies ist eine wesentliche Änderung des bestehenden öffentlichen Auftrags gemäß § 132 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 GWB, die ein Vergabeverfahren

erfordert. Die unter Ziff. 5 der Stellungnahme von Herrn Reinhardt vom 17.05.2023 aufgestellte Behauptung, eine Erhöhung des Entgelts sei keine wesentliche Veränderung des Vertrages, ist falsch.

Auch die Änderung der Kündigungsregelung und die Vereinbarung einer festen Vertragslaufzeit für mindestens 15 Jahre, um für die KST Investitionssicherheit für die Anschaffung von Fahrzeugen und für Investitionen in den Betriebshof zu schaffen, ist eine wesentliche Auftragsänderung während der Vertragslaufzeit, die ein neues Vergabeverfahren erfordert. Die bisherige, im aktuellen Vertrag ausdrücklich geregelte Möglichkeit der Vertragsverlängerung um jeweils ein Jahr durch Nichtkündigung unterscheidet sich von der Vereinbarung der gewünschten deutlich längeren festen Vertragslaufzeit ohne jährliche Kündigungsmöglichkeit. Die mit der Vereinbarung einer festen Vertragslaufzeit für mindestens 15 Jahre verbundene Vertragsverlängerung ist als Ausweitung des bestehenden öffentlichen Auftrags im Sinn des § 132 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 GWB zu qualifizieren, während die Vertragsverlängerung um jeweils ein Jahr bei Nichtkündigung Vertragsinhalt ist.

Zu 6:

Geht der Vergabe von Aufträgen an Dritten in einer gebührenfinanzierten öffentlichen Einrichtung ein europaweites Vergabeverfahren voraus, ist mit der Durchführung des Vergabeverfahrens die gebührenrechtliche Erforderlichkeit der Höhe der Kosten in aller Regel belegt. Umgekehrt kann aus Verstößen gegen das Vergaberecht nicht auf die fehlende Erforderlichkeit des aus dem Auftrag resultierenden finanziellen Aufwandes geschlossen werden. Die Erforderlichkeit der Kosten kann grundsätzlich auch auf andere Weise nachgewiesen werden.

Die mit der KST derzeit vereinbarte Vergütung orientiert sich an den Ausschreibungsergebnissen früherer Vergabeverfahren für das restliche Kreisgebiet. Damit konnte die gebührenrechtliche Erforderlichkeit der Kosten der Abfallabfuhr im Stadtgebiet der Stadt Tübingen bislang dargelegt werden. Die vereinbarte Vergütung der Leistungen der Abfallabfuhr durch die KST ist jedoch nach den mir vorliegenden Informationen für die KST nicht kostendeckend. Um Kostendeckung zu erreichen, müsste der Landkreis Tübingen der KST vielmehr ein Entgelt

bezahlen, das um einen hohen 6-stelligen Betrag über dem bislang vereinbarten Entgelt liegt. In dieser Höhe könnte die Erforderlichkeit der Kosten nicht mehr mit den Ergebnissen der Vergabeverfahren für das restliche Kreisgebiet belegt werden. Mir sind auch keine sonstigen Sachargumente bekannt, mit denen die gebührenrechtliche Erforderlichkeit dieser prognostizierten Kostensteigerung dargelegt werden könnte. Die Vereinbarung eines Entgeltes in dieser Höhe ohne vorausgehendes Vergabeverfahren wäre gebührenrechtlich unzulässig. Die Bewertung, dass eine Klage gegen einen Gebührenbescheid oder eine Normenkontrolle, die sich gegen die Festsetzung der Gebührensätze in der Abfallwirtschaftssatzung des Landkreises Tübingen richtet, erfolglos wäre, kann deshalb entgegen der Auffassung von Herrn Reinhardt nicht getroffen werden.

Falsch ist die Behauptung von Herrn Reinhardt, in der rechtlichen Stellungnahme vom 11.05.2023 sei ausgeführt worden, die bestehende Vereinbarung müsse aus gebührenrechtlichen Gründen gekündigt werden. Eine solche Aussage findet sich in der rechtlichen Stellungnahme vom 11.05.2023 nicht.

Zu 7:

Eine Stellungnahme zu 7. ist nicht geboten.

Zu 8:

Nach § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 LKreiWiG können die Landkreise die Gemeinden auf deren Antrag mit der verwaltungsmäßigen und technischen Erledigung des Einsammelns von Abfällen und des Beförderns von Abfällen beauftragen. Die landesrechtlich geregelte Möglichkeit, die Gemeinden mit der verwaltungsmäßigen und technischen Erledigung bestimmter Abfallentsorgungsaufgaben zu beauftragen, verdrängt das bundesrechtlich geregelte Vergaberecht nicht. Dieses hat vielmehr als Bundesrecht gemäß Art. 31 GG („Bundesrecht bricht Landesrecht.“) Vorrang vor dem Landesrecht. Eine Beauftragung nach § 6 Abs. 2 LKreiWiG hat deshalb die Vorgaben des Vergaberechts zu beachten. Dies verkennt Herr Reinhardt in seiner Stellungnahme vom 17.05.2023.

Zu 9:

Nach § 25 Abs. 1 GKZ können Gemeinden und Landkreise vereinbaren, dass eine der beteiligten Körperschaften bestimmte Aufgaben für alle Beteiligten erfüllt (delegierende Vereinbarung) oder sich verpflichtet, bestimmte Aufgaben für die übrigen Beteiligten durchzuführen (mandatierende Zweckvereinbarung).

Der Abschluss einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung nach § 25 Abs. 1 GKZ setzt voraus, dass die gemeinsam zu erfüllende Aufgabe gleichermaßen in den Wirkungskreis aller Beteiligten der öffentlich-rechtlichen Vereinbarung fällt. Die Stadt Tübingen bzw. die KST ist kein öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger. Sie ist nach den gesetzlichen Bestimmungen nicht für das Einsammeln und Befördern von Abfällen zuständig. Diese Aufgabe fällt nicht in den gesetzlichen Wirkungskreis der Stadt Tübingen bzw. der KST. Deshalb kann die Stadt Tübingen aufgrund von § 25 Abs. 1 GKZ das Einsammeln und Befördern der Abfälle im Stadtgebiet der Stadt Tübingen weder in Form einer delegierenden Vereinbarung noch in Form einer mandatierenden Vereinbarung vom Landkreis Tübingen übernehmen. Dies verkennt Herr Reinhardt in seiner Stellungnahme vom 17.05.2023 unter Ziff. 9.

Unzutreffend ist auch die Behauptung von Herrn Reinhardt, der Abschluss einer Zweckvereinbarung unterliege nicht dem Vergaberecht. Für eine sogenannte mandatierende öffentlich-rechtliche Vereinbarung ist unstreitig, dass diese als öffentlicher Auftrag im Sinn des § 103 Abs. 1 GWB einzuordnen ist. Bei der sogenannten delegierenden öffentlich-rechtlichen Vereinbarung ist die Einordnung als öffentlicher Auftrag umstritten. Der EuGH hat im sogenannten Piepenbrock-Urteil vom 13.06.2013 (C-386/11) jedoch entschieden, auch delegierende öffentlich-rechtliche Vereinbarungen zwischen öffentlich-rechtlichen Körperschaften als öffentlichen Auftrag im Sinn des Vergaberechts einzuordnen. Dem hat sich nachfolgend die Rechtsprechung der Vergabesenate und die überwiegende Literaturmeinung angeschlossen.

Herrn Reinhardt scheint auch nicht bekannt zu sein, dass mit dem Inkrafttreten des Landes-Kreislaufwirtschaftsgesetzes am 31.12.2020 die Möglichkeit, bestimmte Aufgaben der Abfallentsorgung von Landkreisen auf kreisangehörige

Gemeinden zu übertragen mit der Folge, dass die kreisangehörigen Gemeinden für diese Aufgaben öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger werden, ersatzlos entfallen ist. Diese Entscheidung des Gesetzgebers kann nicht über den Abschluss von öffentlich-rechtlichen Vereinbarungen nach § 8 Abs. 1 LKreiWiG i.V.m. § 25 GKZ „korrigiert“ werden, da § 8 LKreiWiG den Abschluss öffentlich-rechtlicher Vereinbarungen nur zwischen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern zulässt und die Stadt Tübingen kein öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger ist.

Zu 10:

Es trifft nicht zu, dass mit der rechtlichen Stellungnahme vom 11.05.2023 die Kündigung der Vereinbarung zwischen dem Landkreis Tübingen und der KST befürwortet wird. Die Stellungnahme befasst sich ausschließlich mit der vergaberechtlichen und gebührenrechtlichen Problematik einer wesentlichen Änderung dieser Vereinbarung durch die Regelung einer von der bisherigen Kündigungsregelung abweichenden festen Vertragslaufzeit und die Erhöhung der vereinbarten Vergütung.

Den von Herrn Reinhardt zur Prüfung empfohlenen Alternativen einer Beauftragung nach § 6 Abs. 2 LKreiWiG oder einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung nach § 25 GKZ stehen vergaberechtliche und kommunalrechtliche Bedenken entgegen.



Dr. Andrea Vetter
Rechtsanwältin