MENOLD BEZLER

Anlage 7 zu KTDS 052/25



UNIVERSITÄTSSTADT TÜBINGEN

ABFALLRECHTLICHE VEREINBARUNG MIT DEM LANDKREIS TÜBINGEN

2. SEPTEMBER 2024

SACHVERHALT/HINTERGRUND

Öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger ist der Landkreis Tübingen gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 Landeskreislaufwirtschaftsgesetz („LKreiWiG“, gültig seit 31.12.2020), zuvor gemäß § 6 Abs. 1 Landesabfallgesetz („LAbfG a. F.“, gültig bis 30.12.2020).

Zwischen dem Landkreis und der Universitätsstadt Tübingen besteht eine öffentlich-rechtliche Vereinbarung, auf deren Grundlage die Kommunale Servicebetriebe Tübingen (KST) – als Eigenbetrieb der Stadt – im Auftrag des Landkreises die Sammel- und Transportleistungen von Abfällen auf dem Stadtgebiet von Tübingen erbringt. Die Vereinbarung wurde auf Grundlage von § 6 Abs. 3 LAbfG a.F. geschlossen.



Alte Rechtslage:

Nach § 6 Abs. 2 LAbfG a.F. konnten die Landkreise auf Antrag der Gemeinden unter anderem das Einsammeln und Befördern von Abfällen durch Vereinbarung ganz oder teilweise (pflichtbefreiend) übertragen. Nach § 6 Abs. 3 LAbfG a.F. konnten die Landkreise alternativ mit den Gemeinden vereinbaren, dass diese u. a. die Aufgabe des Einsammelns und Befördern von Abfällen lediglich „verwaltungsmäßig und technisch erledigen“.

.

.

SACHVERHALT/HINTERGRUND

Neue Rechtslage:
Das LKreiWiG ermöglicht eine pflichtbefreiende Aufgabenübertragung vom Landkreis auf Gemeinden nicht mehr. § 6 Abs. 2 LKreiWiG ermöglicht weiterhin, die Gemeinden auf deren Antrag mit der „verwaltungsmäßigen und technischen Erledigung“ u.a. des Einsammelns von Abfällen zu beauftragen. Bestehende Vereinbarungen nach § 6 Abs. 3 LAbfG a.F. gelten fort..

Wirtschaftliche Entwicklungen sowie anstehende Investitionen erfordern nunmehr eine Grundsatzentscheidung über die Zukunft der Müllabfuhr im Stadtgebiet Tübingen.



Gemäß § 9 Abs. 2 der Vereinbarung verlängert sich die bestehende Vereinbarung jeweils um ein Jahr, wenn nicht eine der Parteien fristgerecht von ihrem Kündigungsrecht Gebrauch macht.

Es stellt sich daher die Frage, ob die Stadt Tübingen die öffentlich-rechtliche Vereinbarung fortführen oder kündigen soll.
Gibt es Alternativen, welche die künftige Leistungserbringung durch die KST über einen längeren Zeitraum (5-7 Jahre) und unter Anpassung der Entgeltregelungen in rechtlich zulässiger Weise ermöglichen?



AUSGANGSLAGE

AUSGANGSLAGE (1)

- Nach § 1 der Vereinbarung überträgt der Landkreis die Erledigung des Einsammelns- und Beförderns der Abfälle im Stadtgebiet Tübingen auf die Stadt.

- **(P) Ist die „Aufgabenübertragung" ein öffentlicher Auftrag gem. § 103 Abs. 1 GWB und unterliegt somit dem klassischen Vergaberecht?**

  Öffentliche Aufträge sind nach § 103 Abs. 1 GWB *„entgeltliche Verträge zwischen **öffentlichen Auftraggebern** oder Sektorenauftraggebern **und Unternehmen** über die **Beschaffung von Leistungen**, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die **Erbringung von Dienstleistungen** zum Gegenstand haben."*

  Die Voraussetzungen aus § 103 Abs. 1 GWB liegen vor:
  - Der Landkreis Tübingen ist öffentlicher Auftraggeber iSd § 99 Nr. 1 GWB
  - Die Stadt Tübingen bzw. die KST ist wirtschaftlich tätig und unterfällt somit dem – weit auszulegenden Begriffs – des Unternehmens (§ 103 Abs. 1 GWB)
  - Die von der KST zu erbringenden Dienstleistungen erfolgen gem. § 4 der Vereinbarung zudem entgeltlich.

- **Hinweis:** Gemeint ist hiermit keine Übertragung der Entsorgungsträger-Eigenschaft im Sinne des § 6 Abs. 2 LAbfG a. F. sondern lediglich eine Vereinbarung zur Erledigung der Aufgabe nach § 6 Abs. 2 LKreiWiG.

"

AUSGANGSLAGE (2)

- Die Beauftragung der Stadt Tübingen stellt folglich einen öffentlichen Auftrag – iSe Dienstleistungsauftrags – dar und unterfällt demnach den Vorgaben des Vergaberechts. Eine abweichende Beurteilung gibt sich auch nicht mit Blick auf § 6 Abs. 2 LAbfG a.F. und der normierten Möglichkeit zur Übertragung entsprechender Aufgaben auf die Gemeinden.

Bei einer öffentlich-rechtlichen Aufgabenübertragung liegt zumeist das für einen „öffentlichen Auftrag" notwendige Merkmal der Entgeltlichkeit nicht vor. Denn dieses erfordert nach der Rechtsprechung des EuGH ein „unmittelbares wirtschaftliches Interesse" des öffentlichen Auftraggebers an den zu erbringenden Leistungen (vgl. EuGH, Urt. v. 21.12.2016 – C-51/15 - Remondis/Region Hannover; sowie EuGH, Urt. v. 25. 3. 2010 - C-451/08).

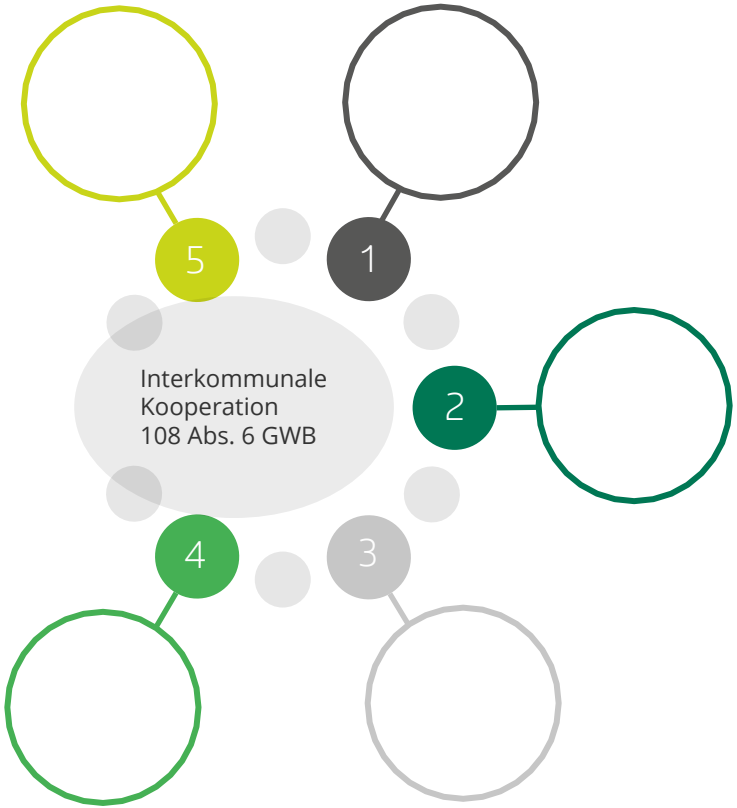
- **Fazit:**
  - Die Beauftragung stellt einen öffentlichen Auftrag gem. § 103 Abs. 1 GWB dar und unterfällt somit – in Hinblick auf die Erbringung von Dienstleistungen im Abfallbereich – dem Vergaberecht, insbesondere den Vorschriften aus dem GWB und der VgV.



VERGABERECHTSFREIE „INTERKOMMUNALE ZUSAMMENARBEIT“

INTERKOMMUNALE ZUSAMMENARBEIT (1)

- **(P) Kommt zwischen dem Landkreis und der Stadt eine interkommunale Zusammenarbeit gem. § 108 Abs. 6 GWB in Betracht, die nicht dem Vergaberecht unterfällt?**



Vertrag eine **Zusammenarbeit** zwischen den beteiligten **öffentlichen Auftraggebern** begründet oder erfüllt

um sicherzustellen, dass die von ihnen zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen im Hinblick auf die **Erreichung gemeinsamer Ziele** ausgeführt werden

die Durchführung der **Zusammenarbeit nach ausschließlich** durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem **öffentlichen Interesse** bestimmt wird und

Zusammenhang mit dem **öffentlichen Interesse** bestimmt wird und

die öffentlichen Auftraggeber auf dem Markt **weniger als 20 Prozent** der Tätigkeiten erbringen, die durch die Zusammenarbeit erfasst sind.

INTERKOMMUNALE ZUSAMMENARBEIT (3)

- Fraglich ist bereits, ob die erste Voraussetzung aus § 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB bei einer Zusammenarbeit des Landkreises und der Stadt gegeben wäre.

  Danach wäre die Zusammenarbeit ohne ein Vergabeverfahren möglich, wenn *„der Vertrag eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Stellen begründet oder erfüllt wird, die sicherstellt, dass die von ihnen* ***zu erbringenden Dienstleistungen*** *im Hinblick auf die* ***Erreichung gemeinsamer Ziele*** *ausgeführt werden".*

- Nach dem 33. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24/EU sollte die Zusammenarbeit auf einem „***kooperativen Konzept***" beruhen. In seiner Rechtsprechung hatte der EuGH bislang bereits herausgearbeitet, dass es für ein solches Konzept maßgeblich ist, dass die Zusammenarbeit das **Ergebnis einer Initiative aller beteiligten öffentlichen Auftraggeber** ist und im zugrundeliegenden Vertrag **jeder der Beteiligten zu einem Beitrag verpflichtet wird** (EuGH, Urteil vom 09.06.2009 – C - 480/06 „Stadtreinigung Hamburg").
  Dabei muss das „**Ziel" der Zusammenarbeit** – hier also die Aufgabenerfüllung der **Abfallentsorgung – jedem der Vertragspartner obliegen** (Ziekow in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 108 GWB Rn. 76). Dazu ist es ausreichend, wenn beide öffentlichen Auftraggeber als **Aufgabenträger in ihrem jeweiligen (Kreis-) Gebiet** fungieren – dies ist gerade Sinn und Zweck einer interkommunalen Zusammenarbeit (Ziekow in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 108 GWB Rn. 76c).

INTERKOMMUNALE ZUSAMMENARBEIT (4)

- Die Stadt Tübingen wurde im **Wege der Tätigkeitsübertragung** zur Erbringung von Leistungen im Bereich der Abfallentsorgung berechtigt und verpflichtet. Sie ist demnach **kein öffentlicher Aufgabenträger kraft Gesetzes** und somit nicht von vornherein zur Erbringung von Abfallentsorgungsaufgaben berechtigt und verpflichtet.

- **Fazit:**
  - Es mangelt vorliegend an einer **„Zusammenarbeit“** iSd § 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB, weshalb eine **vergaberechtsfreie interkommunale Zusammenarbeit** zwischen dem Landkreis und der Stadt vorliegend **ausscheidet.**



FORTFÜHRUNG DER BESTEHENDEN VEREINBARUNG

FORTFÜHRUNG DER BESTEHENDEN VEREINBARUNG (1)

- **Änderungen eines öffentlichen Auftrags während der Vertragslaufzeit** sind grundsätzlich nur im Rahmen von **§ 132 GWB** zulässig.

- „Wesentliche Auftragsänderungen" während einem laufenden Vertragsverhältnis lösen grundsätzlich die **Pflicht zur Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens** aus (vgl. § 132 Abs. 1 S. 1 GWB), sofern die Änderungen diese dazu führen, dass sich der öffentliche Auftrag **erheblich von dem ursprünglich vergebenen Auftrag unterscheidet**.

- In § 132 Abs. 1 S. 3 GWB finden sich **Regelbeispiele** für das Vorliegen wesentlicher Auftragsänderungen.

- <u>Verlängerung um 5-7 Jahre</u>
  - Hierbei handelt es sich um eine wesentliche Auftragsänderung nach § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GWB. Danach ist eine Änderung wesentlich, wenn *„mit der Änderung der **Umfang des öffentlichen Auftrags erheblich ausgeweitet** wird"*.
  - Bei der vorgesehenen Verlängerung würde das **Auftragsvolumen immens ansteigen** und die zu erbringenden Dienstleistungen würden für einen beträchtlichen Zeitraum dem **Wettbewerb entzogen** werden.
  - Vor diesem Hintergrund ist eine **erhebliche Ausweitung** des Auftragsumfangs und somit eine wesentliche Änderung anzunehmen.

FORTFÜHRUNG DER BESTEHENDEN VEREINBARUNG (2)

- angepasste Entgeltregelung
  - Eine Auftragsänderung ist auch nach **§ 132 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 GWB** wesentlich, 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*".
  - Mit Umsetzung der Entgeltanpassung würde eine Verschiebung des wirtschaftlichen Gleichgewichts einhergehen, welche die Vereinbarung nicht beinhaltet.
  - Die Anpassung der Entgeltregelung würde eine wesentliche Auftragsänderung nach § 132 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 GWB darstellen

- Die **§§ 132 Abs. 2 und 3 GWB regeln Ausnahmetatbestände**, bei deren Vorliegen der öffentliche Auftraggeber nicht zur Neuausschreibung verpflichtet wäre.
  - Das Vorliegen eines Ausnahmetatbestands nach Abs. 2 ist nicht weder hinsichtlich der Vertragsverlängerung noch hinsichtlich der Entgeltanpassung mit belastbaren Gründen vertretbar.
  - Die Verlängerungsoption nach § 9 Abs. 2 der Vereinbarung rechtfertigt **keine Ausdehnung der Vertragslaufzeit um 5-7 Jahre gemäß § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB.**
    Dies gilt gleichermaßen für die Anpassung der Entgeltregelung. Die Vereinbarung sieht zwar in § 5 eine Preisgleitklausel vor, diese deckt dabei jedoch nicht die vorgesehene Erhöhung der Entgeltbezüge der Stadt.

FORTFÜHRUNG DER BESTEHENDEN VEREINBARUNG (3)

- Mit Blick auf die erhebliche Auftragsausweitung scheidet auch eine entsprechende Vertragsanpassung unter Heranziehung der „De-Minimis-Regelung“ in § 132 Abs. 3 GWB aus.

- **Fazit:**
  - Eine Fortführung der bestehenden Vereinbarung unter Anpassung der Entgeltregelung für einen Zeitraum von 5-7 Jahren scheidet aus.



„DIREKTVERGABE“

„DIREKTVERGABE“

(P) Kann der Landkreis die Stadt mit den Leistungen direkt – also ohne vorherige Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens – beauftragen?

- Eine „Direktvergabe“ kommt bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen oberhalb des EU-Schwellenwerts (derzeit: EUR 221.000 netto) gemäß § 14 Abs. 4 Nr. 2 VgV nur in Betracht, wenn der vorgesehene Auftragnehmer ein **„Alleinstellungsmerkmal“** mit Blick auf den Beschaffungsbedarf aufweist.

- Vorliegend wäre allenfalls der Ausnahmetatbestand aus § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. b) VgV denkbar. Danach kann der Auftrag im Wege eines **Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb** direkt an ein Unternehmen vergeben werden, wenn zum Zeitpunkt der Angebotsaufforderung der Auftrag *„nur **von einem bestimmten Unternehmen** erbracht […] werden kann, weil aus **technischen Gründen kein Wettbewerb** vorhanden ist“.*

- **Fazit:**
  - Eine Direktbeauftragung **scheidet mangels hinreichender technischer Gründe aus**. Es ließen sich keine Argumentationslinien anführen, um zu rechtfertigen, dass allein die Stadt in der Lage ist die Dienstleistungen im Bereich Abfall zu erbringen.



FÖRMLICHES VERGABEVERFAHREN DES LANDKREISES

MENOLD BEZLER

FÖRMLICHES VERGABEVERFAHREN

(P) Kann das Ziel der Parteien – eine Beauftragung der Stadt über einen Zeitraum von 5-7 Jahren – im Wege der Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahren erreicht werden?

- Eine **Direktbeauftragung** im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb gem. § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. b) VgV scheidet aus (siehe Folie 17).

- Grundsätzlich dürfte neben einem **offenen Verfahren** auch ein **Verhandlungsverfahren nach vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb** in Betracht kommen.
  - Die KST kann als Eigenbetrieb an einer Ausschreibung des Landkreises teilnehmen.
  - Im Rahmen der nach § 97 Abs. 4 GWB verpflichtenden Losbildung müsste ein **Gebietslos** auf **das Stadtgebiet Tübingen** gelegt werden. Dies folgt aus dem **sog. Örtlichkeitsprinzip**
  - Bei einer Beteiligung der Stadt wären die Beschränkungen des Kommunalwirtschaftsrechts zu berücksichtigen.
- **Fazit:**
  - Eine Neuausschreibung des Landkreises mit einem **Loszuschnitt auf das Stadtgebiet Tübingen** wäre grundsätzlich möglich.
  - Das Vorgehen ginge jedoch mit dem natürlichen **Risiko** einher, dass sich ein Angebot der Stadt **nicht als das „wirtschaftlichste Angebot“** im Wettbewerb herauskristallisiert.



VERGABERECHTSFREIE „INHOUSE-VERGABE“

INHOUSE-VERGABE

(P) Besteht die Möglichkeit einer ausschreibungsfreien Inhouse-Vergabe des Landkreises an die Stadt nach § 108 Abs. 1 GWB?

- Nach § 108 Abs. 1 Nr. 1 GWB müsste der **Landkreis über die Stadt** *„eine **ähnliche Kontrolle** ausüben wie über seine eigenen Dienststellen“* (= Kontrollelement). Eine solche Kontrolle wäre gegeben, wenn der Landkreis einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der Stadt ausüben könnte (§ 108 Abs. 2 GWB).

- Der Landkreis und die Stadt sind jeweils voneinander weitgehend unabhängige **Selbstverwaltungskörperschaften.** Insoweit kommt dem Landkreis kein ausschlaggebender Einfluss auf die Stadt zu.

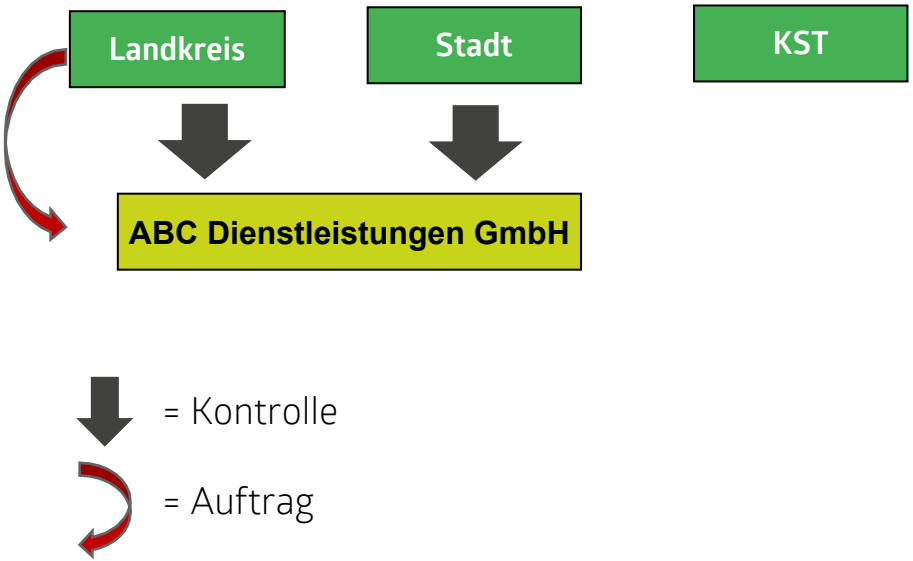
- **Fazit:**
  - Eine **vergaberechtsfreie Inhouse-Vergabe scheidet** von vorneherein aufgrund der **fehlenden Kontrolle** des Landkreises über die Stadt aus.



VERGABERECHTSFREIE INHOUSE BEAUFTRAGUNG EINES NOCH ZU GRÜNDENDEN „UNTERNEHMENS“

MENOLD BEZLER

GRÜNDUNG EINER „ABFALL-GESELLSCHAFT “

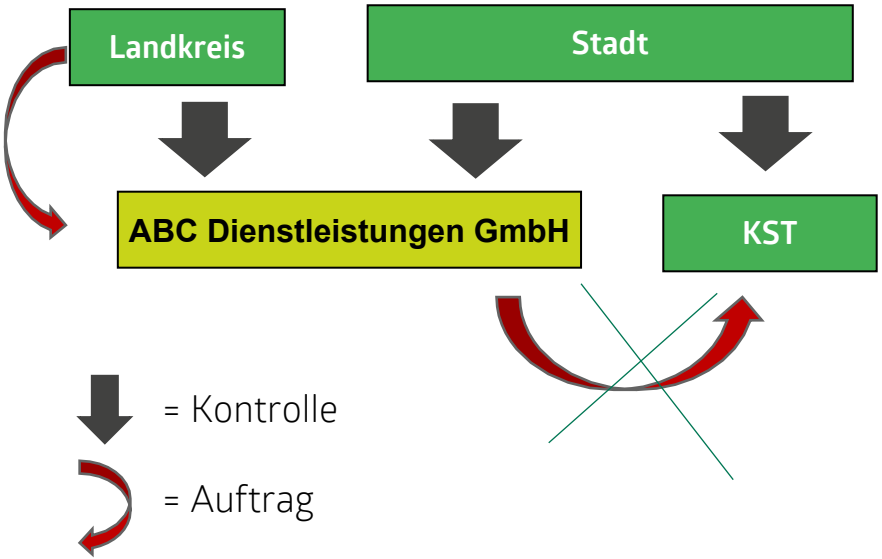


§ 108 Abs. 5 GWB

Eine **gemeinsame Kontrolle durch mehrere Auftraggeber** liegt vor, wenn

- 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 und
- die öffentlichen Auftraggeber **gemeinsam einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen** der juristischen Person ausüben können und
- die juristische Person **keine Interessen** verfolgt, die den Interessen der öffentlichen Auftraggeber **zuwiderlaufen.**

GRÜNDUNG EINER „ABFALL-GESELLSCHAFT “

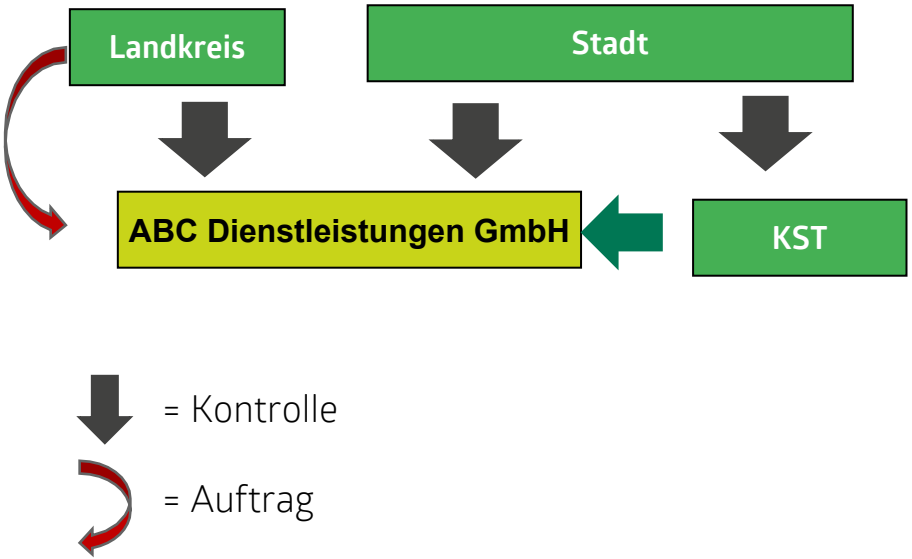


Keine Kombination der Inhouse-Ausnahmetatbestände

Eine Kombination der Ausnahmetatbestände von § 108 Abs. 3 GWB, also der Inhouse-Vergabe unter Schwestern eines allein kontrollierenden Auftraggebers auf der einen und einer gemeinsam Kontrolle nach § 108 Abs. 4 GWB auf der anderen Seite, ist nicht zulässig.

Schwestergesellschaften dürfen sich zwar inhouse gegenseitig ohne Vergabeverfahren beauftragen, allerdings setzt dies – unter anderem – voraus, dass die kontrollierenden Auftraggeber identisch sind (OLG Sachsen-Anhalt, 03.06.2022, 7 Verg 1/22)

GRÜNDUNG EINER „ABFALL-GESELLSCHAFT “



vgl. Arbeitsrechtliche Folie

GRÜNDUNG EINER „ABFALL-GESELLSCHAFT/ANSTALT“

(Wie) Können die Arbeitnehmer der bisherigen KST in der „Abfall-Gesellschaft“ oder „Abfall-Anstalt“ eingesetzt werden? (1)

- Sachverhalt: Die KST sind ein Eigenbetrieb der Universitätsstadt Tübingen. Vertragsarbeitgeber der KST-Arbeitnehmer ist die Universitätsstadt Tübingen.

- Die betroffenen KST-Arbeitnehmer können wie folgt auf die neu zu gründende Abfall-Gesellschaft/Anstalt „übertragen“ werden:

    - Die Arbeitsverhältnisse können durch **dreiseitige Überleitungsverträge** (Arbeitnehmer – Stadt – Abfall-Gesellschaft) auf die Abfall-Gesellschaft übertragen werden. / Aufhebung des Arbeitsverhältnisses mit der Stadt und neues Arbeitsverhältnis mit Abfall-Gesellschaft (inhaltsgleich, Anrechnung der Betriebszugehörigkeit).

    - **Arbeitnehmerüberlassung** im Sinne des AÜG ist **nicht geeignet**. Sie ist zeitlich beschränkt und bedarf einer Lizenz.

GRÜNDUNG EINER „ABFALL-GESELLSCHAFT/ANSTALT“

(Wie) Können die Arbeitnehmer der bisherigen KST in der „Abfall-Gesellschaft“ oder „Abfall-Anstalt“ eingesetzt werden? (2)

- Wird ein Betrieb oder Betriebsteil auf die Abfall-Gesellschaft übertragen, gehen die Arbeitsverhältnisse kraft Gesetzes mit über (Betriebsübergang, § 613a BGB). Bloße Funktions- oder Auftragsnachfolge genügt nicht. Maßgeblich ist, ob ein neuer Rechtsträger eine bestehende wirtschaftliche Einheit unter Wahrung ihrer Identität übernimmt („ins gemachte Bett legen“). Je nach Art des Betriebs kommt es auf den Übergang von materiellen Betriebsmitteln, immateriellen Aktiva, Belegschaft, Kundschaft sowie der Vergleichbarkeit der Tätigkeit an. Die Arbeitnehmer können dem Übergang ihres Arbeitsverhältnisses innerhalb eines Monats nach Unterrichtung widersprechen.

- Sofern kein Betriebsübergang: Die Beschäftigten können mittels **Personalgestellung (§ 4 Abs. 3 TVöD)** dauerhaft bei der Abfall-Gesellschaft eingesetzt werden, da ihre Aufgaben auf diese verlagert wurden. Formaler Vertragsarbeitgeber bleibt die Stadt. Die Abfall-Gesellschaft ist „Entleiher“/tatsächlicher Arbeitgeber. Mitbestimmungrecht des Personalrats.



RECHTSFORMEN DER GESELLSCHAFT/ANSTALT

RECHTSFORMEN „ABFALLGESELLSCHAFT“

Der Landkreis Tübingen und die Stadt Tübingen können zur kommunalen Zusammenarbeit bei der Abfallentsorgung gemeinsam einen neuen Rechtsträger (öffentliches Unternehmen) gründen.



Öffentlich-rechtliche Rechtsformen

- Zweckverband
- gemeinsame selbstständige Kommunalanstalt

Privatrechtliche Rechtsformen

- Gesellschaft mit beschränkter Haftung („GmbH“)
- Aktiengesellschaft („AG“)

DER BEGRIFF „ÖFFENTLICHES UNTERNEHMEN“

Der Begriff „öffentliches Unternehmen“ ist nicht gesetzlich definiert. Traditionell wird darunter ein Unternehmen mit einer (mehrheitlichen) Beteiligung der öffentlichen Hand (Bund, Länder, Kommunen) verstanden.



Öffentliche Unternehmen können

- in öffentlich-rechtlicher oder in privatrechtlicher Rechtsform organisiert sein
- durch mittelbare oder unmittelbare Beteiligung der öffentlichen Hand erfolgen
- wirtschaftlich selbstständig sein und gegebenenfalls mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben werden.

ENTSCHEIDUNGSFAKTOREN



1

Aufgabenübertragung

Übertragung der Aufgabe / „technischer Erfüllungsgehilfe“

2

Kommunalrechtliche Zulässigkeit

Wirtschaftliches Unternehmen? Öffentlich-rechtliche / privatrechtliche Rechtsform

3

Einflussnahme / Entscheidungsfindung

Flexibilität / Selbstständigkeit / Möglichkeiten zur Einflussnahme

4

Steuerpflichten

Umsatzsteuer / Körperschaftssteuer

5

Gebührenrecht

Grundsatz der Erforderlichkeit der Kosten

KOMMUNALRECHTLICHE ZULÄSSIGKEITSVORAUSSETZUNGEN
SCHRANKENTRIAS / WIRTSCHAFTLICHE BETÄTIGUNG (1)

Aus § 102 Abs. 1 GemO ergibt sich, dass **Gemeinden** wirtschaftliche Unternehmen nur errichten/ übernehmen /wesentlich erweitern oder sich daran beteiligen dürfen, wenn

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

KOMMUNALRECHTLICHE ZULÄSSIGKEITSVORAUSSETZUNGEN
SCHRANKENTRIAS / WIRTSCHAFTLICHE BETÄTIGUNG (2)

Der Begriff „**wirtschaftliche Unternehmen**“ ist in der Gemeindeordnung nicht definiert. Allgemein werden hierunter solche Einrichtungen gefasst, „die grundsätzlich auch von einem Privatunternehmen mit der Absicht der Gewinnerzielung betrieben werden können“.

§ 102 Abs. 4 GemO regelt in einem Negativkatalog, welche Unternehmen bzw. Einrichtungen kraft Gesetzes keine wirtschaftlichen Unternehmen sind und damit als sog. „**nichtwirtschaftliche Unternehmen**“ gelten.

- die Unternehmen, zu deren Betrieb die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist
- öffentliche Einrichtungen (bspw. des Bildungswesens, der körperlichen Ertüchtigung, der Gesundheitspflege)
- sog. Hilfsbetriebe, die ausschließlich zur Deckung des Eigenbedarfs der Gemeinde dienen.

KOMMUNALRECHTLICHE ZULÄSSIGKEITSVORAUSSETZUNGEN
SCHRANKENTRIAS / WIRTSCHAFTLICHE BETÄTIGUNG (3)

1. Ein öffentlicher Zweck liegt jedenfalls in allen Fällen der kommunalen Daseinsvorsorge vor. Die Abfallentsorgung gehört zur kommunalen Daseinsvorsorge.

2. Bei der Ausgestaltung der unternehmerischen Betätigung muss berücksichtigt werden, dass diese sich an der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und am voraussichtlichen Bedarf zu orientieren hat.

3. Da die Abfallentsorgung zur kommunalen Daseinsvorsorge gehört, greift die Subsidiaritätsklausel nicht.



ÖFFENTLICH-RECHTLICHE RECHTSFORMEN

ÖFFENTLICH-RECHTLICHE RECHTSFORMEN INTERKOMMUNALER ZUSAMMENARBEIT

§ 1 Satz 1 Gesetz über kommunale Zusammenarbeit Baden-Württemberg (GKZ): Gemeinden und Landkreise können zur kommunalen Zusammenarbeit Zweckverbände und gemeinsame selbständige Kommunalanstalten bilden.

Für **Zweckverbände** gelten §§ 1 ff GKZ.

Für **gemeinsame selbständige Kommunalanstalten** gelten §§ 24a und 24b GKZ sowie §§ 102a bis 102d GemO.



ZWECKVERBAND

ZWECKVERBAND (1)

GRUNDSÄTZLICHES

- Zweckverbände stellen organisatorisch und rechtlich verselbständigte **Körperschaften des öffentlichen Rechts** dar.
- Die Gründung erfolgt durch **Satzungserlass durch die beteiligen Mitglieder, § 6 GKZ.**
- Die Rechtsverhältnisse des Zweckverbands werden in einer Satzung geregelt, vgl. § 5 Abs. 1 GKZ.
- Soweit nicht ein Gesetz oder die Verbandssatzung besondere Vorschriften trifft, finden auf den Zweckverband die für die Gemeinden geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung, vgl. § 5 Abs. 2 Satz 1 GKZ.
- Der Zweckverband kann **Satzungen und Verwaltungsakte erlassen sowie Gebühren und Beiträge** erheben, § 5 GKZ.

ZWECKVERBAND (2)

ORGANE UND EINFLUSSNAHME

- **Organe des Zweckverbands** sind die Verbandsversammlung nach § 13 GKZ und der Verbandsvorsitzenden nach § 16 GKZ. Die Organe entsprechen funktional dem Gemeinderat bzw. dem (Ober-)Bürgermeister. Fakultativ kann nach § 12 Abs. 2 GKZ ein Verwaltungsrat eingerichtet werden.

- Die Verbandsversammlung ist das Hauptorgan des Zweckverbands und setzt sich aus den Vertretern der am Zweckverband beteiligten Mitglieder zusammen. Der Verbandsvorsitzende ist Leiter der Verbandsverwaltung und vertritt den Zweckverband.

- Nach § 13 Abs. 5 GKZ können die Verbandsmitglieder ihren Vertretern **Weisungen** erteilen. § 16 Abs. 1 GKZ.

- Der Verbandsvorsitzende und mindestens ein Stellvertreter werden von der Verbandsversammlung aus ihrer Mitte gewählt. Zuständigkeiten der Organe sind in der Verbandssatzung zu regeln, § 6 Abs. 2 Nr. 2 GKZ.

ZWECKVERBAND (3)

AUFGABENÜBERTRAGUNG

§ 4 Abs. 1 Satz 1 GKZ regelt:

> *„Das Recht und die Pflicht der an einem Zweckverband beteiligten Gemeinden und Landkreise zur Erfüllung der* ***Aufgaben****, die dem Zweckverband gestellt sind,* ***gehen auf den Zweckverband über.****“*

Eine bloße Aufgabendurchführung ist nur nachrangig möglich.

(P) Es ist grundsätzlich erforderlich, dass sowohl der Landkreis als auch die Stadt Tübingen eine Aufgabe auf den gemeinsamen Zweckverband übertragen. Die Stadt Tübingen soll im Auftrag des Landkreises die Sammel- und Transportleistungen von Abfällen auf dem Stadtgebiet von Tübingen erbringen. Nach § 6 Abs. 1 Satz 1 LKreiWiG ist der Landkreis Entsorgungsträger. Inwieweit sich aus der allgemeinen Zuständigkeit der Stadt Tübingen für seinen Wirkungskreis ebenfalls eine Zuständigkeit für die Abfallentsorgung entnehmen lassen kann, wäre vertieft zu prüfen.



GEMEINSAME SELBSTSTÄNDIGE KOMMUNALANSTALT

MENOLD BEZLER

GEMEINSAME SELBSTÄNDIGE KOMMUNALANSTALT (1)

GRUNDSÄTZLICHES

- Eine selbstständige Kommunalanstalt ist eine **rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts.**

- Anders als der Zweckverband hat sie keine Mitglieder; Anstalten sind organisatorisch verselbstständigte Zusammenfassungen von sächlichen und personellen Mitteln zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe.

- Die Gründung erfolgt durch **Satzungserlass, vgl. § 24a GKZ.**

- Die Rechtsverhältnisse der gemeinsamen selbständigen Kommunalanstalt werden in einer Satzung geregelt.

- Die gemeinsame selbständige Kommunalanstalt kann **Satzungen und Verwaltungsakte erlassen sowie Gebühren und Beiträge** erheben, wenn dies in der Anstaltssatzung vorgesehen ist.

GEMEINSAME SELBSTÄNDIGE KOMMUNALANSTALT (2)

ORGANE UND EINFLUSSNAHME

- Die gemeinsame selbständige Kommunalanstalt hat zwei Organe, den Vorstand und den Verwaltungsrat, vgl. §§ 24a Abs. 1 GKZ i.V.m. 102b Abs. 1 GemO.
- Es fehlt an einem „Basisorgan“ wie der Verbandsversammlung eines Zweckverbands. Der Verwaltungsrat ist als Kontrollorgan ausgestaltet.
- Weisungsrechte des Gemeinderats/ des Kreistags können für bestimmte Fälle in der Satzung geregelt werden, vgl. §§ 24a Abs. 1 GKZ i.V.m. 102b Abs. 3 S. 6 GemO
- Der Verwaltungsrat hat wenige Entscheidungskompetenzen, diese können in der Satzung jedoch erweitert werden.



Durch Gestaltung der Satzung können und müssen die Einflussnahmemöglichkeiten der Kommunen erweitert und gestaltet werden.

GEMEINSAME SELBSTÄNDIGE KOMMUNALANSTALT (3)

AUFGABENÜBERTRAGUNG

- §§ 24a Abs. 1 GKZ i.V.m. 102a Abs. 2 GemO erlaubt, der gemeinsamen selbstständigen Kommunalanstalt einzelne oder alle mit einem bestimmten Zweck zusammenhängenden Aufgaben ganz oder teilweise zu übertragen:

  „*Die Gemeinde kann der selbstständigen Kommunalanstalt einzelne oder alle mit einem bestimmten Zweck zusammenhängenden Aufgaben ganz oder teilweise übertragen*".

Die Übertragung zur „bloßen" Aufgabendurchführung ist möglich (vgl. auch § 1 Satz 2 GKZ). Insofern bietet eine Kommunalanstalt grundsätzlich weitergehende Spielräume als ein Zweckverband.



BESONDERHEITEN ÖFFENTLICH-RECHTLICHER RECHTSFORMEN

GEBÜHREN

Einem Rechtsträger in öffentlich-rechtlicher Rechtsform könnte auch die **Gebührenhoheit** übertragen werden.

Bei der Wahl einer Organisationsform muss auch der **gebührenrechtliche Grundsatz der Erforderlichkeit der Kosten** bedacht werden.

- „Überflüssige“ oder übermäßigen Kosten sind zu vermeiden.
- Es ist zu prüfen, ob durch Wechsel der Organisationsform eine Gebührenmehrbelastung für die Gebührenschuldner entsteht:
  - kann eine Aufgabe nicht in eigener Regie kostengünstiger selbst vorgenommen werden?
  - und wenn ja, gibt es sachliche Gründe, die eine Privatisierung trotz der Mehrkosten rechtfertigen?

Mehrkosten in diesem Sinne liegen dann nicht vor, wenn sie durch Privatisierung erwirtschaftet werden, d.h. neutralisiert werden. **Diese Frage ist auch mit Blick auf eine unterschiedliche Steuerbelastung je nach Rechtsformenwahl zu prüfen.**

STEUERN

Für die steuerliche Behandlung öffentlicher Unternehmen kommt es entscheidend darauf an, **ob das öffentliche Unternehmen öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich** organisiert ist.

- Die hoheitliche Abfallentsorgung unterliegt grundsätzlich nicht der Steuerpflicht (Körperschafts-, Umsatz- und Gewerbesteuer), wenn diese in öffentlich-rechtlichen Organisationsformen (bspw. gemeinsamer Zweckverband oder gemeinsame selbständige Kommunalanstalt durchgeführt wird (§ 2b Abs. 1 Satz 1 UStG).

- Öffentliche Unternehmen in privatrechtlicher Rechtsform sind hingegen kraft Rechtsform – wie sonstige private Unternehmen auch – grundsätzlich ertrag- und umsatzsteuerpflichtig.

Die Steuerbelastung (Ertrag-, Umsatz-, Körperschaftssteuer) ist je nach Rechtsformenwahl vertieft zu prüfen.

ANSCHLUSS- UND BENUTZUNGSZWANG, PERSONALHOHEIT

Ein Rechtsträger in öffentlich-rechtlicher Rechtsform kann aufgrund **Satzungshoheit** einen Anschluss- und Benutzungszwang erlassen, soweit ihm Aufgaben übertragen wurden.

Er besitzt außerdem die **Dienstherrenfähigkeit**, was je nach gewünschter personeller Ausstattung des Unternehmens relevant sein kann.



PRIVATRECHTLICHE RECHTSFORMEN

KOMMUNALE UNTERNEHMEN IN PRIVATRECHTSFORM
ÜBERBLICK ZULÄSSIGKEITSVORAUSSETZUNGEN (1)

Die oben dargestellten Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines kommunalen wirtschaftlichen Unternehmens gelten ungeachtet der Rechtsform des kommunalen Unternehmens. § 103 Abs. 1 GemO regelt zusätzliche Vorgaben für die Gründung von Unternehmen in Privatrechtsform:

- Das Unternehmen muss seine Aufwendungen zu mind. 25 % mit Umsatzerlösen decken können.
- Durch Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags oder der Satzung muss sichergestellt sein, dass der öffentliche Zweck des Unternehmens erfüllt wird.
- Die Kommune muss einen angemessenen Einfluss, insbesondere im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan des Unternehmens erhalten.
- Die Haftung der Kommune muss auf einen ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag begrenzt werden.
- Der Jahresabschluss und der Lagebericht des Unternehmens müssen entsprechend den für große Kapitalgesellschaften geltenden Vorschriften des Dritten Buchs des Handelsgesetzbuchs aufgestellt und geprüft werden.

KOMMUNALE UNTERNEHMEN IN PRIVATRECHTSFORM
ÜBERBLICK ZULÄSSIGKEITSVORAUSSETZUNGEN (2)

- In § 104 GemO ist geregelt, dass die Kommunen in den **Organen des Unternehmens in Privatrechtsform** vertreten sein muss. Hierdurch soll der Einfluss der Kommune auf ihr Unternehmen gesichert werden.

- Außerdem sind in § 105 GemO Regelungen zur Prüfung und Offenlegung sowie der ortsüblichen Bekanntgabe der Jahresabschlüsse und Lageberichte der kommunalen Unternehmen in Privatrechtsform enthalten. Verlangt wird unter anderem, dass die Kommunen im Hinblick auf ihre kommunalen Unternehmen einen Beteiligungsbericht erstellen und diesen ortsüblich bekannt geben.



GESELLSCHAFT MIT BESCHRÄNKTER HAFTUNG (GMBH)

GMBH (1)

GRUNDSÄTZLICHES

- Die GmbH ist eine selbständige juristische Person des privaten Rechts.
- Die Haftung der GmbH ist nach § 13 Abs. 2 GmbH auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt.
- Gründung erfolgt durch Abschluss eines Gesellschaftsvertrages und Eintragung in das Handelsregister.
- Die Übertragung von öffentlichen Aufgaben auf die GmbH ist nicht möglich. Die GmbH kann lediglich mit der Durchführung von Aufgaben betraut werden.

GMBH (2)

ORGANE UND EINFLUSSNAHME

- Das GmbHG enthält viele dispositive Regelungen. Zwingend vorgeschrieben ist, dass die GmbH einen oder mehrere Geschäftsführer hat (§ 6 Abs. 1 GmbHG) und eine Gesellschafterversammlung (§§ 45 ff. GmbHG), in der die Gesamtheit der Gesellschafter vertreten ist.
- Ein Aufsichtsrat kann eingerichtet werden („fakultativer Aufsichtsrat"), vgl. § 52 Abs. 1 GmbHG.
- Der Geschäftsführer leitet die Geschäfte, Aufsichtsrat und Gesellschafterversammlung sind für die Überwachung der Geschäftsführung zuständig.
- Im Gesellschaftsvertrag können Zuständigkeiten der Gesellschafterversammlung und des Aufsichtsrats sowie Weisungsrechte der Gesellschafterversammlung an die Geschäftsführung geregelt werden.
- Für den kommunalen Träger können keine Weisungsrechte gegenüber den Organen der Gesellschaft vorgesehen werden.



Durch Gestaltung der Satzung können Einflussnahmemöglichkeiten der Kommunen erweitert und gestaltet werden. Die GmbH ist gleichwohl selbständiger als eine Kommunalanstalt.

GMBH (3)

AUSGESTALTUNG DES GESELLSCHAFTSVERTRAGS

Die Anforderungen der §§ 103 ff. GemO sind im Gesellschaftsvertrag umzusetzen:

- **Öffentlicher Zweck** des Unternehmens muss im Rahmen des Unternehmensgegenstands festgeschrieben werden
- Aufsichtsrat zur Überwachung der Geschäftsführung sollte freiwillig eingerichtet werden
- **Besetzung** der **Organe** Gesellschafterversammlung und Aufsichtsrat mit Vertretern von Gemeinde/ Landkreis
- Zustimmungsrechte für Gesellschafterversammlung und Aufsichtsrat im Gesellschaftsvertrag regeln
- Verpflichtung der Gesellschaft, entsprechend Eigenbetriebsrecht einen **Wirtschaftsplan** mit fünfjähriger Finanzplanung aufzustellen sowie **Jahresabschluss und Lagebericht** entsprechend den Vorschriften des Dritten Buches des HGB für große Kapitalgesellschaften aufzustellen und zu prüfen,
- Verankerung einer **Betätigungsprüfung** durch die örtlichen und überörtlichen Rechnungsprüfungsbehörden.



AKTIENGESELLSCHAFT (AG)

AKTIENGESELLSCHAFT

GRUNDSÄTZLICHES

- Die Aktiengesellschaft ist als Rechtsform nach § 103 Abs. 2 GemO **nur zulässig**, wenn das Unternehmen nicht ebenso gut in einer anderen Rechtsform betrieben werden kann.
- Dies ist hier nicht ersichtlich (bspw. ist kein Kapital von Dritten erforderlich)
- Die Gründung einer gemeinsamen Aktiengesellschaft ist daher nicht zu empfehlen bzw. kommunalrechtlich nicht möglich.
- Aktiengesellschaft ist regelmäßig nicht inhousefähig, aufgrund der regelmäßig umfassenden Befugnisse des Verwaltungsrates ist eine „Kontrolle wie über eigene Dienststellen“ fast nicht abbildbar

ENTSCHEIDUNGSFAKTOREN – FAZIT



1

Aufgabenübertragung

Welche Aufgabe können bzw. sollen übertragen werden?

2

Kommunalrechtliche Zulässigkeit

Anforderungen an wirtschaftliche Unternehmen, insb. in Privatrechtsform

3

Einflussnahme / Personalhoheit

Selbstständigkeit / Möglichkeiten zur Einflussnahme Dienstherrenfähigkeit gewünscht?

4

Steuerpflichten

Umsatzsteuer / Körperschaftssteuer – **vertieft zu prüfen**

5

Gebührenrecht

Grundsatz der Erforderlichkeit der Kosten; wer soll Gebührenhoheit haben?



GRÜNDUNG ZWECKVERBAND

MENOLD BEZLER

Abgrenzung (vergaberechtsfreier) **staatsinterner Organisationsakt** von (nur unter den Voraussetzungen von Art. 12 Richtlinie 2014/24/EG, § 108 GWB vergaberechtsfreien) **Leistungsbeziehungen**.

EuGH, Urt. vom 21.12.2016 – C-51/15 (Remondis):

- **Interne Staatsorganisation unterfällt nicht dem Vergaberecht**

- **Gründung eines Zweckverbands mit echter Kompetenzübertragung stellt Angelegenheit der internen Organisation dar**:
  - vollständige Übertragung der öffentlichen Aufgaben zur Erfüllung durch den Zweckverband,
  - Zweckverband kann die übertragenen Aufgaben autonom erfüllen; verbliebene politische Kontrolle der Zweckverbands-Mitglieder ist unschädlich,
  - finanzielle Autonomie des ZV; Pflicht zur Zahlung von Umlagen steht dem nicht entgegen.

Die Beauftragung eines Zweckverbandes durch eines seiner Mitglieder stellt ein Inhouse-Geschäft dar. Für Darlegungen der Einhaltung des sog. Wesentlichkeitskriteriums genügt nach Auffassung des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 07.08.2019, VII-Verg 9/19) die Glaubhaftmachung ihrer Tätigkeiten durch den Auftraggeber.

MENOLD BEZLER
WER WIR SIND

- Deutschlandweit und international tätige **Full Service-Kanzlei** mit Sitz in Stuttgart
- Über 300 Mitarbeiter, davon rund 120 **Anwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer** und **Unternehmensberater** unter einem Dach
- Berater für namhafte **mittelständische Unternehmen**, börsennotierte Konzerne sowie die **öffentliche Hand** und deren Unternehmen



- 2004 von 13 Partnern **gegründet**
- 2020 Fusion mit **Wirtschaftsprüfungs- und Steuer-beratungsgesellschaft**
- Internationale Netzwerke (Best Friends und MGI Worldwide) für **grenzüberschreitende Projekte**

Ausgezeichnete Beratung

JUVE AWARDS 2020 Kanzlei des Jahres Südwesten
TOP Steuerkanzlei 2023 FOCUS-Business.de
Empfohlen im kanzleimonitor.de 2023-2024 Empfehlung ist die beste Referenz
JUVE TOP 50 Wirtschaftskanzlei Deutschland 2021|2022
TOP Wirtschafts-kanzlei 2023 FOCUS-Business.de
Digitale Kanzlei 2023 DATEV
The LEGAL 500 DEUTSCHLAND TOP KANZLEI 2023
JUVE AWARDS 2014 Kanzlei des Jahres für den Mittelstand

DER MANDANT IM MITTELPUNKT
UNSERE DENK- UND ARBEITSWEISE

Kontinuität in der Beratung

Wir legen großen Wert auf eine vertrauensvolle, beständige Beziehung zu unseren Mandanten. Sie haben persönliche Ansprechpartner auf Augenhöhe, mit tiefem Verständnis für Ihr Geschäft und Ihr Anliegen.

Lösungsorientierte Beratung

Wir verstehen uns als Sparringspartner unserer Mandanten. Mit dem Blick fürs Ganze erarbeiten wir nachhaltig erfolgreiche Lösungen und geben konkrete Handlungsempfehlungen. Komplexe Fragestellungen gehen wir mit fundiertem Spezialwissen in fachübergreifenden Teams an.

Qualität der Beratung

Die Zufriedenheit unserer Mandanten ist Maßstab unseres Handelns. Dies erreichen wir sowohl durch fachlich exzellente Arbeit als auch durch praxisorientierte und machbare Lösungen. Leistung und Gegenleistung stehen dabei in einem angemessenen Verhältnis.



Dr. Markus Schildknecht
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Vergaberecht
Tel +49 711 86040 681
Fax +49 711 86040 550
markus.schildknecht@menoldbezler.de

Profil

Markus Schildknecht ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Vergaberecht.

Er absolvierte sein Studium der Rechtswissenschaften in Freiburg im Breisgau und Wien. Er ist seit 2019 für Menold Bezler tätig.

Er berät bundesweit in erster Linie die öffentliche Hand bei der Konzeption und Abwicklung von Beschaffungsprojekten sowie bei komplexen vergaberechtlichen Fragestellungen. Ein Schwerpunkt bildet dabei die rechtliche und strategische Begleitung von Ausschreibungsvorhaben öffentlicher Auftraggeber sowie privaten Auftraggebern bei geförderten Projekten, überwiegend im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb. Daneben vertritt Herr Schildknecht regelmäßig öffentliche Auftraggeber in Nachprüfungsverfahren. Zudem hält er zu unterschiedlichen vergaberechtlichen Themen Schulungen und Seminare.



Alexander Häcker
Partner, Rechtsanwalt
Tel +49 711 86040 212
Fax +49 711 86040 01
alexander.haecker@menoldbezler.de

Profil

Alexander Häcker absolvierte sein Studium der Rechtswissenschaften in Tübingen. Er ist seit 2012 für Menold Bezler tätig, seit 2024 als Partner. Er berät und vertritt bundesweit Kommunen und mittelständische Unternehmen im öffentlichen Recht sowie Wirtschaftsverwaltungsrecht.

Kompetenzbereiche und Tätigkeitsschwerpunkte

- Kreislaufwirtschafts- und Abfallrecht
- Umweltrecht, öffentliches Bau- und Planungsrecht
- Produktsicherheitsrecht
- Erneuerbare Energien
- Wirtschaftsverwaltungsrecht

Branchen und Lösungen

- Kreislaufwirtschaft
- Energie
- ESG – Environment, Social, Governance

Sprachen

Deutsch, Englisch

MENOLD BEZLER
Rechtsanwälte Steuerberater Wirtschaftsprüfer Partnerschaft mbB
Stresemannstraße 79 · 70191 Stuttgart
Tel +49 711 86040 00
Fax +49 711 86040 01
kontakt@menoldbezler.de
www.menoldbezler.de

MITTELSTAND IM MITTELPUNKT®

