



Rechtliche Anforderungen an Kooperationsmodelle zur Klärschlammmentsorgung

Online-Fachgespräch

„Situationsanalyse der Klärschlammmentsorgung im Land Brandenburg“
am 28.04.2022

Rechtsanwältin Isabelle-Konstanze Charlier, M.E.S.

Übersicht

- 1. Mögliche Partner: Pflichtige der Klärschlammverwertung**
- 2. Strukturen und Beteiligte einer Kooperation**
- 3. Untersuchte Modelle**
- 4. Rahmen des Kommunal(wirtschafts)rechts**
- 5. Bewertung der drei Grundmodelle**
- 6. Möglichkeit der Kooperation mit einem Dritten in ÖPP**
- 7. Fazit**

1. Mögliche Partner: Pflichtige der Klärschlammverwertung

- Worum geht es: Pflicht zur Verwertung des Klärschlammes aus Abwasserbehandlung
- Wen trifft diese Pflicht?
 - § 3 Abs. 1 AbfKlärV:
 - *Der **Klärschlamm**erzeuger hat den in seiner Abwasserbehandlungsanlage anfallenden Klärschlamm **möglichst hochwertig zu verwerten**, soweit dies technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar ist. Hierbei sind eine Rückgewinnung von Phosphor und eine Rückführung des gewonnenen Phosphors oder der phosphorhaltigen Klärschlammverbrennungssasche in den Wirtschaftskreislauf anzustreben.*
 - „Klärschlamm
 - erzeuger“ ist nach § 2 Abs. 11 AbfKlärV:
 - Betreiber einer Abwasserbehandlungsanlage
 - Dies kann je nach Ausgestaltung des Betriebes sein:
 - der Abwasserbeseitigungspflichtige als Klärwerksbetreiber selbst
 - ein etwaiger eingesetzter privater /gemischtwirtschaftlicher dritter Betreiber

2. Mögliche Strukturen und Beteiligte einer Kooperation

- Mehrere Klärschlammerzeuger können zur Erfüllung der Pflicht zusammenarbeiten
- Vss. ebenfalls erforderlich: Zusätzliche Einbindung eines Dritter mit Erfahrung, z.B.
 - für die Errichtung einer entsprechenden Verwertungsanlage oder / und
 - für den Anlagenbetrieb / Betriebsführung / Verwertungsleistung an sich
- Mögliche Stufen / Intensitäten der Zusammenarbeit mit dem Dritten



Beauftragung des Dritten mit der Verwertung

- in einer bestehenden Anlage,
- Oder in einer neuen Anlage ggf. verbunden mit späterer Erwerbsoption

In dieser Variante trifft die Beteiligten das geringste Vorfinanzierungsrisiko.



Beauftragung der Errichtung einer Anlage und Erwerb,

Beauftragung des Dritten mit der Betriebsführung und Verwertungsleistung

Den Partnern stünde der spätere eigene Betrieb der Anlage offen, sie würden sie aber sofort erwerben, wären also stärker engagiert.



Beauftragung der Errichtung eine Anlage und Erwerb,

Eigenständiger Betrieb der Anlage durch die Auftraggeber

oder Betrieb gemeinsam mit dem Dritten, indem dieser z.B. in die Organisationsform einbezogen wird (z.B. ÖPP)

3. Betrachtete Modelle /Strukturen

- Zudem sind unterschiedliche Intensitäten der Zusammenarbeit der Pflichtigen untereinander möglich (institutionalisiert oder nicht) und unterschiedliche Möglichkeiten der späteren Einbeziehung eines Dritten
- Drei grundlegende Strukturen / Modelle der Zusammenarbeit lassen sich abbilden:

**Nicht-
institutionalisierter
Zusammenschluss,
bloße Koordinierung
und gemeinsame
Vergabe** der
Verwertung als
Fremdleistung,
§ 4 VgV

**Zusammenschluss
in öff.-rechtl.
Organisationsform:
Zweckverband,
§10 GkG oder
Gemeinsame Anstalt,
§ 37 GkG**

**Zusammenschluss
in privat-rechtl.
Organisationsform:
Gemeinsame
In-House-
Gesellschaft,
z.B. GmbH**

4. Rahmen des Kommunal(wirtschafts)rechts (1)

- Die Organisationsentscheidung muss sich grds. in den rechtlichen Rahmen einordnen, allen voran des Kommunalrechts, aber auch des Vergaberechts
- Dafür ist insbesondere entscheidend, ob die Aufgabenträger selbst tätig werden wollen, oder aber die Verwertungsleistungen bei Dritten beschaffen
- Das Kommunalwirtschaftsrecht der §§ 91, 92 BbgKVerf stellt Anforderungen nur an die eigene wirtschaftliche Tätigkeit einer Kommune
- Grundlegend sind danach drei Anforderungen zu beachten:

ein öffentlicher Zweck rechtfertigt die Tätigkeit,

(wobei die Gewinnerzielung allein keinen ausreichenden öffentlichen Zweck darstellt)

die Betätigung steht nach Art und Umfang in einem **angemessenen Verhältnis**

- zur **Leistungsfähigkeit** der Kommunen und
- zum **voraussichtlichen Bedarf**

Wenn **von privaten Anbietern wirtschaftlicher** erbracht, grds. diesen zu übertragen (z.B. Vergleichsberechnungen), **es sei denn: Gremien halten wirtschaftliche Betätigung im öffentlichen Interesse für erforderlich**

4. Rahmen des Kommunal(wirtschafts)rechts (2)

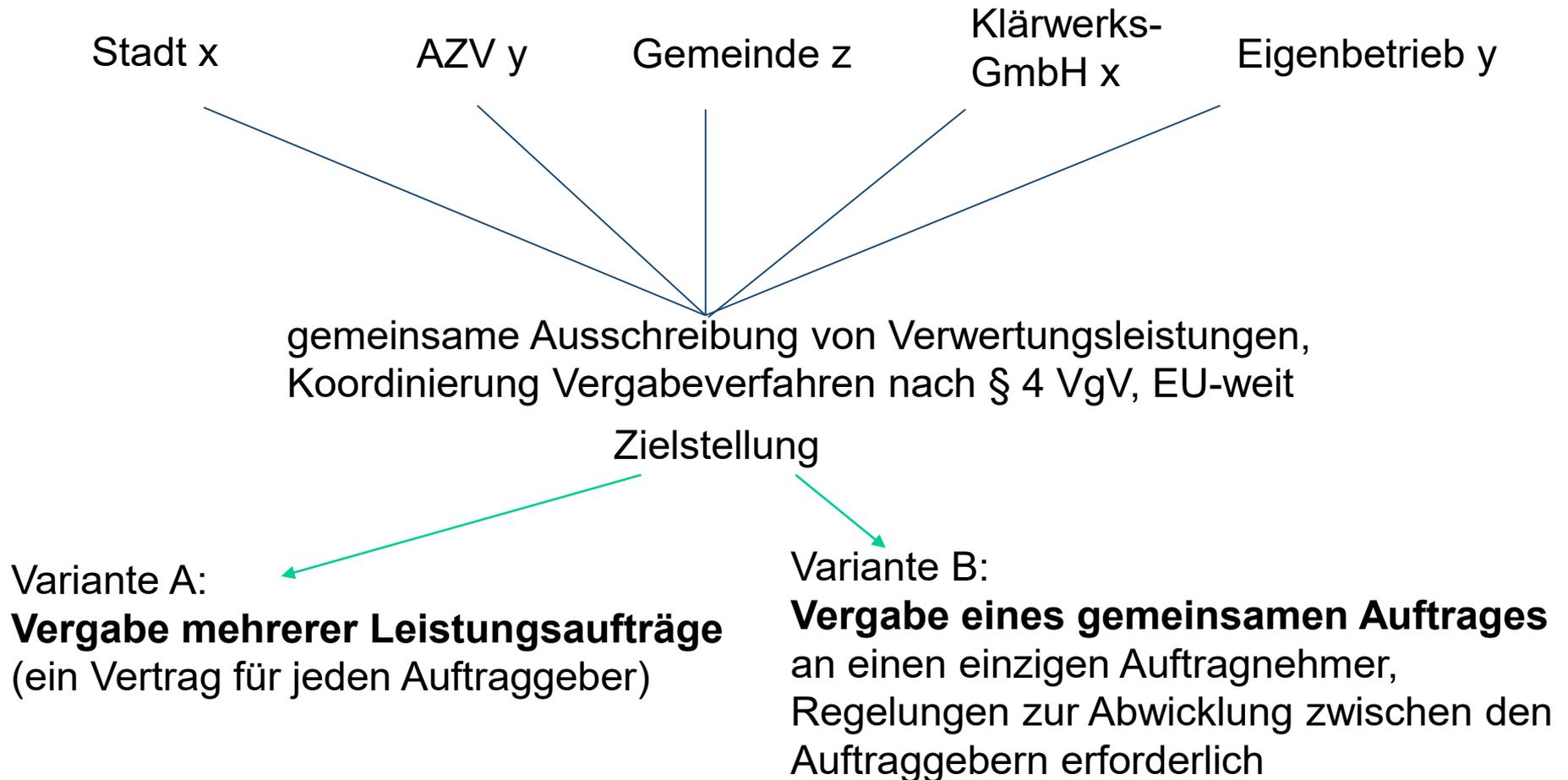
- Überörtliche Tätigkeit unschädlich, wenn im Rahmen von Vereinbarungen der betroffenen Gemeinden, Gemeindeverbände oder kommunalen Unternehmen, § 91 Absatz 3 BbgKVerf
- Für die Gründung sog. „Unternehmen“ (z.B. Gesellschaften, Anstalten) stellt § 92 BbgKVerf überdies weitere Anforderungen auf:
 - hier ist grds. Wirtschaftlichkeitsanalyse zur Vergleichen von Unternehmensgründung und Privatisierungsmöglichkeiten erforderlich, Ausnahme: wenn Unternehmensgründung im öff. Interesse erforderlich
 - Einholung Stellungnahmen der IHK und HWK
- Anforderungen des **Kommunalabgabenrechts** antizipieren:
 - Kosten für die Klärschlammverwertung dürfen unter bestimmten Voraussetzungen in der Abwassergebühr nach KAG Bbg angesetzt werden, Gegenteiliges bislang nicht entschieden
 - Grundsatz der Erforderlichkeit verlangt pflichtgemäße Prognose der benötigten Verwertungskapazität und des voraussichtlichen Bedarfes (echte Überkapazitäten können nicht refinanziert werden)

4. Rahmen des Kommunal(wirtschafts)rechts (3)

- Im Ergebnis ist daher aus Gründen
 - sowohl des Kommunalwirtschaftsrechts
 - als auch des Kommunalabgabenrechtseine sorgfältige Bedarfsermittlung notwendig.
- Dies erschwert spätere nennenswerte Erweiterungen von Kooperationen unabhängig von der konkreten Kooperationsform
- Insofern empfiehlt sich, den Rahmen möglichst angemessen abzuschätzen, es sei denn die technischen Rahmenbedingungen erlauben später noch eine Erweiterung der Kapazität z.B. in technisch-baulicher Hinsicht oder in der Betriebsführung
- Grenzen für eine spätere Änderung können auch aus dem Vergaberecht folgen, wenn der Betrieb der Anlage ausgeschrieben war und eine deutliche Erweiterung der Verwertungsmengen eine unzulässige wesentliche Vertragsänderung nach § 132 GWB bedeutet (unschädlich vss. bis 10% bei Unterschreitung Schwellenwerte)
- Sollten sich langfristig unerwartete Überkapazitäten ergeben, ist deren Auslastung durch Dritte grds. nach § 91 Absatz 5 Nr. 1 BbgKVerf zulässig

5. Modell 1: Gemeinsame Beschaffung

- Gemeinsames Vergabeverfahren unter Beachtung des Vergaberechts
- ohne Gründung einer neuen Organisation



5. Modell 1: gemeinsame Beschaffung - Einzelkriterien

Vergaberecht:

- Gemeinsame Ausschreibung der Verwertungsleistung nach § 4 VgV zur Ermittlung vornehmlich eines Auftragnehmers, Problematik Losbildung!

Kartellrecht:

- Bleibt je nach Ausschreibungsmodell zu prüfen, insbesondere dann, wenn nur ein Bieter auf die Gesamtmenge anbieten darf

Kommunalwirtschaftsrecht:

- keine Anforderungen (keine eigene Tätigkeit, vielmehr Beschaffung am Markt)

Vorfinanzierung / Refinanzierung / Kommunalabgabenrecht:

- Vorfinanzierungsrisiko liegt vollständig beim Auftragnehmer, gering für Auftraggeber
- Verwertungspreis kann als Marktpreis für die Fremdleistung nach § 6 Abs. 2 KAG in der Abwassergebühr ansatzfähig sein, Refinanzierung über Gebühren lt. KAG, soweit Verwertung Teil der Abwasserbeseitigungspflicht (zwingender „Annex“) und Erforderlichkeit gewahrt

Haftungsrisiko:

- Organisationsformbedingt liegt dieses vornehmlich beim beauftragten Auftragnehmer

Steuerrecht:

- Leistungsentgelte des / der beauftragten Dritten sind umsatzsteuerpflichtig,
- aber sind einschl. USt über die Gebühren refinanzierbar, wenn o.g. Grundsätze beachtet

Erweiterung / Änderung der Beteiligten:

- kein Spielraum: Auftraggeber und Mengen müssen im Verfahren definiert werden, spätere Änderungen nur im engen Rahmen nach § 132 GWB möglich,
- aber keine Beteiligung neuer Auftraggeber am ausgeschriebenen Auftrag möglich

5. Modell 1: Gemeinsame Beschaffung - Fazit

- Die gemeinsame EU-weite Ausschreibung der bloßen Verwertungsleistung am Markt ist dann sinnvoll, wenn ein angemessenes Maß an Wettbewerb erzielt werden kann (d.h. mehrere potentielle Bieter ersichtlich sind) und damit auch ein effektiver Preiswettbewerb zu erwarten ist)
- Zur Überprüfung dieser Ausgangslage bietet sich (vorbehaltlich von Ergebnissen der Studie) eine mögliche Markterkundung nach § 28 VgV an
- Das Modell eignet sich für Partner, welche keine organisatorische Verfestigung miteinander eingehen möchten (Modell mit der geringsten Intensität der Zusammenarbeit), keine eigenen Kapazitäten errichten möchten, Finanzierungsrisiken scheuen und auch langfristig keine eigene Betreiberfunktion zu übernehmen beabsichtigen
- Kommunalwirtschaftsrechtlich sind zwar keine weiteren Anforderungen zu beachten
- Auch im Übrigen begegnet das Modell geringen Umsetzungsherausforderungen für die Auftraggeber (im Wesentlichen Gestaltung des Vergabeverfahrens)
- Eigenständigkeit und Unabhängigkeit von Anbietern am Markt sowie eine eigene Verwertungssicherheit lassen sich auf diese Weise jedoch langfristig nicht erzielen

- Grds. besteht für öff. Auftraggeber (z.B. Städte, Gemeinde, Zweckverbände) ein Ausschreibungserfordernis bei Überschreiten der sog. EU-Schwellenwerte
- Unterhalb der Schwellenwerte bestimmt § 30 KomHKV die Verfahren, dies gilt im Ergebnis für alle öff.-rechtlichen Formen (also Stadt, Gemeinde, ZwV, Anstalt)
- Vergabefreie Organisation von Aufgaben aber möglich bei:
- **Aufgabenübertragung**, Anforderungen gemäß EuGH Urt. 21.12.2016, C-51/15:
 1. Übertragung aller mit der übertragenen Kompetenz verbundenen Zuständigkeiten und Befugnisse auf den neuen Aufgabenträger
 2. neuer Aufgabenträger verfügt über eigene Entscheidungsbefugnisse und über
 3. finanzielle Unabhängigkeit von seinen Mitgliedern, um die Finanzierung der übertragenen Aufgabe sicherzustellen.
 - ⇒ denkbar, sofern auch Gebührenhoheit mit übergeht,
 - ⇒ i.Ü. risikobehaftet, insbesondere unklar, ob Möglichkeit Umlageerhebung beim ZwV genügt
- **In-House-Auftrag an eine gemeinsame Gesellschaft**, § 108 Abs. 4 und 5 GWB
 - Gemeinsame Kontrolle ähnlich wie über eigene Dienststelle (nähere Vorgaben in Absatz 5),
 - Tätigkeit zu > 80 % zur Erfüllung von betrauten Aufgaben der Auftraggeber (Tätigkeit z.B. bemessen anhand Umsatzanteil, § 108 Absatz 7 GWB)
 - Grds. keine Beteiligung privaten Kapitals am Auftragnehmer (enge Ausnahmen)

5. Modell 2: öff.-rechtl. Organisation - Einzelkriterien

Vergaberecht

- Vergabefreie Aufgabenübertragung auf Anstalt / Zweckverband scheidet vss. aus
- Vergabefreie Beauftragung bleibt aber nach In-House-Grundsätzen möglich

Vorfinanzierungsrisiko/ Refinanzierung / Kommunalabgabenrecht:

- Vorfinanzierung liegt je nach näherer Ausgestaltung (abhängig vom Betriebsmodell) bei der neuen Organisation (Verband/Anstalt) oder bei dem im Anschluss beauftragten Dritten
- Verbandsumlage wäre vss. in Abwassergebühr ansatzfähig, wenn Klärschlammverwertung als Annex zur Abwasserbeseitigung betrachtet wird
- Leistungsentgelt bei Beauftragung wäre nach § 6 Absatz 2 KAG ansatzfähig, wenn erforderlich

Steuerrecht:

- Leistungsentgelte von Zweckverband (ZwV) /Anstalt wären vss. umsatzsteuerpflichtig,
- Verbandsumlage dagegen (so einzelne Finanzämter zu § 2b UStG) wohl nicht, aber: verbindliche Auskunft erforderlich! Rechtslage und Umfang der Ausnahmen nach § 2b UStG sehr unsicher

Haftungsrisiken:

- Hoch: Zweckverband nicht insolvenzfähig, § 29 Absatz 6 GKGBbg, Mitglieder haften bei Auflösung, bei Anstalt besteht sogar Gewährträgerhaftung der Träger (daher nur Kommunen)

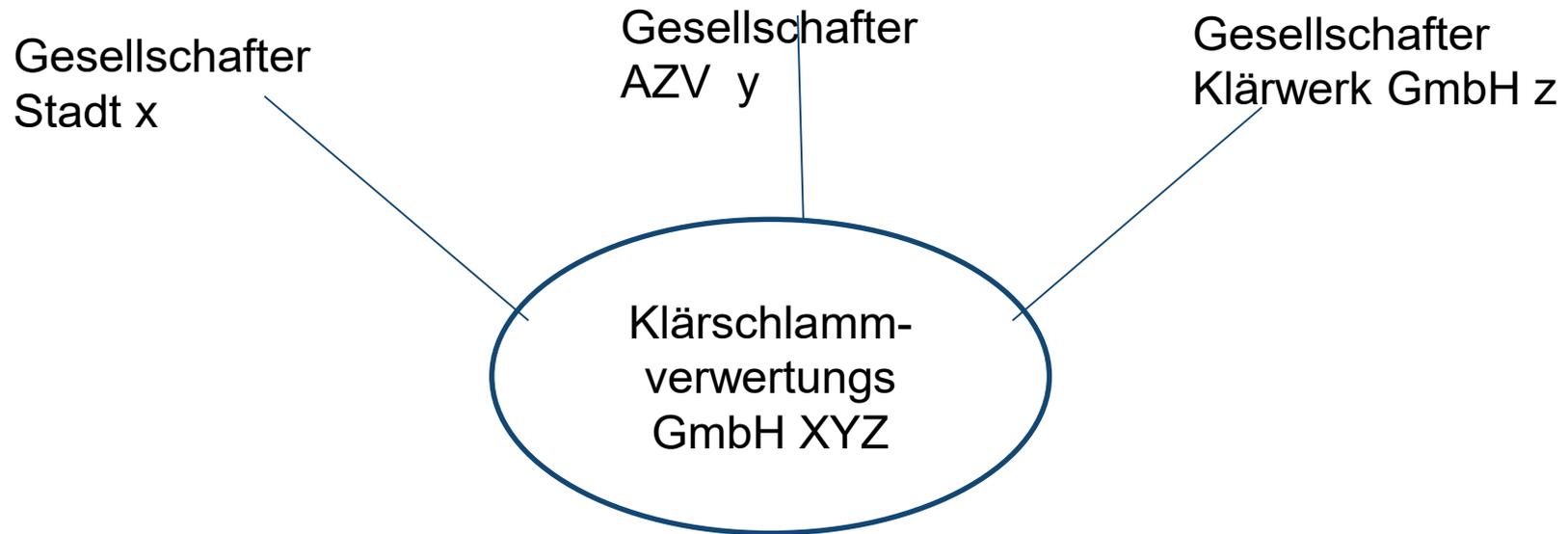
Änderung des Kreises der Beteiligten:

- Späterer Beitritt weiterer Mitglieder/Träger zu ZwV/Anstalt möglich, aber genehmigungspflichtig
- Deutliche Veränderung der Anzahl und v.a. der zu verwertenden Mengen kann je nach Vertragsgestaltung vergaberechtliche Bedenken aufwerfen; wenn dies zu wesentlicher Änderung des Vertragsumfanges ggü. dem Dritten führen sollte (spätere Auslastung eher unbedenklich)

5. Modell 2: öff-rechtliche Organisation - Fazit

- Zweckverband und Anstalt eignen sich für die hier betroffenen Aufgaben u.E. bedingt als Modell:
- Eine vergaberechtssichere Aufgabenübertragung ist fraglich, am ehesten beim Zweckverband wegen Recht zur Umlageerhebung begründbar
- In diesem Fall kommt womöglich auch Umsatzsteuerfreiheit nach § 2 b UStG in Betracht, bliebe aber im Wege verbindlicher Auskunft zu klären
- eine Beauftragung von Verband/Anstalt wäre zwar grds. gestaltbar
- Im diesem Fall wird aber vss. keine Umsatzsteuerfreiheit nach § 2 b UStG zu erwarten sein, also kein Vorteil ggü. z.B. der GmbH – aber derzeit nur für privatrechtliche Beauftragung geklärt, bei öff.-rechtlicher Grundlage vss. ähnlich, aber: steuerrechtliche Klärung im Einzelfall erforderlich
- Auch mit Blick auf das hohe Haftungsrisiko der Mitglieder beim Verband bzw. der Träger der Anstalt bietet sich kein Vorteil ggü. der begrenzten Haftung der GmbH

5. Modell 3: privatrechtliche Organisationsform (gemeinsame In-House-GmbH)



- Die GmbH ist neue gemeinsame Organisation, juristische Person des Privatrechts
- Verfügt über eigene Organe: Gesellschafterversammlung und Geschäftsführung
- Gründung durch Satzung mind. 1 Gesellschafter (keine Beschränkung auf Kommunen)
- Lediglich Anzeigepflicht ggü. Kommunalaufsicht, § 100 Abs. 1 BbgKVerf
- GmbH kann nicht Aufgabenträger sein, ist zwingend zu beauftragen (In-House-Auftrag)

- Für das In-House-Verhältnis der Aufgabenträger zur GmbH ist erforderlich (s.o.):
 1. **Gemeinsame Kontrolle der Auftraggeber** ähnlich wie über eigene Dienststellen,
 2. Wesentlichkeit der Tätigkeit für die Auftraggeber (> 80%)
 3. Grds. keine direkte private Kapitalbeteiligung
- Ausgestaltung der gemeinsamen Kontrolle durch die Gesellschafter in Satzung/Vertrag wichtig
- Nähere Anhaltspunkte für gemeinsame Kontrolle aus § 108 Absatz 5 GWB:
 1. die beschlussfassenden Organe setzen sich aus Vertretern sämtlicher teilnehmender öffentlicher Auftraggeber zusammen
 - ⇒ alle Auftraggeber müssen beteiligt und grds. in der Gesellschafterversammlung stimmberechtigt sein
 2. die öffentlichen Auftraggeber können gemeinsam einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen der juristischen Person ausüben
 - ⇒ Minderheitenstimmrechte sind nicht hinderlich, wenn Konzept der gemeinsamen Kontrolle erarbeitet wird, besondere Minderheitenrechte verankert und z.B. bestimmte Fragen einstimmig entschieden werden
 3. die In-House-GmbH verfolgt keine Interessen, die den Interessen der öffentlichen Auftraggeber zuwiderlaufen
 - ⇒ Begrenzung Gesellschaftszweck auf öff. Pflichten, nur Randtätigkeit für Dritte, u.ä.

Vergaberecht

- Beauftragung der gemeinsamen GmbH nach In-House-Grundsätzen grds. möglich, wenn nur öff. Auftraggeber als künftige Gesellschafter beteiligt sind (d.h. Städte, Gemeinden, Zweckverbände, bei privatrechtl. Betreibergesellschaften muss Kommune mehrheitlich beteiligt sein und starken Einfluss ausüben)

Vorfinanzierungsrisiko/ Refinanzierung / Kommunalabgabenrecht:

- Vorfinanzierung liegt je nach näherer Ausgestaltung bei der GmbH oder dem Dritten
- Leistungsentgelt der GmbH (einschl. Kosten des Dritten) vss. gebührenfähig (öff. Preisrecht)
- S.o. Beachtung Grundsatz der Erforderlichkeit - angemessene Dimensionierung und Ausrichtung der geplanten Kapazität auf den voraussichtlichen Bedarf der Beteiligten

Steuerrecht:

- Leistungsentgelte der GmbH sind jedenfalls umsatzsteuerpflichtig, zus. Ertragsteuern der GmbH

Haftungsrisiken:

- Für die Gesellschafter sehr niedrig: grds. keine Haftung der Gesellschafter
- GmbH haftet mit Gesellschaftsvermögen, § 13 Abs. 2 GmbHG, GmbH ist insolvenzfähig

Änderung des Kreises der Beteiligten:

- Beitritt weiterer Gesellschafter zur GmbH auch nach Gründung möglich, grds. auch spätere In-House-Beauftragungen durch weitere/ neue Gesellschafter
- Falls Dritter von der GmbH beauftragt wurde, entstehen bei deutlicher Veränderung der Anzahl der Gesellschafter und v.a. der verwerteten Mengen vergaberechtliche Bedenken; wenn dies zu wesentlicher Änderung des Vertragsumfanges ggü. dem Dritten führen sollte, s.o.

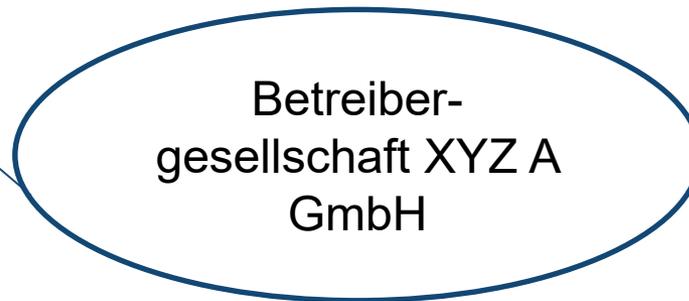
5. Modell 3: Privat-rechtliche Organisation (GmbH) - Fazit

- Eine gemeinsame GmbH eignet sich grds. gut für die Erbringung der hier betroffenen Aufgaben, verschiedene öff. Auftraggeber können sich beteiligen
- Eine vergaberechtssichere gemeinsame Beauftragung und ausgewogene Satzungs-gestaltung ist anspruchsvoll, aber unter Beachtung von § 108 GWB gestaltbar
- Zwar fällt auf die Leistungen der GmbH jedenfalls USt an
- Leistungsentgelte der Aufgabenträger an die GmbH können aber (inkl. USt) vss. über die Abwassergebühr finanziert werden
- Haftungsrisiko der Aufgabenträger ist doppelt begrenzt: durch Beauftragung einer gesonderten Organisation, welche überdies selbst und nur beschränkt auf das Gesellschaftsvermögen haftet, ohne Rückgriff auf die Gesellschafter
- Änderungen im Gesellschafterkreis sind grds. möglich
- jedoch muss auch hier die Verwertungskapazität entsprechend dem Bedarf der Beteiligten abgeschätzt und daran ausgerichtet werden, Kreis der Beteiligten muss damit im Grunde schon bei Gründung und anschließender Ausschreibung der Anlagenkapazität überschaubar sein

6. Erweitertes Modell: Organisationsform der Auftraggeber mit Einbindung des privaten Dritten (ÖPP)

Gesellschafter
Klärschlamm-
verwertungs
GmbH XYZ

Gesellschafter
Klärschlamm GmbH A



- Die gemeinsame Organisation der Auftraggeber (GmbH, ZwV oder Anstalt) kann mit dem privaten Dritten (Anlagenerrichter/-betreiber) eine Betreibergesellschaft gründen
- Die Organisation der Auftraggeber sollte darin Mehrheitsgesellschafter sein (z.B. 51%)
- Beauftragung/Gründung dieser gemischten GmbH bedürfen eines Vergabeverfahrens
- Anzeigepflicht der Gründung ggü. Kommunalaufsicht, § 100 Abs. 1 BbgKVerf

7. Fazit zum Stand der Ergebnisse

- Ein eigenständiger Aufbau von Verwertungskapazitäten in Hand der Pflichtigen dürfte sich kommunalwirtschaftsrechtlich wohl als „im öffentlichen Interesse erforderlich“ begründen lassen, insbesondere, solange keine ausreichenden Kapazitäten privater Anbieter verfügbar sind
- Bei der Frage nach der Zusammenarbeit / Organisationsform der Pflichtigen darf die etwaige zusätzliche und erforderliche Einbindung eines Dritten nicht außen vor bleiben
- Sowohl die Zusammenarbeit der Pflichtigen untereinander wie auch die Kooperation mit dem privaten Dritten können unterschiedlich intensiv ausgestaltet werden
- Schon im Planungsstadium zu beachten sind mit Blick auf die Anforderungen des Kommunalwirtschaftsrechts und die spätere Refinanzierung von Verwertungskosten über die Abwassergebühren wie auch eine klare Leistungsbeschreibung im Fall der Ausschreibung die pflichtgemäße Prognose der benötigten Verwertungskapazitäten
- Öffentlich-rechtliche Kooperationsformen werden künftig (ab 1.1.2023) nicht mehr die bisher z.T. genutzten umsatzsteuerlichen Vorteile aufweisen, vielmehr nähern sich öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Organisationsform in dieser Hinsicht an, sofern einer jur. Person des öff. Rechts nicht auch die Aufgabe vollständig mit der Folge der eigenständigen Gebührenerhebung übertragen wird
- Eine solche Übertragung erscheint jedoch für die Klärschlammverwertung unwahrscheinlich
- Dies würde dann auch eine vergaberechtsfreie Aufgabenübertragung hindern
- Beauftragungen gemeinsamer Institutionen der Auftraggeber sind dagegen – wenn auch mit Herausforderungen – vergabefrei als in-House-Geschäfte gestaltbar



**Rechtsanwältin
Isabelle-K. Charlier, M.E.S.**

Wir bedanken uns für Ihre Aufmerksamkeit.

Gaßner, Groth, Siederer & Coll.

Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

EnergieForum Berlin

Stralauer Platz 34

10243 Berlin

Tel. +49 (0) 30.726 10 26.0

Fax. +49 (0) 30.726 10 26.10

E-Mail: berlin@ggsc.de

Web: www.ggsc.de