

B e n n o   R e i n h a r d t

Rechtsanwalt  
Benno Reinhardt  
Rebenstr. 5  
26121 Oldenburg

DGB  
KV -Tübingen  
Per Mail

Telefon: 0160 / 91 97 07 87  
benno.reinhardt@t-online.de

14.06.2023

**Betrifft: Organisation der Abfallentsorgung in der Universitätsstadt Tübingen**

**Rechtliches Positionspapier**

**zur**

**Müllentsorgung in Tübingen**

1. Die Kanzlei Dolde hat auf meine erste Stellungnahme vom 17.05.2023 am 19.05.2023 erwidert. Diese Stellungnahme wurde offensichtlich für den Landkreis Tübingen und nicht für die Stadt erarbeitet. Die Kanzlei Dolde ist damit nicht die juristische Beraterin der Stadt, sondern die des Landkreises. Sie kann damit nicht die Interessen der Stadt Tübingen vertreten.

Dies erklärt auch, warum die Kanzlei Dolde keine Lösungswege für die Stadt aufzeigt. Dies ist nicht ihr Auftrag. Weil sie die Gegenseite vertritt, darf sie es aus standesrechtlichen Gründen nicht.

2. Der Landkreis hat die Stadt auf Grundlage eines öffentlich-rechtlichen Vertrages erstmalig 1994 und dann fortlaufend bis heute dazu verpflichtet, die Abfälle zu sammeln und zu befördern (siehe § 2 Absatz 1 des Vertrages in der Fassung des 12. Nachtrages vom 29.03.2012). Rechtsgrundlage für diesen Vertrag ist § 6 Absatz 3 des Abfallgesetzes in der bis 2020 geltenden Fassung. Klar und unstreitig ist damit, dass der Landkreis Tübingen alleiniger öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger im gesamten Kreisgebiet ist.

Vorgeschlagen wird hier auch nicht eine solche seit 2020 verbotene Aufgabenübertragung vom Landkreis auf die Stadt, sondern eine Anpassung / Neufassung der bestehenden Verträge unter der Prämisse, dass der Landkreis Aufgabenträger bleibt.

Dies ist möglich, weil seit 2020 durch das neu gefasste Landeskreislaufwirtschaftsgesetz nur die Übertragung der Aufgabe von Landkreis auf die Stadt ausgeschlossen ist, nicht aber die Erledigung des Sammelns und Beförderns durch die Stadt für den Landkreis. Dies ist unverändert möglich.

§ 6 Absatz 2 LkreiWIG legt eindeutig fest, dass der Landkreis die Gemeinden mit dem Einsammeln und Befördern des Abfalls auf Antrag beauftragen können. In dieser Hinsicht hat sich an der Gesetzeslage seit dem Jahr 2020 nichts geändert.

3. Gleichwohl gibt es vertraglichen Anpassungsbedarf. Aus Sicht der Stadt und des Landkreises sollten die Verträge so gestaltet werden, dass
- die Interessen der Stadt an einer Fortführung einer qualitativ hochwertigen Müllabfuhr
  - bei möglichst niedrigen oder gar keinen städtischen Zuschüssen
  - mit den Interessen des Landkreises, dass dies schon vom Ansatz her nicht zu höheren Gebühren der Bewohner in den anderen Gemeinden führen darf,

in Einklang gebracht werden. Hier gibt es – wie ich ausführen werde- rechtliche Möglichkeiten.

In einem zweiten Schritt, muss dann geprüft werden, ob und wie man dieses Ergebnis unter Beachtung des Vergaberechtes umsetzen kann:

- Fortführung und Anpassung des bestehenden Vertrages
- Neuer Vertrag zwischen Stadt und Landkreis unter Beachtung des § 6 Absatz 2 LKreiWIG

Diese Varianten sind entgegen der Rechtsauffassung der Kanzlei Dolde vergaberechtsfrei möglich.

Die von mir zuvor angesprochene weitere Möglichkeit – ein Vertrag nach dem Gesetz über kommunale Zusammenarbeit - wird hier nicht mehr vorgeschlagen, genauso wenig ein Abfallverband nach § 8 LKreiWIG.

4. Die Stadt hat ein Interesse an der Aufrechterhaltung der Müllentsorgung durch die Stadt (KST), die für den Landkreis im Stadtgebiet tätig ist.

Hieraus resultieren Kosten, die ggf. über den vergleichbaren Kosten im übrigen Gebiet des Landkreises liegen. Ob dies tatsächlich so ist, ist nicht belegt. Es wird immer wieder unterstellt. Ob ein privater Dritter, ob Alba oder ein anderer privater Dritter es tatsächlich günstiger erledigen kann und wie hoch die Differenz ist, kann seriös zum jetzigen Zeitpunkt jedoch niemand sagen. Ob der Landkreis bereits auf Grundlage des bestehenden Vertrages verpflichtet wäre, mehr an die Stadt zu zahlen, weil alleine die Preisgleitklausel die tatsächlichen Kostensteigerungen nicht abbildet, müsste angesichts der Inflation und des Fachkräftemangels ebenfalls geprüft werden. Notwendig wäre eine unabhängige Vergleichsberechnung. Man kann diese Frage aber an dieser Stelle offenlassen und für die rechtliche Bewertung zunächst davon ausgehen, dass die Vergleichskosten bei der KST höher liegen als bei einem privaten Entsorger. Die Gründe, warum die Kosten bei der KST ggf. höher liegen, sollen hier nicht diskutiert werden, aber mögliche Folgen für den Landkreis und die Stadt.

Die rechtliche Diskussion verlagert sich an dieser Stelle in das kommunale Abgabenrecht. Wenn die Stadt mit dem Landkreis darüber verhandelt, dass dieser zur Senkung des städtischen Zuschusses ein höheres Leistungsentgelt zahlt, wird der Landkreis dem nur zustimmen, wenn er diese Mehrkosten auch gebührenrechtlich im Zweifel so auf die bevorteilten Bürger in Tübingen umlegen kann, dass eine Quersubvention durch alle anderen Nutzer der Abfallentsorgung ausgeschlossen ist. Für den weiterhin abfallrechtlich zuständigen Landkreis als Aufgabenträger bedeutet dies, dass er für den Bereich der Stadt Tübingen einen gesonderten (höheren) Gebührensatz festlegen müsste.

Aufgabenträger haben bei der Organisation ihres Aufgabenbereiches ein weites Organisationsermessen. Es steht im weiten Ermessen des Aufgabenträgers, ob und in welchem Umfang er eine öffentliche Einrichtung betreibt, ob er eine auf das gesamte Leistungssystem bezogene Gebühr erhebt oder ob er nach Leistungsbereichen differenziert und für jeden Leistungsbereich gesonderte Gebühren festsetzt (vgl. OVG NRW, Urt. vom 18.3.1996 – 9 A 384/93 –, NVwZRR 1997 S. 652; Urt. vom 1.7.1997 – 9 A 3556/96 –, NWVBl. 1998 S. 118).

In diesem Sinne kann nicht nur nach unterschiedlichen Leistungsarten differenziert organisiert werden (klassisch: Restabfall und Bioabfall), sondern auch nach unterschiedlichen Abrechnungsgebieten bei aus Sicht des Bürgers gleicher Leistungsart. Dies kann der Aufgabenträger in eigenem Ermessen entscheiden. Dieses Ermessen ist gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar.

Lichtenfeld wendet den Begriff gesplittete bzw. gespaltene Gebührensätze an auf Sachverhalte, bei denen innerhalb einer öffentlichen Einrichtung für die gleiche Leistungsart unterschiedliche Gebühren festgelegt werden (siehe Lichtenfeld in Driehaus RdNr. 704 zu § 6 KAG, Stand März 2016).

Ich selbst halte die Aufteilung in getrennte öffentliche Einrichtungen für sinnvoller, weil transparenter. Die vom Bürger zu erhebenden Gebühren lassen sich jeweils gesondert unter Berücksichtigung der einrichtungsbezogenen Kosten und Maßstabseinheiten zu kalkulieren.

Solche organisationsrechtlichen Entscheidungen finden ihre Grenze in verfassungsrechtlichen Grundsätzen. Prüfungsrelevant ist insb. der Gleichheitsgrundsatz (vgl. z.B. OVG Lüneburg Urteil vom 24.09.2013, Az.: 9 LB 24/11). Eine Verletzung könnte darin liegen, dass ein Bürger in Tübingen, falls der Zuschuss der Stadt ganz oder teilweise abgesenkt wird, mehr für den Abfall zahlen müsste, als die anderen Nutzer im Kreisgebiet.

Dies wäre unzulässig, wenn es hierfür keine nachvollziehbaren Gründe gibt, die eine solche Organisationsentscheidung als willkürlich erscheinen lassen. Solche Gründe liegen jedoch vor:

- Ausübung des Organisationsermessens durch Politik und Verwaltung,
- Nutzung der Möglichkeiten des § 6 Absatz 2 LKreiWIG, der Landesgesetzgeber lässt hier gerade die Mitarbeit einzelner Gemeinden zu,
- Höhere Qualität,
- Schnellere Reaktionsmöglichkeiten bei Personalausfall,
- Höhere Vorhaltekosten,
- Bessere soziale Standards,
- Akzeptanz in der Bevölkerung aufgrund jahrzehntelange Erfahrung,
- Andere Historie als in den übrigen Gemeinden des Landkreises,
- Kein Interesse der Stadt an Überlassung der Abfuhr an private Dritte.

Dies alles sind nachvollziehbare und nicht willkürliche Gründe für eine solche Organisationsentscheidung. Eine Entscheidung des Landkreises, für den Bereich der Stadt Tübingen eine gesonderte Gebühr festzusetzen, verstieße damit nicht gegen abgabenrechtliche und verfassungsrechtliche Grundsätze.

Die beschriebene Differenzierung in einen eigenen Gebührenbereich Tübingen ist aus den genannten Gründen zulässig. Der Landkreis wäre befugt, die Abfallentsorgung in diesem Sinne und im Sinne der Stadt Tübingen zu organisieren.

5. Die beschriebene Organisationsentscheidung setzt eine Fortführung und Anpassung oder eine vollständige Neufassung des bestehenden Vertrages zwischen Landkreis und Stadt sowie ggf. ein Antrag der Stadt nach § 6 Absatz 2 LKreiWIG voraus. Hierzu muss kein Vergabeverfahren durchgeführt werden.

§ 132 GWB regelt umfassend die Anpassung und Änderung von Verträgen, die im Zuge eines Vergabeverfahrens geschlossen wurden oder hätten geschlossen werden müssen. Nur bei diesen Verträgen gibt es gesetzliche Vorgaben, die die Änderung einschränken. Verträge, die sowieso nach § 108 GWB als sog. öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit geschlossen wurden, sind dagegen von vornherein vergaberechtlich irrelevant, jede Anpassung und Änderung dann denklogisch auch.

Es stellen sich an dieser Stelle daher drei Fragen:

- Handelt sich bei dem Vertrag zwischen Landkreis und Stadt überhaupt um einen vergaberechtlich relevanten Vertrag oder um einen öffentlich – öffentlichen Vertrag im Sinne des § 108 GWG (Frage 1)?
- Falls es sich um einen vergaberechtlich relevanten Vertrag handelt, also nicht um einen nach § 108 GWB, handelt es sich bei der notwendigen Anpassung des Vertrages überhaupt um eine Änderung (Frage 2)?
- Falls es sich um eine Änderung handelt, ist die Veränderung so bedeutsam, dass dies eine neue Vergabe nötig macht (Frage 3)?

Die Kanzlei Dolde prüft die Punkte 1 und 2 überhaupt nicht und nimmt dann ohne jede Begründung an, dass eine Erhöhung des Entgeltes zwischen dem Landkreis und der Stadt eine wesentliche Änderung eines ursprünglich vergabepflichtigen Vertrages ist. Dies kann keine Grundlage für eine Entscheidung der Stadt für oder gegen eine Kündigung des Vertrages sein. Notwendig ist insbesondere eine Auseinandersetzung mit der Frage 1, der Gestaltung eines öffentlich-öffentlichen Vertrages.

6. Zur Frage 1: Bei dem Vertrag zwischen Landkreis und Stadt über das Einsammeln des Mülls handelt es sich um einen öffentlich – öffentlichen Vertrag im Sinne des § 108 GWG. Die Voraussetzungen der vergabefreien kommunalen Zusammenarbeit als öffentlich – öffentlicher Vertrag sind in § 108 Absatz 6 GWB fixiert. Hiernach ist es zur Annahme der Vergabefreiheit notwendig, dass

- es zwischen den Vertragspartnern eine Zielidentität im Hinblick auf den Vertragszweck gibt,
- die Zusammenarbeit im öffentlichen Interesse besteht,
- die öffentlichen Auftraggeber auf dem allgemeinen Markt weniger als 20 % der Tätigkeiten erbringen, die vom geplanten Vertrag erfasst werden.

Problematisch ist in der vergaberechtlichen Diskussion vor allem die Frage der Zielidentität zwischen den Vertragspartnern. Nur wenn Landkreis und Stadt gleiche gesetzliche Ziele verfolgen, kann man von einem gemeinsamen Ziel ausgehen.

Hieran kann man Zweifel hegen, weil nur der Landkreis für die Aufgabe der Abfallentsorgung zuständig ist, die Stadt dagegen nur eine Dienstleistung zuliefert. Die Tätig-

keit der Stadt, das Sammeln und Überlassen des Mülls an den Landkreis ist nur dann Teil eines gemeinsamen Konzeptes, einer gemeinsamen Kooperation und eines gemeinsamen Zieles zwischen Landkreis und Stadt, wenn es für diese Tätigkeit der Stadt eine gesetzliche Grundlage gibt. In einem von den Tätigkeiten her vergleichbaren Fall in Rheinland-Pfalz hat die Vergabekammer Koblenz entschieden, dass für dieses Bundesland eine solche gemeinsame Zielidentität nicht vorliegt, weil das dortige Landkreislaufwirtschaftsgesetz die Gemeinden nur anhält „die Landkreise bei der Erfüllung der Aufgaben zu unterstützen“. Gemeint sind bei diesen Unterstützungsleistungen das Zurverfügungstellen von Daten aus den Einwohnermeldeämtern. Weil die Gemeinden in diesem Bundesland tatsächlich auch vom Gesetz her nur eine untergeordnete Rolle spielen, können sie mit dem Landkreis keine gemeinsame Zielidentität im Sinne des § 108 GWG entwickeln, so die Gedanken der Vergabekammer Koblenz (Beschluss vom 11.12.2017- VK 2- 29/17).

Im Baden- Württemberg sieht das Landesrecht ganz anders aus. Hier regelt § 6 Absatz 2 LKreiWIG weitgehend als in einigen anderen Bundesländern, dass die Landkreise die Gemeinden auf deren Antrag mit der verwaltungsmäßigen und technischen Erledigung folgender Aufgaben beauftragen: 1. Einsammeln von Abfällen, 2. Befördern von Abfällen, 3. Verwertung von Bioabfällen, 4. Entsorgung von Klärschlamm und 5. Entsorgung von Inertabfällen, insbesondere Bodenaushub, die auf Deponien nach § 2 Nummer 6 der Deponieverordnung (DepV) vom 27. April 2009 (BGBl. I S. 900), die zuletzt durch Artikel 2 der Verordnung vom 30. Juni 2020 (BGBl. I S. 1533) geändert worden ist, in ihrer jeweils geltenden Fassung abgelagert werden können.

Genau diese Regelung macht den Unterschied. Der Landesgesetzgeber ermuntert die Gemeinden mehr zu tun, als Daten zur Verfügung zu stellen und hat hierfür auch die gesetzliche Grundlage geschaffen. In diesem Rahmen können sich gemeinsame Ziele entwickeln und als öffentlich- öffentliche Kooperation im Sinne des § 108 GWB umgesetzt werden.

Es handelt sich hier nicht darum - wie es nach dem Landesabfallgesetz bis 2020 erlaubt war-, die Stadt als öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger zu beauftragen. Es handelt sich nach § 6 Absatz 2 LKreiWIG um eine zulässige vertragliche Zusammenarbeit, die den Landkreis als öffentlich – rechtlichen Entsorgungsträger belässt. Unter dieser Voraussetzung ist auch nach 2020 in Baden- Württemberg eine weitgehende Kooperation zwischen Landkreis und Stadt im Müllbereich möglich. Baden- Württemberg ermöglicht insoweit auch heute noch eine weit intensivere Zusammenarbeit zwischen Landkreis und Kommune zum Teil andere Bundesländer.

Insofern bricht das Bundesrecht nicht das Landesrecht, es wird durch Landesrecht ausgefüllt. Wettbewerbsrecht ist Bundesrecht, Organisationsrecht klassisch Landesrecht. Das Landesrecht hilft bei der Auslegung des Begriffes der Zielidentität.

Der Vertrag zwischen Landkreis und Stadt ist somit grundsätzlich vergaberechtlich irrelevant, er muss nicht ausgeschrieben werden. Landkreis und Stadt können den Vertrag jederzeit vergabefrei ändern, anpassen und neu verhandeln.

7. Auf die Beantwortung der Fragen 2 und 3 kommt es daher nicht mehr an. Hierzu daher nur zwei kurze Anmerkungen: Es gibt gewichtige Stimmen, dass es sich bei Nachverhandlungen, die sich aus dem Vertrag ergeben, lediglich um Anpassungen des Vertrages, nicht aber um Änderungen im Sinne des Vergaberechtes handeln. Von daher erfordert eine Anpassung nie eine neue Vergabe (Frage 2). Selbst wenn man entgegen dieser Rechtsauffassung eine Änderung annimmt, müsste eine solche Änderung wesentlich sein, d.h. den Charakter des Vertrages verändern (Frage 3). Hierzu könnte man im Interesse der Stadt ergänzend ausführen. Dies soll an dieser Stelle nicht erfolgen (siehe hierzu aber z. B. die umfangreichen Ausführungen von Caski / Sieber: Vertragsanpassungen bei Kostensteigerungen im Einklang mit dem Vergaberecht ZfBR 2023 / 329 ff.). Es kommt nicht darauf, weil der Vertrag sowieso aus den zuvor dargestellten Gründen nicht auszuschreiben ist.
8. Im Ergebnis gibt es ausreichend Gründe, den Vertrag zwischen Landkreis und Stadt fortzusetzen und auf eine Privatisierung zu verzichten. Ausschreibungen sind nicht erforderlich. Erforderlich ist, dass die Stadt sich beraten lässt. Und eine eigene vom Landkreis unabhängige juristische Expertise einholt, die alle Aspekte umfassend beleuchtet. Dies ist nicht Aufgabe der Gewerkschaften, sondern eine der Stadt.

Die Stadt sollte Ihre rechtlichen Möglichkeiten durch eine fachkundige Kanzlei aus der Region – die kann aus den in Ziffer 1 genannten Gründen nicht die Kanzlei Dolde sein – prüfen lassen. Dies erfordert Sorgfalt. Eine Kündigung des Vertrages im Juni 2023 wird nicht empfohlen. Dies ist auch gar nicht erforderlich, weil sich der Vertrag jeweils automatisch um ein Jahr verlängert. Dieses Jahr sollte man nutzen, um die notwendigen Prüfungen vorzunehmen. Auf dieser Grundlage kann dann politisch entschieden werden.

Mit freundlichen Grüßen



Rechtsanwalt