

Berlin

Hartmut Gaßner
Dr. Klaus-Martin Groth
Wolfgang Siederer
Katrin Jänicke
Angela Zimmermann
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
Julia Templin
Linus Viezens
Grigori Lagodinsky
Dr. Jasper von Detten
Udo Paschedag
Till Schwerkolt
Dr. Manuel Schwind
Dr. Benjamin Tschida
Dr. Thomas Fritsche

Augsburg

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

Berlin, 22.01.2018

Machbarkeitsstudie zu der Gründung eines Zweckverbandes oder dem Abschluss einer Zweck- vereinbarung zwischen den Landkreisen Goslar und Wolfenbüttel -Zwischenbericht-

im Auftrag

des Landkreises Goslar, Eigenbetrieb KreisWirtschaftsBetriebe Goslar
(KWB) und

des Landkreises Wolfenbüttel, Wirtschaftsbetriebe Landkreis Wol-
fenbüttel (WLW)

Rechtsanwältin Katrin Jänicke
Rechtsanwalt Dr. Manuel Schwind

Inhaltsverzeichnis

A. Sachverhalt 4

B. Prüfungsauftrag..... 6

C. Rechtliche Stellungnahme..... 6

 I. Gründung eines Zweckverbandes 6

 1. Vorgaben des NKomZG 7

 a) Öffentliche Aufgaben 7

 b) Aufgabenübertragung auf Zweckverband 8

 c) Reichweite der Aufgabenübertragung 8

 d) Beauftragung 9

 e) Wirtschaftlichkeit der Aufgabenübertragung 10

 f) Anzeige- bzw. Genehmigungserfordernis 11

 (aa) Abfallentsorgung..... 11

 (bb) Rettungsdienst 12

 (cc) Tiefbau/kreisliches Straßenwesen 12

 (dd) Breitbandausbau 12

 g) Einbeziehung der Tochtergesellschaften des Eigenbetriebes KWB... 12

 2. Vergaberecht..... 13

 a) Vergabepflicht..... 14

 (aa) Öffentlicher Auftrag..... 14

 (bb) Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit 18

 (1) § 108 Abs. 4 Nr. 1 GWB 19

 (2) § 108 Abs. 6 GWB 20

 (3) § 108 Abs. 7 GWB – Bestimmung des prozentualen Anteils..... 22

 (4) Zwischenergebnis..... 25

 b) Praktische Konsequenzen für Zweckverbandsgründung..... 25

 3. Ergebnis 26

 II. Abschluss einer Zweckvereinbarung zwischen den Landkreisen Goslar und
 Wolfenbüttel bezogen auf Aufgaben der Abfallentsorgung..... 26

 1. Vorgaben des NKomZG 27

 a) Öffentliche Aufgabe 27

 b) Aufgabenübergang..... 27

 c) Anzeige- bzw. Genehmigungserfordernis 27

 2. Vorgaben des Vergaberechts 28

 a) Öffentlicher Auftrag 28

b) Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit	29
III. Ergebnis	30
D. Erfassung der Ist-Situation	31
I. Räumliche Lage	31
II. Wirtschaftliche Rahmendaten	33
III. Personal	37
IV. Aufgabenbereiche	37
V. Vergleich Abfallwirtschaft	38
1. Gemeinsamkeiten	39
2. Deponien	39
3. Gebührensysteme und Gebührenniveau	41
4. Verträge mit Dritten	42
5. Weitere Hinweise	43
E. Kredite und Sicherheiten	44
I. Kreditfähigkeit des Zweckverbandes	44
II. Voraussetzungen der Kreditaufnahme	46
III. Sicherheiten	47
IV. Ergebnis	49
F. Aufgabe „Breitband“ im Zweckverband	49
I. Keine Ausweitung der Aufgabe „Breitband“ auf den Betrieb des Netzes	50
1. Durchführung eines Markterkundungsverfahrens	50
2. Kein „Betrieb“ des Netzes durch den Zweckverband	52
II. Anforderungen des Beihilfenrechts	52
1. Betrauung mit Gemeinwohlverpflichtung	53
2. Objektivität und Transparenz der Umlageberechnung	54
3. Keine Überkompensation	54
4. Maßstab zur Ermittlung der Höhe der Umlage	54
G. Zusammenfassung und Ausblick	55

A. Sachverhalt

Der Landkreis Goslar ist Träger des Eigenbetriebes KreisWirtschaftsBetriebe Goslar (Eigenbetrieb KWB). Gemäß § 2 Abs. 2 der Betriebssatzung für den Eigenbetrieb „KreisWirtschaftsbetriebe Goslar“ des Landkreises Goslar vom 05.05.2015 (Betriebsatzung KWB) nimmt der Eigenbetrieb die Aufgaben und Befugnisse des Landkreises Goslar als öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger nach § 6 Abs. 1 Niedersächsisches Abfallgesetz (NAbfG) in Verbindung mit §§ 17, 20 Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG) in vollem Umfang wahr. Der Eigenbetrieb übernimmt ferner, wie sich aus § 2 Abs. 3 Betriebsatzung KWB ergibt, die Aufgaben des Rettungsdienstes nach § 2 Abs. 2 Niedersächsisches Rettungsdienstgesetz (NRettDG).

Der Landkreis Wolfenbüttel ist Träger des Eigenbetriebes Wirtschaftsbetriebe Landkreis Wolfenbüttel (Eigenbetrieb WLW). Gemäß § 1 Abs. 2 Satz 2 Betriebsatzung für den Eigenbetrieb „Wirtschaftsbetriebe Landkreis Wolfenbüttel“ vom 22.01.2013 (Betriebsatzung WLW) setzt sich der Eigenbetrieb aus dem Abfallwirtschaftsbetrieb Landkreis Wolfenbüttel (AWB), dem Tiefbaubetrieb des Landkreises Wolfenbüttel (TLW) und dem Breitbandbetrieb Landkreis Wolfenbüttel (BLW) zusammen. Die Aufgaben des ALW sind gemäß § 2 Abs. 2 Satz 1 Betriebsatzung WLW Sammlung, Transport, Verwertung und Entsorgung von Abfällen und Wertstoffen für das Gebiet des Landkreises Wolfenbüttel nach den Vorschriften des NAbfG und des KrWG. Aufgabe des TLW sind nach § 2 Abs. 3 Satz 1 Betriebsatzung WLW Aufgaben des allgemeinen Tiefbaus und des kreislichen Straßenwesens nach dem Niedersächsischen Straßengesetz (NStrG) als Amtspflicht in Ausübung hoheitlicher Tätigkeit. Gemäß § 2 Abs. 4 Betriebsatzung WLW liegen die Aufgaben des BLW im Bau und in der Vorhaltung und Vermietung einer passiven Breitbandnetzinfrastruktur und der Vergabe einer Dienstleistungskonzession für den Betrieb des Netzes an private Betreiber bzw. Dienstleister.

Die Landkreise Goslar und Wolfenbüttel erwägen, eine kommunale Zusammenarbeit im Bereich der Abfallentsorgung, gegebenenfalls aber auch in den Bereichen des Rettungsdienstes, des Tiefbaus und des Breitbandwesens zu begründen. Hintergrund der Überlegungen ist, dass durch eine Kooperation der beiden Eigenbetriebe Synergieeffekte erzielt und eine effektivere sowie wirtschaftlichere Aufgabenwahrnehmung, vor allem im Bereich der Abfallentsorgung, erreicht werden könnte.

Als mögliche Form der kommunalen Zusammenarbeit erwägen die Landkreise Goslar und Wolfenbüttel die Errichtung eines Zweckverbandes, innerhalb dessen die Eigen-

betriebe die ihnen übertragenen Aufgaben gemeinschaftlich wahrnehmen. Gleichmaßen kommt aber auch – wenn dies rechtlich geboten oder wirtschaftlicher wäre – der Abschluss einer Zweckvereinbarung in Betracht, bei der die Eigenbetriebe ausschließlich im Bereich der Abfallentsorgung zusammenwirken. In die Betrachtung einzubeziehen sind folgende Beteiligungen:

Der Landkreis Goslar hält mit einem Gesellschaftsanteil von 15.600,00 Euro insgesamt 60% der Anteile an der Gesellschaft „KWB Dienstleistungs- und Service GmbH“ (KWB DuS GmbH). Gemäß § 3 Gesellschaftsvertrag KWB DuS GmbH ist Gegenstand der Gesellschaft die Aufbereitung von Abfällen mit dem Ziel der anschließenden Verwertung bzw. sonstigen schadlosen Entsorgung, Reinigungsleistungen und die Erbringung von Dienstleistungen jeglicher Art für die Gesellschafter. 40 % der Anteile an der Gesellschaft hält die KWB DuS GmbH selbst.

Der Landkreis Goslar, Eigenbetrieb KWB hält außerdem einen Gesellschaftsanteil von 139.500,00 Euro an der „Gesellschaft für Biokompost mbH“ (Biokompost GmbH). Im Verhältnis zum Stammkapital der Gesellschaft i.H.v. 310.000,00 Euro entspricht dies einem Anteil von 45 %. Der Landkreis Wolfenbüttel hält an der Biokompost GmbH ebenfalls einen Gesellschaftsanteil von 139.500,00 Euro, was einer Beteiligung von 45 % entspricht. Der Landkreis Göttingen (zuvor: Landkreis Osterode am Harz) hält einen Gesellschaftsanteil von insgesamt 31.000,00 Euro, was einer Beteiligung von 10 % entspricht. Gegenstand des Unternehmens ist gemäß § 3 Abs. 1 Gesellschaftsvertrag die Planung, Errichtung und der Betrieb von Biokompostanlagen sowie die Vermarktung der Produkte.

Die Eigenbetriebe KWB und WLW haben [GGSC] umfangreiche Unterlagen zur Organisation und zu der rechtlichen und wirtschaftlichen Situation der Eigenbetriebe überlassen. Die in der vorliegenden Machbarkeitsstudie dargestellten Untersuchungen beruhen auf einer umfassenden Auswertung des übermittelten Datenmaterials.

B. Prüfungsauftrag

Die Landkreise Goslar und Wolfenbüttel haben [GGSC] mit der Erstellung einer Machbarkeitsstudie zu der Gründung eines Zweckverbandes bzw. dem Abschluss einer Zweckvereinbarung zwischen den Landkreisen beauftragt.

Die Machbarkeitsstudie wurde in Teilschritten beauftragt. Gegenstand des hier vorliegenden Zwischenberichtes zur Machbarkeitsstudie sind zum einen die Darstellung der rechtlichen Rahmenbedingungen und die Prüfung der Zulässigkeit der kommunalen Gemeinschaftsarbeit (dazu C.).

Außerdem hat [GGSC] die von KWB Goslar und WLW Wolfenbüttel übermittelten Daten zur Ist-Situation der Aufgabenwahrnehmung in den Landkreisen Goslar und Wolfenbüttel ausgewertet und gegenübergestellt (dazu D.). Auf dieser Grundlage und auf Grundlage mehrerer Beratungen mit KWB und WLW wurden mögliche Synergien der Zusammenarbeit herausgearbeitet. Darüber hinaus wird zu der Frage der Kreditfähigkeit des Zweckverbandes Stellung genommen (dazu E.). In einem Exkurs werden spezifische Anforderungen für eine Übertragung der Aufgabe „Breitband“ auf den Zweckverband dargestellt (dazu F.). Der Zwischenbericht zur Machbarkeitsstudie schließt mit zusammenfassenden Erwägungen und einem Ausblick zum möglichen weiteren Vorgehen (dazu G.).

C. Rechtliche Stellungnahme

Nachfolgend werden zunächst alle Zulässigkeitsfragen, die die Gründung eines Zweckverbandes betreffen, erörtert (I.). Im Anschluss daran geht die Stellungnahme auf die Zulässigkeit des Abschlusses einer Zweckvereinbarung ein (II.).

I. Gründung eines Zweckverbandes

Die Gründung eines Zweckverbandes unterliegt sowohl kommunal- als auch vergaberechtlichen Anforderungen. Auf landesrechtlicher Ebene regelt das NKomZG, ob und in welcher Weise die Wahrnehmung von öffentlich-rechtlichen Aufgaben durch einen bestehenden oder neu zu gründenden Zweckverband zulässig ist (1.). Auf bundes- und unionsrechtlicher Ebene enthält das Vergaberecht Vorgaben, in welchen Fällen der Gründung eines Zweckverbandes ein förmliches Ausschreibungsverfahren vorgeschaltet sein muss (2.).

1. **Vorgaben des NKomZG**

Das niedersächsische Kommunalrecht benennt in §§ 2 und 7 NKomZG die Anforderungen für die Gründung eines Zweckverbandes und die Übertragung von Aufgaben auf diesen. § 7 Abs. 1 Satz 1 NKomZG gibt den Kommunen die Möglichkeit, sich zu einem Zweckverband zusammenzuschließen, der bestimmte Aufgaben der Beteiligten übernimmt oder für diese durchführt. Als eine Form kommunaler, d.h. öffentlich-rechtlicher Zusammenarbeit im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 NKomZG ist zunächst das Vorliegen einer öffentlichen Aufgabe erforderlich (a.), die gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 NKomZG auf den Zweckverband übertragen wird (b.). Der Landesgesetzgeber trifft in §§ 2 Abs. 2 Satz 2, 7 Abs. 1 Satz 2 NKomZG darüber hinaus Vorgaben über die Reichweite der Aufgabenübertragung auf den Zweckverband (c.). Vor der Errichtung des Zweckverbandes sind weiterhin eine Prüfung der Wirtschaftlichkeit gemäß § 7 Abs. 5 NKomZG durchzuführen (d.) sowie Anzeige- bzw. Genehmigungserfordernisse im Sinne des § 2 Abs. 5 NKomZG zu wahren (e.).

a) **Öffentliche Aufgaben**

Gründen die Landkreise Goslar und Wolfenbüttel einen Zweckverband und übertragen sie diesem die Aufgaben der Abfallwirtschaft, des Rettungsdienstes, des Tiefbaues und des Breitbandausbaues, so ist die Anforderung, dass die Zusammenarbeit mit dem Ziel der Erfüllung öffentlicher Aufgaben erfolgt, erfüllt:

Mit der satzungsmäßigen Entsorgung von angefallenen und überlassenen Abfällen nehmen die Landkreise Goslar und Wolfenbüttel, jeweils durch ihre Eigenbetriebe KWB bzw. WLW, gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 und 4 NAbfG i.V.m. §§ 17, 20 KrWG öffentliche Aufgaben im eigenen Wirkungskreis wahr.

Darüber hinaus nimmt der Landkreis Goslar als Träger des Rettungsdienstes gemäß § 3 Abs. 2 Niedersächsisches Rettungsdienstgesetz eine öffentliche Aufgabe im eigenen Wirkungskreis wahr.

Mit der satzungsmäßigen Wahrnehmung der Aufgaben des allgemeinen Tiefbaus und des kreislichen Straßenwesens nach § 4 Abs. 2

Satz 1 Niedersächsisches Straßengesetz (NStrG) nimmt der Landkreis Wolfenbüttel öffentliche Aufgaben im eigenen Wirkungskreis wahr.

Im Rahmen der Breitbandstrategie der Bundesregierung handelt es sich bei der Vorhaltung und Vermietung einer passiven Breitbandnetzinfrastruktur durch den Landkreis Wolfenbüttel um einen Teil der öffentlichen Daseinsvorsorge und eine öffentliche Aufgabe (vgl. näher F.).

b) Aufgabenübertragung auf Zweckverband

Die Landkreise Goslar und Wolfenbüttel erwägen, im Falle der Gründung eines Zweckverbandes, die Pflicht zur Wahrnehmung der öffentlichen Aufgaben Abfallentsorgung, Rettungsdienst, Breitband und Tiefbau auf den Zweckverband zu übertragen, so dass die Landkreise ihrerseits von der Pflicht zur Aufgabenerfüllung frei werden. Die von den Landkreisen wahrgenommenen Aufgaben sind laut Gesetz nicht ausschließlich von den Landkreisen durchzuführen und somit einer Übertragung dem Grunde nach zugänglich.

c) Reichweite der Aufgabenübertragung

§ 7 Abs. 1 Satz 1 NKomZG konkretisiert das Spektrum der auf einen Zweckverband übertragbaren Aufgaben, indem ein Zweckverband „bestimmte Aufgaben der Beteiligten [übernehmen kann]“. § 2 Abs. 2 Satz 1 NKomZG besagt weiter, dass eine Aufgabe nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 NKomZG – die hier einschlägige Alternative – auf eine andere Kommune nur übertragen werden kann, wenn sie den an dieser Zusammenarbeit Beteiligten obliegt. §§ 2 und 7 NKomZG setzen somit voraus, dass die konkret zu übertragende Aufgabe allein am Zweckverband Beteiligten obliegen muss.

- Vgl. *OVG Lüneburg*, UrT. v. 08.05.2014, 1 KN 102/11, KommJur 2014, 421 (423); *Thiele*, NKomZG, 2. Aufl. 2013, § 7 Rn. 1. -

Im Hinblick auf den zu gründenden Zweckverband würde es sich allein bei der Aufgabe der Abfallentsorgung um eine gemeinsame, d.h.

von den Eigenbetrieben KWB und WLW wahrgenommene Aufgabe im Sinne der §§ 2 Abs. 2 Satz 1, 7 Abs. 1 Satz 1 NKomZG handeln.

§ 7 Abs. 1 Satz 2 NKomZG enthält jedoch eine Ausnahme vom Grundsatz der gemeinsamen Aufgabenwahrnehmung. In der Vorschrift heißt es, dass der Zweckverband „*daneben auch Aufgaben für einzelne Verbandsmitglieder erfüllen*“ kann.

Der Landesgesetzgeber hat die Ausnahmegvorschrift in das NKomZG integriert, um eine gemeinsame Nutzung von Ressourcen in einem Zweckverband selbst dann zu ermöglichen, wenn nicht alle Mitglieder zu einer einheitlichen Aufgabenübertragung bereit sind. Ein Zweckverband muss hiernach lediglich über mindestens eine Aufgabe verfügen, die er für alle Mitglieder erfüllt. Darüber hinaus können ihm auch Aufgaben übertragen werden, die lediglich einzelnen Mitgliedern obliegen.

- LT-Drs. Nds. 15/340, S. 26 f.; *Franke/Weidemann*, in: PdK KVR Nds., Band B 3 Nds, Stand: Juni 2016, § 7 NKomZG Ziff. 3.8. -

Bei dem zwischen den Landkreisen Goslar und Wolfenbüttel zu gründenden Zweckverband liegt mit der öffentlichen Aufgabe der Abfallentsorgung eine deckungsgleiche Aufgabe im Sinne der §§ 2 Abs. 2 Satz 1, 7 Abs. 1 Satz 1 NKomZG vor. Es ist demnach kommunalrechtlich auch zulässig, die ausschließlich vom Landkreis Goslar wahrgenommene Aufgabe des Rettungsdienstes sowie die ausschließlich vom Landkreis Wolfenbüttel wahrgenommenen Aufgaben Tiefbau und Breitbandausbau auf den Zweckverband zu übertragen.

d) Beauftragung

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass den Vorschriften des §§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, 7 NKomZG zufolge neben oder an Stelle der Aufgabenübertragung auch die Beauftragung des Zweckverbandes mit einzelnen Aufgaben zulässig wäre. Dies kann im hier vorliegenden

Fall insbesondere im Rahmen der Wahrnehmung von Aufgaben des Rettungsdienstes eine Rolle spielen.

e) Wirtschaftlichkeit der Aufgabenübertragung

Die Errichtung eines Zweckverbandes ist nach niedersächsischem Kommunalrecht nur zulässig, wenn die interessierten Kommunen im Voraus geprüft haben, „*ob die gemeinsame Aufgabenerfüllung wirtschaftlicher im Wege einer Zweckvereinbarung erfolgen kann*“ (§ 7 Abs. 5 Satz 1 NKomZG). Der Landesgesetzgeber räumt dem Abschluss einer Zweckvereinbarung somit Vorrang ein.

- Vgl. LT-Drs. 15/340, S. 28. -

Dem NKomZG und der Rechtsprechung lassen sich keine verbindlichen Vorgaben entnehmen, die an eine „wirtschaftlichere“ Aufgabenwahrnehmung im Zweckverband zu stellen sind. In Anlehnung an das betriebswirtschaftliche Wirtschaftlichkeitsverständnis ist jedoch davon auszugehen, dass die Aufgabenwahrnehmung auf Grundlage einer Zweckvereinbarung zumindest dann wirtschaftlicher ist, wenn der hohe organisatorische Aufwand der Gründung und Betreibung eines Zweckverbandes den erwarteten Nutzen nicht zu rechtfertigen vermag.

Die Prüfung der Frage, welche Synergien und wirtschaftlichen Effekte mit der Gründung eines Zweckverbandes verbunden wären, ist bislang nur überschlägig geprüft worden. Vorbehaltlich der Durchführung einer betriebswirtschaftlichen Modellberechnung anhand konkreter Planwerte kann aber davon ausgegangen werden, dass eine Zusammenarbeit insbesondere im Bereich der Abfallwirtschaft Synergiepotentiale freisetzen und eine wirtschaftlichere Aufgabenwahrnehmung ermöglichen würde. Hinsichtlich der Frage der nur von jeweils einem Beteiligten in einen Zweckverband einzubringenden Aufgaben des Rettungsdienstes, des Tiefbaues und des Breitbandausbaus sind Synergien nicht in nennenswertem Umfang zu erwarten.

Der Wirtschaftlichkeitsprüfung des § 7 Abs. 5 Satz 1 NKomZG kommt allerdings lediglich „Appellcharakter“ zu. Selbst bei einer objektiv negativen Beurteilung wird die Zulässigkeit der Zweckverbandsgründung nur in den Fällen verneint, in denen die vorgetragenen Gründe für die Zweckverbandsgründung willkürlich erscheinen.

- Vgl. *Thiele*, NKomZG, 2. Aufl. 2013, § 7 NKomZG Rn. 4. -

Den Landkreisen Goslar und Wolfenbüttel steht hier also ein weiterer Beurteilungsspielraum zu.

f) Anzeige- bzw. Genehmigungserfordernis

§ 2 Abs. 5 Satz 1 NKomZG, § 171 Abs. 1 Kommunalverfassungsgesetz des Landes Niedersachsen (NKomVG) sehen vor, dass Vereinbarungen über eine kommunale Zusammenarbeit im Geltungsbereich des NKomZG dem Niedersächsischen Ministerium für Inneres und Sport als Kommunalaufsichtsbehörde anzuzeigen sind. Von der Kommunalaufsichtsbehörde zu genehmigen sind Vereinbarungen über die kommunale Zusammenarbeit nur, wenn diese die Übertragung einer durch Rechtsvorschrift zugewiesenen oder übertragenen Aufgabe betreffen (§ 2 Abs. 5 Satz 2 NKomZG). Wird der Zweckverband lediglich beauftragt, bleibt es bei dem Anzeigeerfordernis.

(aa) Abfallentsorgung

Die Aufgabe der Abfallentsorgung wird den Landkreisen Goslar und Wolfenbüttel als öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger gemäß § 6 Abs. 1 Satz 4 NAbfG als Aufgabe des eigenen Wirkungsbereiches per Gesetz zugewiesen. Mit der Gründung eines Zweckverbandes soll die Aufgabe der Abfallentsorgung auch vollständig auf den Zweckverband übertragen werden. Es sind somit die Voraussetzungen des § 2 Abs. 5 Satz 2 NKomZG erfüllt, wonach die Übertragung der Aufgabe der Abfallentsorgung auf den Zweckverband von der Kommunalaufsichtsbehörde zu genehmigen ist.

(bb) Rettungsdienst

§ 3 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 NRettdG bestimmt, dass die Landkreise kommunale Träger des Rettungsdienstes sind und diesen als Aufgabe des eigenen Wirkungskreises wahrnehmen. Es liegt somit eine Aufgabenzuweisung per Gesetz im Sinne des § 2 Abs. 5 Satz 2 NKomZG vor. Soll die Wahrnehmung der Aufgabe dem Zweckverband übertragen werden, so ist gemäß § 2 Abs. 5 Satz 2 NKomZG die Genehmigung der Kommunalaufsichtsbehörde erforderlich.

(cc) Tiefbau/kreisliches Straßenwesen

Die Aufgabe des kreislichen Straßenwesens wird den Landkreisen nach § 4 Abs. 2 Satz 1 NStrG als Aufgabe des eigenen Wirkungskreises zugewiesen. Im Falle einer Zweckverbandsgründung soll die Aufgabe des kreislichen Straßenwesens vom Landkreis Wolfenbüttel auf den Zweckverband übertragen werden, so dass gemäß § 2 Abs. 5 Satz 2 NKomZG die Genehmigung der Kommunalaufsichtsbehörde erforderlich wäre.

(dd) Breitbandausbau

Die Aufgabe des Aufbaus einer passiven Breitbandinfrastruktur wurde dem Landkreis Wolfenbüttel nicht durch Rechtsvorschrift übertragen. Es handelt sich um eine Aufgabe, die der Landkreis im Rahmen der nicht durch förmliches Gesetz verfassten Breitbandstrategie der Bundesregierung wahrnimmt. Ein Genehmigungserfordernis nach § 2 Abs. 5 Satz 2 NKomZG liegt somit hinsichtlich der Übertragung der Aufgabe auf einen zu gründenden Zweckverband nicht vor. Gemäß § 2 Abs. 5 Satz 1 NKomZG genügt hier eine Anzeige bei der Kommunalaufsichtsbehörde.

g) Einbeziehung der Tochtergesellschaften des Eigenbetriebes KWB

Das NKomZG regelt die Einbeziehung juristischer Personen des öffentlichen und privaten Rechts in einen Zweckverband allein im Hinblick auf spezifische Einzelfälle.

Nach § 7 Abs. 2 Satz 1 NKomZG darf ein Zweckverband auch errichtet und geführt werden, um einer juristischen Person des öffentlichen oder privaten Rechts, die eine jedem Verbandsmitglied obliegende Aufgabe erfüllen soll, einen einheitlichen Träger zu geben. Dies ist vorliegend nicht der Fall, da Gegenstand einer eventuellen Zweckverbandsgründung die Übertragung der öffentlichen Aufgabe der Abfallentsorgung auf den Zweckverband ist und nicht die Vereinheitlichung der Rechtsträgerschaft hinsichtlich der von der KWB DuS GmbH bzw. Biokompost GmbH wahrgenommenen Aufgaben.

§ 7 Abs. 3 NKomZG gestattet es u.a. juristischen Personen des privaten und öffentlichen Rechts, unter bestimmten Voraussetzungen (§ 7 Abs. 3 Nr. 1-4 NKomZG) „neben Kommunen“ Mitglieder eines Zweckverbandes zu sein. Die Beteiligung „neben Kommunen“ meint dabei nicht die Teilnahme von kommunalen Tochterunternehmen an einem Zweckverband, sondern die Teilnahme dritter Gesellschaften wie bspw. kommunale Anstalten, Stiftungen oder Vereine.

- Vgl. *Thiele*, NKomZG, 2. Aufl. 2013, § 7 NKomZG Rn. 3.-

Bei der KWB DuS GmbH und der Biokompost GmbH handelt es sich hingegen um Unternehmen, an denen die Landkreise Goslar bzw. Wolfenbüttel Beteiligungen halten. Die Landkreise Goslar und Wolfenbüttel können die Beteiligungen an den Gesellschaften jedenfalls auf den Zweckverband übertragen. Der Zweckverband würde in diesem Fall Gesellschafter.

2. Vergaberecht

Die Gründung eines Zweckverbandes unterliegt des Weiteren vergaberechtlichen Vorgaben. Es ist zu prüfen, ob die Übertragung der öffentlichen Aufgaben Abfallentsorgung, Rettungsdienst, Tiefbau und Breitbandausbau auf den zu gründenden Zweckverband einen vergabepflichtigen Vorgang darstellt. Dies hätte die Anwendbarkeit der §§ 2, 3 Niedersächsisches Tariftreue- und Vergabegesetz (NTVergG) i.V.m. §§ 97 ff. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) zur Folge, wonach die Übertra-

gung der öffentlichen Aufgaben nur auf Grundlage eines förmlichen, EU-weiten Ausschreibungsverfahrens zulässig wäre.

a) Vergabepflicht

Klärungsbedürftig ist zunächst, ob die Übertragung öffentlicher Aufgaben auf einen zu gründenden Zweckverband einen vergabepflichtigen Vorgang darstellt.

Eine Pflicht zur öffentlichen Auftragsvergabe besteht, wenn ein öffentlicher Auftrag im Sinne des § 2 Abs. 1 Satz 1 NTVergG i.V.m. § 103 Abs. 1 GWB vorliegt (aa.). Ist dies der Fall, ist die Übertragung von Aufgaben auf einen Zweckverband dennoch vergabefrei, wenn es sich bei der Gründung des Zweckverbandes um eine sog. öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit i.S.d. § 108 Abs. 6 GWB handelt (bb.).

(aa) Öffentlicher Auftrag

Ein öffentlicher Auftrag im Sinne des § 103 Abs. 1 und 4 GWB liegt vor, wenn ein entgeltlicher Vertrag über die Erbringung von Leistungen (z.B. Dienstleistungsauftrag) abgeschlossen wird. Entgeltliche Verträge zeichnen sich durch ein synallagmatisches Leistungsverhältnis aus. Der öffentliche Auftraggeber erhält für eine Leistung an den Auftragnehmer eine Gegenleistung, die für den öffentlichen Auftraggeber von unmittelbarem wirtschaftlichem Interesse ist.

- Vgl. *EuGH*, Urteil vom 25.03.2010, Rs. C-451/08, NZBau 2010, 321 Rn. 47 ff. – Helmut Müller; *EuGH*, Urteil vom 21.12.2016, Rs. C-51/15, NZBau 2017, 105 Rn. 43 – Remondis. -

Ob die Übertragung von öffentlichen Aufgaben auf einen Zweckverband ein synallagmatisches Leistungsverhältnis begründet und damit einen öffentlichen Auftrag darstellt, hatte der Europäische Gerichtshof (EuGH) jüngst in der Rechtssache C-51/15 (Remondis GmbH & Co. KG Region Nord ./ Region Hannover) zu entscheiden. Das OLG Celle, welches die Ent-

scheidung des EuGH durch ein Vorabentscheidungsersuchen herbeigeführt hatte, hat die europäische Rechtsprechung mit Beschluss vom 03.08.2017 (Az. 13 Verg 3/13) für die deutsche Rechtsordnung übernommen und ausdifferenziert.

Dem EuGH zufolge handelt es sich „*bei einer Vereinbarung zwischen zwei Gebietskörperschaften, [...] auf deren Grundlage diese eine Satzung über die Gründung eines Zweckverbandes [...] erlassen und dieser neuen öffentlichen Einrichtung Befugnisse zuweisen, die bisher den Körperschaften oblagen und fortan zu eigenen Aufgaben dieses Zweckverbandes werden, nicht um einen öffentlichen Auftrag*“.

- Vgl. *EuGH*, Urteil vom 21.12.2016, Rs. C-51/15, NZBau 2017, 105 Rn. 55 – Remondis. -

Zentrales Element der Vereinbarung ist hiernach, dass die Kompetenzen betreffend die Erfüllung öffentlicher Aufgaben von den Gebietskörperschaften auf den Zweckverband übertragen werden. Welche inhaltlichen Anforderungen an die Kompetenzübertragung zu stellen sind, wird vom EuGH präzisiert. Von der Vereinbarung müssen sowohl die mit der übertragenen Kompetenz verbundenen Zuständigkeiten als auch die damit einhergehenden Befugnisse betroffen sein, so dass der Zweckverband über eine eigene Entscheidungsbefugnis sowie über eine finanzielle Unabhängigkeit verfügt.

- Vgl. *EuGH*, Urteil vom 21.12.2016, Rs. C-51/15, NZBau 2017, 105 Rn. 55 – Remondis; *OLG Celle*, Beschluss vom 03.08.2017, Az. 13 Verg 3/13, KommJur 2017, 376 ff.. -

Für einen zwischen den Landkreisen Goslar und Wolfenbüttel zu gründenden Zweckverband bedeutet das konkret, dass beide Landkreise die bislang jeweils eigenständig wahrgenommene Aufgabe der Abfallentsorgung umfassend auf den Zweckverband übertragen müssten. Gleiches gilt für die Über-

tragung der Aufgaben des Rettungsdienstes, des Tiefbaues und des Breitbandausbaues.

Eine Einmischung der Landkreise in konkrete Modalitäten der Aufgabendurchführung ist mit erfolgter Kompetenzübertragung ausgeschlossen. Dies unterscheidet die Aufgabenübertragung von der bloßen Beauftragung, bei der z.B. Weisungs- oder Überwachungsrechte vereinbart werden könnten. Der Zweckverband muss die alleinige Befugnis besitzen, die sich aus der Kompetenzübertragung ergebenden Aufgaben zu organisieren und den diese Aufgaben betreffenden rechtlichen Rahmen zu schaffen. Der EuGH billigt den kompetenzübertragenden Einrichtungen lediglich zu, ein „*gewisses Überwachungsrecht für die mit dieser öffentlich-rechtlichen Dienstleistung verbundenen Aufgaben [zu] behalten*“.

- Vgl. *EuGH*, Urteil vom 21.12.2016, Rs. C-51/15, NZBau 2017, 105 Rn. 49, 52 – Remondis; *OLG Celle*, Beschluss vom 03.08.2017, Az. 13 Verg 3/13, KommJur 2017, 376 (378). -

Im Ergebnis können die Landkreise Goslar und Wolfenbüttel auf die Erfüllung der Aufgaben durch einen zu gründenden Zweckverband aber zumindest noch über die aus Vertretern der Landkreise bestehenden Verbandsversammlung Einfluss nehmen. Das Satzungsrecht ist jedenfalls auf den Zweckverband zu übertragen.

Die vom EuGH geforderte finanzielle Unabhängigkeit des Zweckverbandes schließt es aus, dass sich die kompetenzübertragenden Stellen finanzielle Kontrollen oder Zustimmungrechte hinsichtlich der Entscheidungen des Zweckverbandes vorbehalten. Die finanzielle Unabhängigkeit des Zweckverbandes muss es vielmehr erlauben, die Finanzierung der übertragenen Aufgaben sicherzustellen.

- Vgl. *EuGH*, Urteil vom 21.12.2016, Rs. C-51/15, NZBau 2017, 105 Rn. 49 – Remondis; *OLG Celle*, Be-

schluss vom 03.08.2017, Az. 13 Verg 3/13, KommJur
2017, 376 (379). -

Einschränkungen trifft der EuGH in zweierlei Hinsicht:

Zum einen könne eine Umverteilung der für die Ausübung der Befugnis verwendeten Mittel, die von der bisher zuständigen auf die nunmehr zuständige Stelle übertragen werden, nicht als Entrichtung eines Entgeltes bewertet werden. Eine für die Zweckverbandsgründung erforderliche Umlagefinanzierung stelle vielmehr eine logische und notwendige Folge der Kompetenzübertragung dar.

- Vgl. *EuGH*, Urteil vom 21.12.2016, Rs. C-51/15,
NZBau 2017, 105 Rn. 45 – Remondis. -

Zum anderen sei auch eine Verpflichtung der kompetenzübertragenden bzw. die Kompetenzübertragung beschließenden Stelle, bei der Ausübung dieser Befugnis entstehende (die Einnahmen des Zweckverbandes übersteigende) Mehrkosten zu übernehmen, nicht als Entgelt zu bezeichnen. Der EuGH sieht in der Verpflichtung eine an Dritte gerichtete Garantie, mit der die Zahlungsfähigkeit des Zweckverbandes in den Fällen sichergestellt werden soll, in denen das nationale Recht die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer öffentlichen Stelle ausschließt.

- Vgl. *EuGH*, Urteil vom 21.12.2016, Rs. C-51/15,
NZBau 2017, 105 Rn. 46 – Remondis. -

Nach § 12 Abs. 1 Nr. 2 Insolvenzordnung i.V.m. § 1 Abs. 1 Niedersächsisches Gesetz über die Insolvenzunfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts findet das Insolvenzverfahren über das Vermögen juristischer Personen des öffentlichen Rechts, die der Aufsicht des Landes unterstehen, nicht statt. Vor diesem rechtlichen Hintergrund wäre es zulässig, wenn die Landkreise zum Beispiel eine Umlageverpflichtung übernehmen würden.

Mit Blick auf die Gründung eines Zweckverbandes zur Wahrnehmung der Aufgabe der Abfallentsorgung lassen sich sämtliche vom EuGH aufgestellten Kriterien realisieren. Die öffentliche Aufgabe und das Satzungsrecht könnten auf den Zweckverband übertragen werden. Da es sich bei der Abfallentsorgung um eine gebührenfinanzierte Einrichtung handelt, wäre die Vorgabe der Finanzautonomie jedenfalls erfüllt.

Auch hinsichtlich der Aufgaben des Rettungsdienstes, des Tiefbaues und des Breitbandausbaues kann das Kriterium der Finanzautonomie nach hier vertretener Ansicht erfüllt werden. Soweit diese Aufgaben steuerfinanziert sind, sind dem Zweckverband über eine Umlageregelung in der Verbandsordnung entsprechende Mittel zuzuweisen.

Ergänzend ist insoweit noch eine beihilferechtliche Prüfung vorzunehmen und bei der Erarbeitung der Umlageregelungen zu berücksichtigen. Dabei ist auch darauf zu achten, die Aufgabenübertragung zugleich als beihilferechtlichen Betrauungsakt auszugestalten.

Es bedarf jedenfalls eindeutiger Regelungen in der Verbandsatzung des Zweckverbandes, aus denen sich die vorgenannten Voraussetzungen (vollständige Entledigung der Aufgabenwahrnehmung, Weisungsfreiheit, Finanzautonomie) ergeben.

Im Ergebnis ist in der Zweckverbandsgründung, sofern die vom EuGH aufgestellten Kriterien erfüllt werden, kein öffentlicher Auftrag zu sehen. Ein Verfahren öffentlicher Auftragsvergabe i.S.d. §§ 97 ff. GWB ist demnach nicht durchzuführen.

(bb) Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit

§ 108 GWB zufolge ist in den dort genannten Fällen der sog. „öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit“ der 4. Teil des GWB (§§ 97 bis 184 GWB) nicht anzuwenden und somit ein Verfahren der öffentlichen Auftragsvergabe nicht durchzuführen.

Liegt nach den oben dargestellten, vom EuGH formulierten Anforderungen ein öffentlicher Auftrag nicht vor, kommen die Regelungen des § 108 Abs. 6 GWB nicht zur Anwendung. Werden die Aufgaben der Abfallwirtschaft, des Rettungsdienstes, des Tiefbaues und des Breitbandausbaues vollständig auf den Zweckverband unter Erfüllung der Anforderungen des EuGH übertragen, ist die Zweckverbandsgründung demnach vergabefrei zulässig, ohne dass es auf die Erfüllung der Anforderungen des § 108 GWB ankommt.

Im vorliegenden Fall kommt hinsichtlich einzelner Aufgaben des Rettungsdienstes allerdings auch der Abschluss einer Zweckvereinbarung oder die bloße Beauftragung des Zweckverbandes in Betracht. Außerdem ist absehbar, dass sich im Hinblick auf die bisher nicht im Einzelnen geklärten Fragen zu den Anforderungen des EuGH an die konkrete Ausgestaltung der Kompetenzübertragung erneut Streitfragen ergeben.

Deshalb ist nachfolgend zu prüfen, ob hier auch die Voraussetzungen des § 108 Abs. 4 GWB oder § 108 Abs. 6 GWB vorliegen würden.

(1) § 108 Abs. 4 Nr. 1 GWB

Gem. § 108 Abs. 4 GWB ist eine vergabefreie Beauftragung des Zweckverbandes möglich, wenn 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. Diese Voraussetzung würde bei einer bloßen Beauftragung des Zweckverbandes vorliegen.

Außerdem müssten 80 % 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, betraut wurde (dazu vgl. unten C.I.2.a) bb) (2)).

Weiter darf keine private Kapitalbeteiligung bestehen. Eine private Beteiligung Dritter ist hier nicht vorgesehen.

(2) § 108 Abs. 6 GWB

Nach § 108 Abs. 6 GWB ist das Vergaberecht weiter dann nicht auf Verträge zwischen zwei oder mehreren öffentlichen Auftraggebern anwendbar, wenn die Voraussetzungen des § 108 Abs. 6 Nr. 1-3 GWB kumulativ vorliegen:

Es muss § 108 Abs. 6 Nr. 1 GWB zufolge eine **Zusammenarbeit** zwischen den öffentlichen Auftraggebern begründet werden, um sicherzustellen, dass die zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden.

Das Vorliegen dieser Voraussetzung kann bei der Gründung eines Zweckverbandes zwischen den Landkreisen Goslar und Wolfenbüttel im Hinblick auf die Abfallentsorgung unproblematisch angenommen werden. Die Landkreise schließen sich zusammen, um Ziele, die ihnen vom Landesgesetzgeber aufgegeben werden, hinsichtlich der gemeinsamen Aufgabe künftig noch effizienter zu erfüllen.

Bleibt der Landkreis Goslar Träger des Rettungsdienstes und wird dem Zweckverband die Wahrnehmung der operativen Tätigkeit des Rettungsdienstes übertragen, kann insoweit eine Zusammenarbeit begründet werden. Unklar ist in diesem Fall, ob dies anders zu beurteilen ist, weil der Landkreis Goslar die Aufgabe des Rettungsdienstes jedenfalls nicht vollständig auf den Zweckverband übertragen wird.

Hinsichtlich der Aufgaben des Tiefbaues und des Breitbandausbaues steht der Anforderung des § 108 Abs. 6 GWB nicht von vornherein entgegen, dass nur ein Landkreis die Aufgabe auf den Zweckverband überträgt.

- Anders aber *Ziekow*, Inhouse-Geschäft und öffentlich-öffentliche Kooperationen: Neues vom europäischen Vergaberecht?, NZBau 2015, 258 (263). -

Allerdings ist es erforderlich, dass die Zusammenarbeit auf einem „kooperativen Konzept“ beruht. Dies ist der Fall, wenn sich die Verbandsmitglieder verpflichtet haben, „*einen Beitrag zur gemeinsamen Ausführung der betreffenden öffentlichen Dienstleistung zu leisten.*“

- Erwägungsgrund 33 Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.02.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG. -

In Rechtsprechung und Schrifttum werden an die Umsetzung der Erwägungen des europäischen Rechtsetzers keine allzu hohen Anforderungen gestellt. Für die Annahme eines kooperativen Konzepts ist es ausreichend, wenn alle beteiligten öffentlichen Auftraggeber „tatsächlich eine öffentliche Dienstleistung erbringen“.

- Vgl. *Voll*, in: Gabriel/Mertens/Prieß/Stein (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Vergaberecht, Stand: 31.07.2017, § 108 GWB Rn. 69 mit Verweis auf *OLG Koblenz*, Beschluss vom 03.12.2014, Verg 8/14, ZfBR 2015, 308 (310); ähnlich *Portz*, in: Kurlartz/Kus/Portz/Prieß (Hrsg.), GWB, 4. Auflage 2016, § 108 GWB Rn. 230. -

Im Ergebnis gehen wir davon aus, dass es auf die Erfüllung dieser Anforderungen nicht ankommt, weil die Aufgaben des Tiefbaues und des Breitbandausbaues jedenfalls vollständig auf den Zweckverband übertragen werden können und sollen. Erfolgt lediglich eine Beauftragung, liegt ein vergabefreies Inhousegeschäft vor (vgl. dazu oben C I.2.a)bb) (1)).

Die Durchführung der Zusammenarbeit muss weiterhin, so § 108 Abs. 6 Nr. 2 GWB, ausschließlich **durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse bestimmt** werden.

Dies ist hinsichtlich aller Aufgaben, die durch einen gemeinsamen Zweckverband durchzuführen sind, der Fall. Sämtliche Aufgaben werden mit dem Ziel der Erfüllung der öffentlichen Daseinsvorsorge durchgeführt. Andere als öffentliche Interessen, insbesondere wettbewerbliche Interessen, kommen hier soweit ersichtlich nicht zum Tragen.

§ 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB zufolge dürfen beide öffentlichen Auftraggeber (sowie deren Tochterunternehmen) nicht mehr als 20 % ihrer Tätigkeit auf dem freien Markt erbringen.

- Vgl. *Portz*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß (Hrsg.), GWB, 4. Auflage 2016, § 108 GWB Rn. 268. -

(3) § 108 Abs. 7 GWB – Bestimmung des prozentualen Anteils

Zur Bestimmung des prozentualen Anteils nach § 108 Abs. 4 Nr. 2 und 6 Nr. 3 GWB wird gemäß § 108 Abs. 7 Satz 1 GWB der durchschnittliche Gesamtumsatz der letzten drei Jahre vor Vergabe des öffentlichen Auftrags oder ein anderer geeigneter tätigkeitsgestützter Wert herangezogen.

Die Eigenbetriebe KWB Goslar und WLW Wolfenbüttel haben [GGSC] hierzu ihre Jahresabschlüsse aus 2013, 2014 und 2015 übermittelt. [GGSC] lagen darüber hinaus die Jahresabschlüsse der KWB DuS GmbH und der Biokompost GmbH vor.

[GGSC] hat pro Eigenbetrieb und Referenzjahr „Übersichten der Eigen- und Fremdotsätze“ erstellt, die der **Anlage** beigelegt sind. Die dort aufgeführten Umsatzpositionen entsprechen denen der Gewinn- und Verlustrechnung der Eigenbetriebe bzw. deren Teilbetriebe zugrunde liegenden Umsatzpo-

sitionen. Jeder Umsatz wurde auf seine Eigenschaft als Eigen- oder Fremdotsatz untersucht und der entsprechenden Kategorie zugeordnet. Für jeden Teilbetrieb wurde sodann der Anteil des Fremdotsatzes am Umsatz des Teilbetriebes und des gesamten Betriebes ermittelt. Am Ende der Tabelle (grüne Zeile) wurde das prozentuale Verhältnis von Eigen- und Fremdotsätzen bezogen auf den gesamten Eigenbetrieb errechnet. Die hier angegebenen Werte sind für die Prüfung nach § 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB maßgeblich.

Da zahlreiche Umsatzpositionen als Fremd- oder Eigenumsätze mitunter auch als Mischformen eingeordnet werden können und der Jahresabschluss bzw. die ergänzend überreichten Unterlagen naturgemäß nur bedingt zu einer vollständigen Aufklärung der Zugehörigkeit von Erlösen als Fremd- bzw. Eigenumsatz beitragen können, war die Bildung verschiedener Szenarien erforderlich. In den beigefügten Übersichten wird zwischen einem „Best Case“- , einem „Normal Case“- und einem „Worst Case“-Szenario unterschieden.

Das „Best Case“-Szenario fasst als Fremdotsätze nur diejenigen Erlöse zusammen, die mit hoher Wahrscheinlichkeit als Fremdotsätze einzuordnen sind. Dass ein mit der Umsatzbewertung befasstes Gericht eine dem „Best Case“-Szenario entsprechende Eigen- bzw. Fremdotsatzquote ermittelt, ist unwahrscheinlich, da sämtliche Auslegungsspielräume zugunsten der Annahme von Eigenumsätzen ausgenutzt wurden. Sinn und Zweck des „Best Case“-Szenarios ist es gleichwohl, die unterste Grenze des Anteiles an Fremdotsätzen im Eigenbetrieb aufzuzeigen.

Das „Worst Case“-Szenario bildet das Gegenstück zum „Best Case“-Szenario. Die Umsatzbewertung erfolgt hier restriktiv und zulasten der Eigenumsatzquote. Als Eigenumsätze werden im „Worst Case“-Szenario lediglich diejenigen Erlöse aufgezählt, die mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht den Fremdotsätzen zuzurechnen sind. Dass das „Worst Case“-Szenario für einen der beiden Eigenbetriebe tatsächlich zutrifft, ist eben-

falls unwahrscheinlich. Mit ihm soll vielmehr aufgezeigt werden, ob der Eigenbetrieb die 20%-Schwelle des § 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB auch dann noch unterschreitet, wenn der Begriff des Fremdumsatzes sehr weit interpretiert wird und sämtliche unklaren Erlöspositionen hierunter gefasst werden.

Das „Normal Case“-Szenario legt eine möglichst differenzierte Zuordnung der Erlöspositionen zugrunde. Die Zuordnung erfolgte nicht nur auf Grundlage von ergänzenden Hinweisen im Jahresabschluss bzw. den übersendeten Unterlagen, sondern darüber hinaus auf Grundlage von Schätzungen, wenn eine ausschließliche Zuordnung einer Umsatzposition als Eigen- oder Fremdumsatz unrealistisch erscheint. Das „Normal Case“-Szenario nähert sich, da es auch Präzedenzfälle aus der Rechtsprechung berücksichtigt, weitgehend einer möglichen gerichtlichen Einschätzung der Umsatzanteile an. Gleichwohl ist darauf hinzuweisen, dass ein Gericht im Rahmen einer Bewertung der konkreten Umsatzzahlen zu einer abweichenden Einschätzung gelangen kann.

Hinsichtlich der Zurechnung der Umsatzerlöse der Tochtergesellschaften KWB DuS GmbH und Biokompost GmbH weisen wir auf Folgendes hin: Anhand der uns überlassenen Unterlagen war es uns nicht möglich, sämtliche Umsatzpositionen der Tochtergesellschaften eindeutig den Eigen- bzw. Fremdumsätzen zuzurechnen.

Wir haben die Umsatzerlöse wie in der Beratung am 09.03.2017 besprochen jeweils zu 80% dem Eigenumsatz und zu 20% dem Fremdumsatz zugeordnet.

Bezogen auf den Eigenbetrieb KWB Goslar lag die Fremdumsatzquote in den Referenzjahren selbst im „Worst Case“-Szenario deutlich unter der 20%-Grenze.

Bezogen auf den Eigenbetrieb WLW Wolfenbüttel lag die Fremdumsatzquote in den Referenzjahren, bezogen auf das „Best Case“- und „Normal Case“-Szenario jeweils sicher unterhalb der 20%-Grenze. Im „Worst-Case“-Szenario bewegen sich

die Fremdumsätze jeweils knapp unter (Jahre 2014 und 2015) bzw. knapp über der 20%-Grenze (Jahr 2013). Da im „Worst Case“-Szenario jede nicht eindeutig zuordenbare Umsatzposition in vollem Umfang den Fremdumsätzen zugeordnet wurde, ist es unwahrscheinlich, dass die tatsächliche Fremdumsatzquote des Eigenbetriebes WLW Wolfenbüttel die 20%-Grenze tangiert oder überschreitet. Es ist davon auszugehen, dass § 108 Abs. 6 GWB einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit auch hinsichtlich des Eigenbetriebes WLW Wolfenbüttel nicht entgegensteht.

Gleichwohl ist ergänzend darauf hinzuweisen, dass diese Annahme auf den Umsatzverhältnissen der Referenzjahre 2013, 2014 und 2015 beruht.

(4) Zwischenergebnis

Im Ergebnis gehen wir davon aus, dass die Aufgaben der Abfallwirtschaft, des Rettungsdienstes, des Tiefbaues und des Breitbandausbaues vergabefrei auf einen zu gründenden Zweckverband übertragen werden könnten. Bei entsprechender Ausgestaltung der Zweckverbandssatzung ist davon auszugehen, dass es bereits an einem öffentlichen Auftrag fehlt. Daneben wäre die Zusammenarbeit auch vergabefrei, wenn einzelne Aufgaben als Inhousegeschäft (§ 108 Abs. 4 GWB) oder als Zusammenarbeit nach § 108 Abs. 6 GWB ausgestaltet würden. Der prozentuale Anteil nach § 108 Abs. 7 GWB könnte voraussichtlich eingehalten werden.

b) Praktische Konsequenzen für Zweckverbandsgründung

Sollte die Gründung eines Zweckverbandes angestrebt werden, ist darauf zu achten, dass die Verbandsordnung unter strenger Beachtung der vom EuGH in der Rechtssache Remondis GmbH & Co. KG Region Nord ./ Region Hannover (Rs. C-51/15) aufgestellten Kriterien erarbeitet wird.

Sämtliche Aufgaben, die künftig vom Zweckverband wahrgenommen werden sollen, müssen ebenso wie das Satzungsrecht vollständig auf den Zweckverband übertragen werden. Auf die Regelung von gesonderten Weisungsrechten oder Überwachungsbefugnissen ist zu verzichten. Die Einflussnahme der Landkreise auf die Entscheidungen des Zweckverbandes ist so auf die Vertretung in den Gremien des Zweckverbandes beschränkt.

Auch ist auf eine strikte Trennung der Finanzmittel der Landkreise und des Zweckverbandes in den vom EuGH aufgestellten Grenzen zu achten. Unproblematisch ist dies im Bereich der Abfallwirtschaft. Hier ist das Satzungsrecht, einschließlich der Befugnis Gebühren zu erheben, auf den Zweckverband zu übertragen.

Zulässig wäre es dem EuGH zufolge weiter, im Wege der Umlagefinanzierung eine Umverteilung der für die Ausübung der Befugnis verwendeten Mittel vorzunehmen. Für den Rettungsdienst sind im Fall des Verbleibens der Trägerschaft des Rettungsdienstes beim Landkreis Goslar differenzierende Regelungen notwendig.

3. Ergebnis

Die Gründung eines Zweckverbandes zwischen den Landkreisen Goslar und Wolfenbüttel schätzen wir als dem Grunde nach kommunal- und vergaberechtlich zulässig ein.

II. Abschluss einer Zweckvereinbarung zwischen den Landkreisen Goslar und Wolfenbüttel bezogen auf Aufgaben der Abfallentsorgung

Alternativ zu der Gründung eines Zweckverbandes könnten die Landkreise Goslar und Wolfenbüttel Aufgaben auf der Grundlage einer Zweckvereinbarung gemeinsam erfüllen. In Betracht kommen hier ausschließlich Aufgaben der Abfallwirtschaft. Alle anderen Aufgaben haben wir nicht in die nachfolgende Betrachtung einbezogen, weil insoweit jeweils nur einer der beteiligten Eigenbetriebe die Aufgabe wahrnimmt.

Der Abschluss einer Zweckvereinbarung unterliegt ebenfalls den gesetzlichen Bestimmungen des Kommunal- und Vergaberechts. Es ist erneut nach Maßgabe

des NKomZG zu prüfen, ob die Übernahme einer öffentlich-rechtlichen Aufgabe zulässig ist (1.). Weiter ist aus Sicht des Vergaberechts zu prüfen, ob der Abschluss einer Zweckvereinbarung einer öffentlichen Ausschreibung bedarf (2.).

1. Vorgaben des NKomZG

Das NKomZG benennt in §§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 2 Satz 1, Abs. 5; 5 NKomZG die Voraussetzungen für den Abschluss von Zweckvereinbarungen. Eine öffentliche Aufgabe (a.) muss hiernach entweder auf eine an der Zweckvereinbarung beteiligte Kommune übertragen oder die andere Kommune mit der Durchführung der Aufgabe beauftragt werden (b.). Schließlich sind die Anzeige- und Genehmigungserfordernisse zu beachten (c.).

a) Öffentliche Aufgabe

Beim Abschluss einer Zweckvereinbarung zwischen den Landkreisen Goslar und Wolfenbüttel geht es lediglich um die gemeinsame Wahrnehmung von Teilaufgaben der Abfallentsorgung. Hierbei handelt es sich um eine öffentliche Aufgabe (vgl. C. I. 1. a.).

b) Aufgabenübergang

Die Landkreise Goslar und Wolfenbüttel könnten, im Falle des Abschlusses einer Zweckvereinbarung, Teilaufgaben der Abfallentsorgung auf den jeweils anderen Landkreis übertragen. Mit der Aufgabe kann auch das Satzungsrecht auf den die Aufgabe übernehmenden Landkreis übertragen werden. Alternativ hierzu kommt die bloße Beauftragung in Betracht.

c) Anzeige- bzw. Genehmigungserfordernis

Entsprechend der kommunalrechtlichen Gründung eines Zweckverbandes ist zu beachten, dass es bei der Übertragung von Teilaufgaben der öffentlichen Abfallentsorgung auf eine andere Kommune im Wege der Zweckvereinbarung gemäß § 2 Abs. 5 Satz 1 NKomZG einer Genehmigung durch die Kommunalaufsichtsbehörde bedarf (vgl. C. I. 1. f. aa.).

Wird die Aufgabe vom anderen Landkreis lediglich für den beauftragenden Landkreis durchgeführt, besteht eine Anzeigepflicht bei der Kommunalaufsichtsbehörde gemäß § 2 Abs. 5 Satz 1 NKomZG.

2. Vorgaben des Vergaberechts

Auch der Abschluss einer Zweckvereinbarung ist vergaberechtlich relevant. Für die Begründung einer Vergabepflicht nach §§ 2, 3 NTVergG i.V.m. §§ 97 ff. GWB ist es erforderlich, dass die übertragene bzw. aufgetragene öffentliche Aufgabe Abfallentsorgung einen öffentlichen Auftrag darstellt (a.). Weiterhin ist fraglich, ob ein förmliches Vergabeverfahren aufgrund des Vorliegens einer öffentlich-öffentlichen Kooperation (§ 108 Abs. 6 GWB) entbehrlich ist (b.).

a) Öffentlicher Auftrag

Ein öffentlicher Auftrag im Sinne des § 103 Abs. 1 und 4 GWB ist anzunehmen, wenn ein entgeltlicher Vertrag über die Erbringung von Leistungen (Dienstleistungsauftrag) abgeschlossen wurde. Handelt es sich bei der Vereinbarung hingegen um eine Kompetenzübertragung im Rahmen einer Organisationsentscheidung, liegt ein öffentlicher Auftrag nicht vor. Vergaberecht ist dann nicht anwendbar.

Der EuGH hat, mit Blick auf den Abschluss von Zweckvereinbarungen in der Rechtssache „Piepenbrock“ entschieden, dass diese regelmäßig entgeltlichen Charakter haben. Um eine Entgeltlichkeit ausschließen zu können, ist es dem EuGH zufolge erforderlich, dass die Zweckvereinbarung keine Kontrollbefugnisse der die Aufgabe übertragenden Kommune enthält, wodurch ein vertragsrechtlicher Charakter impliziert würde.

Darüber hinaus darf die einer Kommune durch Zweckvereinbarung übertragene Aufgabe nicht durch die übertragende Kommune finanziert werden, was ebenso den Charakter der Entgeltlichkeit hervorruft. Die Übertragung finanzieller Mittel zur eigenverantwortlichen Erledigung der Aufgabe ist dem EuGH zufolge hingegen nicht ausgeschlossen.

- Vgl. *EuGH*, Urt. v. 13.06.2013, Rs. C-386/11, *EuZW* 2013, 591 Rn. 27, 31 – Piepenbrock; implizit auch *EuGH*, Urteil vom 21.12.2016, Rs. C-51/15, *NZBau* 2017, 105 Rn. 49, 55 – Remondis. -

Für eine zwischen den Landkreisen Goslar und Wolfenbüttel zu schließende Zweckvereinbarung bedeutet das, dass die (Teil-) Aufgabe der Abfallentsorgung, einschließlich des Satzungsrechtes möglichst vollständig auf die Kommune übergehen muss, welche die Aufgabe wahrnehmen soll. Ein synallagmatisches Vertragsverhältnis läge in diesem Fall nicht vor und ein Vergabeverfahren müsste nicht durchgeführt werden. Unschädlich erscheint es nach der Rechtsprechung des *EuGH* allein, wenn die übertragende Kommune eine Umlagefinanzierung der für die Ausübung der Befugnis verwendeten Mittel einrichten würde.

Findet eine Aufgabenübertragung jedoch nicht statt und wird ein Landkreis lediglich mit der Durchführung der Aufgabe beauftragt, liegt ein synallagmatisches Vertragsverhältnis und damit ein öffentlicher Auftrag vor.

b) Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit

Nach hier vertretener Auffassung kann die Zusammenarbeit jedenfalls aber so ausgestaltet werden, dass eine zwischen den Landkreisen Wolfenbüttel und Goslar abzuschließende Zweckvereinbarung im Hinblick auf die gemeinsame Aufgabenerfüllung im Bereich Abfallentsorgung eine Form öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit darstellt, die gemäß § 108 Abs. 6 *GWB* ohne Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens begründet werden kann.

Wie bereits ausgeführt, muss die Zusammenarbeit durch Zweckvereinbarung dem gemeinsamen Ziel beider Landkreise dienen, die Abfallentsorgung sicherzustellen bzw. effektiver zu gestalten (§ 108 Abs. 6 Nr. 1 *GWB*).

Auch ist der Abschluss einer Zweckvereinbarung vergabefrei, wenn die Zusammenarbeit durch Zweckvereinbarung im Bereich der öf-

öffentlichen Abfallentsorgung ausschließlich durch Überlegungen im Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse geleitet ist.

Beide Voraussetzungen erscheinen mit Blick auf die öffentliche Aufgabe der Abfallentsorgung gegeben (vgl. C. I. 2. a. bb.).

Letztlich darf auch die 20 % Schwelle der sonstigen Tätigkeit am freien Markt im Bereich der Abfallentsorgung nicht überschritten werden (§ 108 Abs. 6 Nr. 3 GWB).

Bezogen auf die Aufgaben der Abfallwirtschaft überschreiten die Umsätze der Eigenbetriebe ausweislich der in der Anlage beigefügten Berechnungen voraussichtlich nicht die Wesentlichkeitsschwelle in Höhe von 20 % (vgl. auch die Ausführungen zu C. I. 2. a. bb. (3)).

Es ist somit anzunehmen, dass auch der Abschluss einer Zweckvereinbarung im Bereich Abfallwirtschaft vergabefrei erfolgen kann.

III. Ergebnis

In rechtlicher Hinsicht ist – bei entsprechender Ausgestaltung der Zweckverbandssatzung bzw. der Zweckvereinbarung – sowohl die Gründung eines Zweckverbandes mit den Aufgaben der Abfallwirtschaft, des Rettungsdienstes, des Tiefbaues und des Breitbandausbaues als auch der Abschluss einer Zweckvereinbarung zur Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Abfallwirtschaft zulässig.

D. Erfassung der Ist-Situation

Nachfolgend werden die von den Landkreisen übermittelten Ist-Daten zu der Wahrnehmung der Aufgaben der Abfallwirtschaft, des Rettungsdienstes, des Tiefbaues und des Breitbandausbaues zusammengefasst und gegenübergestellt.

I. Räumliche Lage

Die **räumliche Lage** der Landkreise Goslar und Wolfenbüttel weist die Besonderheit auf, dass dem Landkreis Wolfenbüttel eine Exklave zugeordnet ist, die zwischen den Landkreisen Hildesheim, Salzgitter und Goslar liegt (in der Karte 6=Salzgitter, 1=Braunschweig, 8=Wolfsburg).



Bezogen auf die Wahrnehmung der Aufgaben der Abfallwirtschaft lässt die räumliche Lage der Exklave vermuten, dass sich Synergieeffekte insbesondere im Fall einer gemeinsamen Tourenplanung ergeben können.

Die nachfolgenden Ausschnitte bilden das Gebiet nahe der gemeinsamen Kreisgrenzen ab.



Nach den Ergebnissen der Beratungen gehen KWB Goslar und WLW Wolfenbüttel davon aus, dass mögliche Synergieeffekte aus einer die Kreisgrenzen übergreifenden Tourenplanung allerdings eher gering sein werden. Gründe hierfür sind insbesondere die geringe Bevölkerungsdichte aber auch die konkrete Tourenplanung.

II. Wirtschaftliche Rahmendaten

Die **wirtschaftlichen Rahmendaten** wurden gegenübergestellt. Aufgrund des unterschiedlichen Aufgabenzuschnitts weisen KWB Goslar und WLW Wolfenbüttel sehr unterschiedliche wirtschaftliche Eckpunkte auf. Da dem WLW insbesondere das Straßenvermögen übertragen ist, verfügen die WLW über ein viermal höheres Anlagevermögen als KWB. Hinzuweisen ist insoweit auch darauf, dass in der Bilanz des WLW Forderungen gegen den Landkreis Wolfenbüttel in Höhe von 40 Mio. € ausgewiesen sind, während sich die Forderungen des KWB gegen den Landkreis Goslar auf lediglich rund 1 Mio. € belaufen. Die in der Bilanz für 2015 ausgewiesenen Rückstellungen belaufen sich für KWB auf 8,27 Mio. € und für WLW auf 46,07 Mio. €.

– Bilanz/ Anlagevermögen –

	Landkreis Goslar Eigenbetrieb KWB		Landkreis Wolfenbüttel Eigenbetrieb WLW	
	<u>2014</u>	<u>2015</u>	<u>2014</u>	<u>2015</u>
AKTIVA				
I. <u>Immaterielle Vermögensgegenstände</u>	<u>33.580</u>	<u>47.278</u>	<u>25.165</u>	<u>49.903</u>
II. <u>Sachanlagen</u>	<u>16.970.222</u>	<u>20.891.156</u>	<u>85.037.981</u>	<u>84.808.310</u>
1. Grundstücke	5.428.209	5.057.859	24.459.500	24.346.564
2. Infrastrukturvermögen				
Straßen	-	-	41.484.739	41.278.289
Rad- und Fußwege	-	-	2.757.422	2.698.551
Brücken	-	-	3.991.646	3.898.103
Glasfasernetz	-	-	7.099.462	7.742.401
3. Techn. Anlagen/Maschinen	4.854.077	4.878.974	231.696	185.230
4. Fahrzeuge	-	-	2.779.058	2.799.553
5. Müllbehälter/Container	-	-	1.229.841	1.363.674
6. Betriebs-/Geschäftsauto.	4.152.671	4.916.326	115.266	143.320
7. Anlagen im Bau / geleistete Anzahlungen	2.535.265	6.037.997	889.351	352.625
III. <u>Finanzanlagen</u>	<u>208.110</u>	<u>208.110</u>	<u>203.561</u>	<u>203.561</u>
1. Anteile verb. Unternehmen	15.600	15.600	-	-
2. Beteiligungen	192.510	192.510	203.561	203.561
Anlagevermögen insgesamt	17.211.912	21.146.544	85.266.707	85.061.774

Alle Beträge gerundet in Euro.

– Bilanz/ Umlaufvermögen –

	Landkreis Goslar Eigenbetrieb KWB		Landkreis Wolfenbüttel Eigenbetrieb WLW	
	2014	2015	2014	2015
AKTIVA				
I. <u>Vorräte</u>	<u>94.416</u>	<u>111.454</u>	<u>189.367</u>	<u>243.393</u>
1. Roh-, Hilfs-, Betriebsstoffe	91.313	103.210	167.686	221.712
2. Fertige Erzeugnisse/Ware	3.103	8.244	-	-
3. Schilder, Leitpfosten, Abspermaterial	-	-	21.681	21.681
II. <u>Forderungen und sonst. Vermögensgegenstände</u>	<u>5.263.439</u>	<u>4.672.475</u>	<u>42.134.321</u>	<u>41.048.297</u>
1. Forderungen L.u.L.	3.431.283	2.653.534	1.080.841	517.314
2. Forderungen gegen verb. Unternehmen	451.906	387.424	-	-
3. Forderungen gegen U. mit Beteiligungsverhältnis	819	2.016	20.642	35.108
4. Forderungen an den Landkreis Goslar	1.093.235	1.057.350	-	-
5. Forderungen gegen den Landkreis Wolfenbüttel	-	-	41.011.802	40.484.771
6. Sonstige Vermögens- gegenstände	286.197	572.151	21.036	11.104
III. <u>Kassenb./Guthaben Kl</u>	<u>6.046.632</u>	<u>6.216.983</u>	<u>1.755.169</u>	<u>3.247.945</u>
Umlaufvermögen insgesamt	11.404.487	11.000.912	44.078.857	44.539.635

Alle Beträge gerundet in Euro.

– Bilanz/ Passivseite –

	Landkreis Goslar Eigenbetrieb KWB		Landkreis Wolfenbüttel Eigenbetrieb WLW	
	<u>2014</u>	<u>2015</u>	<u>2014</u>	<u>2015</u>
PASSIVA				
I. <u>Eigenkapital</u>	<u>3.363.515</u>	<u>4.143.880</u>	<u>66.483.357</u>	<u>66.903.279</u>
1. Stammkapital	1.000.000	1.000.000	8.000.000	8.000.000
2. Allg. Rücklage	1.817.615	1.817.615	20.353.737	21.227.050
3. Zweckgeb. Rücklage	545.900	327.833	38.098.754	38.098.754
4. Bilanzgewinn Vorjahr	0	998.432	165.574	143.490
5. Gewinnabführung an Landkreis Wolfenbüttel	-	-	-278.198	-252.057
6. Jahresgewinn/-verlust	-	-	143.490	-313.958
II. <u>Sonderposten</u>	<u>1.779.027</u>	<u>2.825.415</u>	<u>6.360.721</u>	<u>6.174.768</u>
III. <u>Rückstellungen</u>	<u>6.548.514</u>	<u>8.274.497</u>	<u>44.270.195</u>	<u>46.072.416</u>
1. Steuerrückstellungen	-	-	4.174	0
2. Sonstige Rückstellungen	6.548.514	8.274.497	44.266.021	46.072.416
IV. <u>Verbindlichkeiten</u>	<u>17.046.088</u>	<u>16.959.325</u>	<u>12.120.962</u>	<u>10.354.081</u>
1. V. ggb. Kreditinstituten	10.840.288	10.486.230	9.072.844	8.097.310
2. V. aus L.u.L.	1.131.976	972.859	1.440.987	907.616
3. V. ggb. verb. Unternehmen	458.823	219.757	-	-
4. V. ggb. Untern. Beteiligung	22.369	16.876	100.084	46.099
5. V. ggb. Landkreisen	3.707.763	4.776.055	1.445.314	1.296.781
6. Sonstige V.	884.869	487.547	61.733	6.275

Alle Beträge gerundet in Euro.

- GuV -

	Landkreis Goslar Eigenbetrieb KWB		Landkreis Wolfenbüttel Eigenbetrieb WLW	
	<u>2014</u>	<u>2015</u>	<u>2014</u>	<u>2015</u>
Umsatzerlöse	24.640.554	26.640.598	19.866.018	19.466.599
Andere aktiv. Eigenleistungen	-	-	100.660	67.825
Sonst. betriebliche Erträge	1.670.176	453.403	586.525	460.336
Materialaufwand	7.763.587	6.498.144	7.938.411	7.950.557
Aufw. RHB-Stoffe, b. Waren	2.081.190	2.003.603	1.777.337	1.541.913
Aufw. bezogene Leistungen	5.682.398	4.494.541	6.161.074	6.408.644
Personalaufwand	13.012.992	12.603.384	5.498.048	5.674.576
Löhne/Gehälter	9.756.376	10.047.725	4.207.755	4.343.182
Soz. Abgaben/Aufw. AltersV	3.256.616	2.555.659	1.290.293	1.331.394
Abschreibungen immat. VG und Sachanlagen	2.358.254	2.226.543	3.389.389	3.720.306
Aufwendungen/Erträge aus Rückst. Deponienachsorge	-	457.823	2.001.648	1.187.250
Sonst. betr. Aufwendungen	2.826.788	5.209.890	1.256.769	1.474.064
Erträge aus Beteiligungen	11.601	11.601	9.765	9.765
Sonstige Zinsen/ähnl. Erträge	15.238	7.249	92.079	69.247
Zinsen/ähnl. Aufwendungen	272.186	182.243	396.530	346.224
Ergebnis gewöhnliche Geschäftstätigkeit	103.762	850.470	174.251	-279.204
Steuern v. Einkommen und Ertrag	2.974	2.015	9.038	13.432
Sonstige Steuern	25.100	26.490	21.724	21.321
Jahresüberschuss (+) bzw. Jahresfehlbetrag (-)	75.688	821.965	143.490	-313.958
Entnahme aus zweckgeb. Rücklagen	267.306	218.067	-	-
Ausschüttungen	42.300	41.600	-	-

Alle Beträge gerundet in Euro.

III. Personal

Die **Personalsituation** ist infolge des unterschiedlichen Aufgabenzuschnitts von KWB und WLW nur bedingt vergleichbar.

	Landkreis Goslar Eigenbetrieb KWB	Landkreis Wolfenbüttel Eigenbetrieb WLW
	2015	2015
GESAMT	266,1	107,95
Beamte*innen	13	4,15
Angestellte	246,1	100,8
Auszubildende	7	3
Davon im Bereich der Abfallwirtschaft:	119	63,25
Beamte*innen	12	ca. 2,75
Angestellte	107	ca. 60,5

Besetzte Haushaltsplanstellen im Jahr 2015.

Ein Unterschied zwischen WLW und KWB, aber auch im Vergleich zu der Situation in einem zu gründenden Zweckverband, ergibt sich hinsichtlich der **Personalvertretung**. Während die Personalvertretung im Betriebsausschuss des WLW kein Stimmrecht hat, ist im KWB ein solches Stimmrecht gegeben. Im Fall der Zweckverbandsgründung hätte die Personalvertretung in der Verbandsversammlung kein Stimmrecht.

IV. Aufgabenbereiche

Die Aufgabe des **Rettungswesens** würde nur vom KWB Goslar auf den Zweckverband übertragen. Der Landkreis Wolfenbüttel hat kein Interesse an der Einbringung des Rettungswesens in einen Zweckverband. Kommt es zur Zweckverbandsbildung, geht der KWB Goslar davon aus, dass die Trägerschaft hinsichtlich des Rettungswesens beim Landkreis Goslar verbleiben müsste. Insoweit könnte entweder nur die Teilaufgabe der Durchführung der Aufgabe auf den

Zweckverband übertragen werden. Alternativ hierzu käme auch der Abschluss einer Zweckvereinbarung in Betracht. Im Aufgabengebiet des Rettungswesens werden Umsatzerlöse in Höhe von 11 Mio. € erzielt. 2015 hat KWB im Rettungsdienst 39.051 Einsätze gefahren. Darauf entfallen auf Einsätze des Rettungswagens 15.906 Einsätze, auf den Notarzteinsatz 4.970 Einsätze und auf den Krankentransport 18.175 Einsätze.

Der Aufgabenbereich **Tiefbau** würde nur vom WLW Wolfenbüttel in einen Zweckverband eingebracht. Der Landkreis Goslar hat kein Interesse an der Übertragung der Aufgabe des Tiefbaus auf einen Zweckverband. Die Aufgabe des Tiefbaus beim WLW umfasst dabei das kreisliche Straßenwesen nach dem niedersächsischen Straßengesetz (NStrG) als Amtspflicht in Ausübung hoheitlicher Tätigkeit, einschließlich Planung, Bau, Unterhaltung und Erhaltung der Verkehrssicherheit auf Kreisstraßen, Radwegen und Brücken sowie die Rechtsaufsicht über das gemeindliche Straßenwesen. [GGSC] hat insoweit darauf hingewiesen, dass frühzeitig eine Abstimmung mit der Aufsichtsbehörde gesucht werden sollte, weil eine so weitgehende Übertragung des Straßenvermögens auf einen Zweckverband rechtlich zwar nicht ausgeschlossen ist. Insoweit werden sich aber Folgefragen ergeben, die frühzeitig mit der Kommunalaufsichtsbehörde abgeklärt werden sollten.

Die Aufgabe des **Breitbandausbaus** würde ebenfalls nur vom WLW auf den Zweckverband übertragen. Der Landkreis Goslar hat kein Interesse daran, diese Aufgabe in einen Zweckverband einzubringen. § 2 Abs. 4 der Betriebsatzung zufolge hat der WLW die Aufgaben Bau, Vorhaltung und Vermietung einer passiven Breitbandinfrastruktur und die Vergabe einer Dienstleistungskonzession für den Betrieb an private Dienstleister. 2014 wurden drei Teilnetze in Betrieb genommen und die Aufgabe des Breibandausbaus wurde ein Kommunaldarlehen in Höhe von 7 Mio. € zu einem Zinssatz von 2,811 % aufgenommen.

V. Vergleich Abfallwirtschaft

In Bezug auf die Aufgabe der **Abfallwirtschaft** können sich vielfältige **Synergien** durch eine gemeinsame Erfüllung von Aufgaben ergeben. Synergien sind dann zu erwarten, wenn beide Landkreise im operativen Geschäft entweder die gleichen Aufgaben erfüllen und/oder wenn sich der Aufgabezuschnitt ergänzt.

1. **Gemeinsamkeiten**

Beide Eigenbetriebe verfügen über einen eigenen Fuhrpark und führen das Einsammeln und Befördern in Eigenregie durch. Die Abfallbehälter in den Landkreisen Goslar und Wolfenbüttel sind mit einem Chipsystem ausgerüstet. Beide Eigenbetriebe haben vielfältige Aufgaben der Stilllegung, Rekultivierung und Nachsorge von Deponien zu erfüllen und sind für die Entsorgung des Sickerwassers verantwortlich. Beide Landkreise sind Gesellschafter der Biokompost GmbH und nehmen die Aufgabe der Bioabfallverwertung dort bereits gemeinsam mit dem Landkreis Göttingen (Altkreis Osterode) wahr. Synergieeffekte sind deshalb vorbehaltlich einer entsprechenden Ausgestaltung der Organisation und Durchführung dem Grunde nach zu erwarten.

2. **Deponien**

Bezogen auf die Situation der **Deponien** ist auf folgendes hinzuweisen: Der Landkreis Goslar ist für die Deponien Morgenstern, Bornhausen (Bauabfall) und Paradiesgrund (geschlossen) verantwortlich. Der WLW Wolfenbüttel ist Inhaber der Deponien Bornum, Weferlingen (Bauabfall), Klein-Elbe (Bauabfall) und Roklum (geschlossen).

Die Aufwendungen für die Stilllegung und Nachsorge dieser Deponien betragen nach derzeitiger Schätzung für die Deponie Morgenstern 19,5 Mio. €, für die Deponie Bornhausen 13,3 Mio. € (beide KWB) und für die Deponie Bornum 47 Mio. € (WLW). Daneben sind die Bauschuttdeponien Paradiesgrund (KWB), Weferlingen, Klein-Elbe und Roklum (WLW) abzuschließen.

Die Erfüllung der Aufgabe der Nachsorge der Deponien wird sich auf einen Zeitraum von jedenfalls mehreren Jahrzehnten erstrecken und erfordert den Einsatz von hochqualifiziertem Fachpersonal.

Die Aufwendungen für die Stilllegung und Nachsorge der Deponie können generell über die Abfallgebühr gedeckt werden. Hierzu hat der Landesgesetzgeber in § 12 NAbfG und § 5 NKAG entsprechende Regelungen getroffen.

Hinsichtlich der Deponie Morgenstern besteht eine Vereinbarung mit dem Land Niedersachsen, das sich aufgrund einer unter der Deponie vorhandenen Altlast an den Kosten für die Deponie Morgenstern beteiligt.

Ergänzend sollte im Falle der Bildung eines Zweckverbandes und der Übertragung der Deponien auf den Zweckverband in die Verbandssatzung eine Regelung aufgenommen werden, der zufolge die Landkreise für die jeweils in den Zweckverband eingebrachten Deponien einstehen, sofern sich im Hinblick auf diese Deponie Finanzierungslücken ergeben. Infolge des Urteils des EuGH vom 21.12.2016, Rs. C-51/15 gehen wir davon aus, dass die Übernahme einer finanziellen Einstandspflicht vergaberechtlich zulässig wäre. Im Fall der Bildung eines Zweckverbandes ist dafür Sorge zu tragen, dass auch die beihilferechtlichen Anforderungen erfüllt werden.

Rückstellungen für die Deponien:

Rückstellungen zum 31.12.2015			
KWB	Bedarf	Vorhanden	Forderungen ggb. Dritten
Morgenstern	19,5 Mio. €	1.508.285 €	Beteiligung Land
Bornhausen	13,3 Mio. €	3.278.205 €	
Paradiesgr.		185.670 €	
WLW			
Bornum	ca. 47 Mio. €	37.172.673 €	40.484.771 €, davon sind 11.671.934 € Deponienach-sorgeverpfl.
Weferlingen	0 €	0 €	
Klein Elbe	0 €	0 €	
Roklum	7,35 Mio.€	7.350.000 €	

3. **Gebührensyste**me und **Gebühre**niveau

Des Weiteren hat [GGSC] die **Gebührensyste**me von KWB und WLW gegenübergestellt. Es zeigt sich, dass die Gebührensyste

me zumindest ähnlich ausgestaltet sind. In beiden Landkreisen werden Grundgebühren erhoben, allerdings gibt KWB Goslar 12 Mindestentleerungen vor, während im Landkreis Wolfenbüttel ein fester Entsorgungsrhythmus von 26 Leerungen pro Jahr vorgegeben ist. Beide Landkreise stellen den Anschlusspflichtigen im Vergleich zu anderen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern sehr viele Behältergrößen zur Auswahl und sammeln Bioabfälle getrennt.

	KWB	WLW
Behältergrundgebühr	x	x
12 Mindestleerungen	x	
26 Regelleerungen		x
Behältergröße 120, 240, 660, 770, 1100	x	x
Behältergröße 30, 60		x
Behältergröße 40, 80, 360	x	
Biotonne	x	x
Gesonderte Gebühr Sperrmüll	x	

Ein Vergleich des **Gebühre**niveaus zeigt, das zwischen den Landkreisen Goslar und Wolfenbüttel keine grundlegenden Abweichungen bestehen. Bezogen auf 26 Entleerungen/a ergeben sich für den Landkreis Goslar etwas höhere Werte, während bei 52 Entleerungen pro Jahr der Landkreis Wolfenbüttel ein etwas höheres Gebühre

niveau aufweist.

Gebührenniveau 2017	KWB*	WLW**
Restabfall 120 l Abfallbehälter, 26 Entleerungen/a	172,63 €/a	166,56 €/a
Restabfall 240 l Abfallbehälter, 26 Entleerungen/a	308,71 €/a	293,64 €/a
Restabfall 120 l Abfallbehälter, 52 Entleerungen/a	253,61 €/a	333,12 €/a
Restabfall 240 l Abfallbehälter, 52 Entleerungen/a	470,52 €/a	587,28 €/a
Biotonne 120 l, 26 Entleerungen/a	68,38 €	87,60 €
Abfallsack Restabfall/Stück	2,60 €	4,00 €
Geografische und demografische Daten (Stand: 31.12.2015)***	Landkreis Goslar	Landkreis Wolfenbüttel
Fläche (km²)	965	723
Einwohnerzahl	138.236	120.981
Bevölkerungsdichte (Einwohner/km²)	143,2	167,4

* Satzung über die Erhebung von Gebühren für die Abfallentsorgung im Landkreis Goslar in der Fassung der 2. Änderungssatzung vom 11.11.2016.

** Satzung über die Erhebung von Gebühren für die Abfallbewirtschaftung vom 17.10.2016.

*** Quelle: Landesamt für Statistik Niedersachsen (www.nls.niedersachsen.de)

4. Verträge mit Dritten

Synergien können sich durch die gemeinsame Ausschreibung von Verträgen ergeben. KWB Goslar hat insoweit einen **Vertrag zur Restabfallbehandlung** abgeschlossen, der bis zum Jahr 2023 läuft und eine Verlängerungsoption von 2 x 2 Jahren hat. Der von WLW abgeschlossene Vertrag zur Restabfallbehandlung läuft bis zum Jahr 2020 und weist eine Verlängerungsoption von fünf Jahren auf. Entschließen sich die Landkreise Goslar und Wolfenbüttel einen Zweckverband zu gründen oder im Wege der Zweckvereinbarung zusammen zu arbeiten, so könnten die Laufzeiten in-

soweit auf das Jahr 2025 harmonisiert werden und dann eine gemeinsame Ausschreibung erfolgen.

Die weiteren Verträge zur Verwertung von Altpapier, Verwertung von LVP und von Sickerwasser weisen zum Teil nur kurze Laufzeiten aus, so dass einer gemeinsamen Ausschreibung insoweit nichts im Wege steht.

Überblick Vertragslaufzeiten:

	KWB	WLW
Restabfall-behandlung	SITA/SUEZ 01.06.2015-31.05.2023, Verlängerungsoption 2 x 2 Jahre	MHKW Rothensee GmbH v. 12.08./18.08.2003 Verlängert bis: 31.05.2025
Bioabfall	Biokompost mbH Inhouse-Beauftragung Kündbar binnen 5-Jahres- Frist	Biokompost mbH Inhouse-Beauftragung Kündbar binnen 5-Jahres- Frist
Verwertung Altpapier	k.A.	Smurfit Kappa 01.01.2015 bis 31.12.2016 Verlängerungsoption 1 Jahr (Frist: 30.06.2016)
Verwertung PPK	k.A.	DSD Deutschland GmbH Abstimmungsvereinbarung v. 04.03./18.03.2013 Verlängert bis 31.12.2017
Verwertung LVP	Reclay Vfw GmbH Abstimmungsvereinbarung v. 07.07./29.08.2003 Verlängert bis 31.12.2016	k.A.
Sickerwasser	Abfallwirtschaft Nordharz GmbH V-Ende 31.12.2014, automat. Verlängerg. um jew. 1 Jahr	Xylem Water Solutions Betriebsvertrag bis 16.06.2021, Verlängerungsoption 5 Jahre
Nutzungsvertrag	k.A.	Biokompost mbH Kündbar binnen Jahresfrist

5. Weitere Hinweise

In personeller Hinsicht ergibt sich aufgrund des in den nächsten Jahren bevorstehenden Ruhestandes mehrerer Verwaltungsmitarbeiter derzeit die Situation, dass eine kommunale Zusammenarbeit noch unter Hinzu-

ziehung der langjährigen Erfahrung dieser Mitarbeiter begründet, gleichzeitig die Zusammenarbeit aber auch im Hinblick auf das eingesetzte Personal auf neue Grundlagen gestellt und die Verwaltungsarbeit den sachlichen Erfordernissen entsprechend flexibel umgestaltet werden könnte. Sofern die Möglichkeit der Gründung eines Zweckverbandes weiterverfolgt werden soll, spricht dies dafür, die erforderlichen weiteren Schritte nicht aufzuschieben, sondern alsbald umzusetzen.

E. Kredite und Sicherheiten

Im Zuge der Erarbeitung der Machbarkeitsstudie wurde die Frage aufgeworfen, in welcher Weise die durch einen zu gründenden Zweckverband übernommenen Aufgaben finanziert werden können. Wesentliche Bedeutung kommt dabei der Aufnahme von Krediten zu.

I. Kreditfähigkeit des Zweckverbandes

§ 16 NKomZG regelt die Haushalts- und Wirtschaftsführung von Zweckverbänden und schreibt eine Rangfolge der Finanzierungsmittel vor. Zur Deckung des Finanzbedarfs sind gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 NKomZG primär die „sonstigen Einnahmen“ heranzuziehen, sekundär ist von den Verbandsmitgliedern eine Verbandsumlage zu erheben. Inwiefern ein Zweckverband Kredite aufnehmen kann, wird in § 16 NKomZG nicht unmittelbar geregelt. § 16 Abs. 2 NKomZG erklärt allerdings für die Wirtschafts- und Haushaltsführung des Zweckverbandes die für Kommunen geltenden Rechtsvorschriften über die Kommunalwirtschaft für entsprechend anwendbar.

§ 111 NKomVG, der die Finanzmittelbeschaffung für Gemeinden und Landkreise regelt, erweitert die Rangfolge der Finanzierungsmittel um die Aufnahme von Krediten (§ 111 Abs. 6 NKomVG). Kommunen sind hiernach zur Aufnahme von Krediten berechtigt, *„wenn eine andere Finanzierung nicht möglich ist oder wirtschaftlich unzweckmäßig wäre.“*

Für den Zweckverband bedeutet das gemäß § 16 Abs. 2 NKomZG i.V.m. § 111 Abs. 6 Halbs. 1 NKomVG, dass die Aufnahme eines Kredites grundsätzlich das letzte Mittel der Wahl zur Deckung des Finanzbedarfs darstellen muss und die Finanzierung über „sonstige Einnahmen“ und Umlagen Vorrang hat.

Mit § 111 Abs. 6 Halbs. 2 NKomVG („wenn eine andere Finanzierung wirtschaftlich unzumutbar wäre“) sieht das Landesrecht eine Durchbrechung der Subsidiarität der Kreditaufnahme vor. Diese gilt gleichwohl nicht für jede Art von Krediten. Das NKomVG unterscheidet mit der Niedersächsischen Gemeindehaushalts- und Kassenverordnung (GemHKVO) zwischen „Kredit“ (§ 120 NKomVG i.V.m. § 59 Nr. 32 GemHKVO) und „Liquiditätskredit“ (§ 122 NKomVG i.V.m. § 59 Nr. 36 GemHKVO).

- **Liquiditätskredite** sind gemäß § 59 Nr. 36 GemHKVO Kredite zur Überbrückung des verzögerten Eingangs von Deckungsmitteln (in der Regel kurzfristige Bankverbindlichkeiten, insbesondere Kontokorrentkredite). Ihr Zweck ist es, die Zahlungsfähigkeit der Kommune bzw. des Zweckverbandes vorübergehend abzusichern, nicht aber langfristig zur Deckung des Finanzbedarfs beizutragen. Vom Wirtschaftlichkeitsvorbehalt des § 111 Abs. 6 Halbs. 2 NKomVG werden Liquiditätskredite nicht erfasst. Nach § 16 Abs. 2 NKomZG i.V.m. § 122 Abs. 1 Satz 1 NKomVG dürfen sie lediglich zur rechtzeitigen Leistung von Auszahlungen aufgenommen werden, *„soweit der Kasse keine anderen Mittel zur Verfügung stehen.“* Ein Zweckverband darf Liquiditätskredite demnach erst aufnehmen, wenn eine Finanzierung aus sonstigen Einnahmen und Umlagen nicht möglich ist.

- Vgl. auch Ziff. 2 Abs. 1 RdErl. d. Nds. Ministeriums für Inneres und Sport, vom 21.07.2014, 33.1-10245/1, Kreditwirtschaft der kommunalen Körperschaften einschließlich ihrer Sonder- und Treuhandvermögen, Nds. MBl. 2014, S. 517: Ziff. 2 RdErl. („Kredite zur Liquiditätssicherung“) verweist ausdrücklich nicht auf Ziff. 1.2 Abs. 1 RdErl., wonach Kredite gemäß § 120 Abs. 1 NKomVG aufgenommen werden können, wenn eine andere Finanzierung nicht möglich ist oder wirtschaftlich unzumutbar wäre. -

- Unter **Kredit** versteht § 59 Nr. 32 GemHKVO das unter der Verpflichtung zur Rückzahlung von Dritten oder von Sondervermögen mit Sonderrechnung aufgenommene Geldkapital als endgültiges Deckungsmittel. Dem eindeutigen Gesetzeswortlaut entsprechend unterfallen Kredite dem Wirtschaftlichkeitsvorbehalt des § 16 Abs. 2 NKomZG i.V.m. § 111 Abs. 6 Halbs. 2 NKomVG.

Wann ein Fall der „wirtschaftlichen Unzweckmäßigkeit“ vorliegt und die vorrangige Aufnahme eines Kredites zur Deckung des Finanzbedarfs zulässig ist, wurde in der niedersächsischen Verwaltungsrechtsprechung, soweit ersichtlich, noch nicht geklärt. In der Kommentarliteratur zu den Kommunalverfassungen bzw. Gemeindeordnungen der Länder haben sich indes einige Grundsätze zur Bestimmung der „wirtschaftlichen Unzweckmäßigkeit“ herausgebildet.

Um den Vorrang der Kreditaufnahme zu begründen, bedarf es einer Beurteilung der Umstände des Einzelfalles, wobei haushaltswirtschaftliche Gesichtspunkte ebenso zur Geltung gebracht werden wie gesamtwirtschaftliche.

- So *Thiele (Hrsg.)*, Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz, 2011, § 111 NKomVG, Ziff. 3; *Blum u.a. (Hrsg.)*, PdK KVR Nds, Band B 1 Nds, Stand: November 2014, § 111 NKomVG, Ziff. 4.4.4. -

Eine Kreditaufnahme wird vor diesem Hintergrund regelmäßig als zweckmäßig betrachtet, wenn etwa zinsgünstige oder zinslose Kredite verfügbar sind und vorhandene Eigenmittel ertragsbringend angelegt werden könnten.

- Vgl. *Ade u.a. (Hrsg.)*, PdK NKHR BW, Bd. 9a BW, Stand: Januar 2017, § 87 GemO-BW, Ziff. 2; *Bracker u.a. (Hrsg.)*, PdK KVR SH, Bd. B1 SH, Stand: September 2016, § 76 SH-GO, Ziff. 8. -

Die Aufnahme von Krediten durch einen Zweckverband ist also im Ergebnis unter Beachtung der vorstehenden Grundsätze zulässig.

II. Voraussetzungen der Kreditaufnahme

Die Aufnahme von Liquiditätskrediten und Krediten im Zweckverband unterliegt jeweils unterschiedlich strengen Voraussetzungen:

- **Liquiditätskredite** dürfen gemäß § 16 Abs. 2 NKomZG i.V.m. § 122 Abs. 1 NKomVG ausschließlich zur rechtzeitigen Leistung von Auszahlungen des Zweckverbandes aufgenommen werden. Der Höchstbetrag ist für Kommunen in der Haushaltssatzung und für Zweckverbände entsprechend in der Zweckverbandssatzung festzulegen.

Einer Genehmigung der Kommunalaufsichtsbehörde bedarf der in der Haushaltssatzung (Zweckverbandssatzung) festgelegte Höchstbetrag gemäß § 16 Abs. 2 NKomZG i.V.m. § 122 Abs. 2 NKomVG nur, wenn er ein Sechstel der im Finanzhaushalt (Wirtschaftsplan) veranschlagten Einzahlungen aus laufender Verwaltungstätigkeit übersteigt.

- **Kredite** nach § 16 Abs. 2 NKomZG i.V.m. §§ 111 Abs. 6, 120 NKomVG dürfen ausschließlich für Investitionen, Investitionsförderungsmaßnahmen und Umschuldungen aufgenommen werden. Außer bei Umschuldungsmaßnahmen darf der Zweckverband die Kreditsumme nicht zur Tilgung von Krediten, für Kreditbeschaffungskosten oder zur Finanzierung von Kreditzinsen verwenden.

- Vgl. *Thiele (Hrsg.)*, Niedersächsisches Kommunalverfassungs-gesetz, 2011, § 120 NKomVG, Ziff. 1. -

Kredite sind darüber hinaus nach § 16 Abs. 2 NKomZG i.V.m. § 120 Abs. 1 NKomVG als Einzahlungen im Finanzhaushalt (Wirtschaftsplan) zu veranschlagen. Der Zweckverband hat darüber hinaus Richtlinien für die Aufnahme von Krediten aufzustellen.

Der Gesamtbetrag der im Finanzhaushalt (Wirtschaftsplan) vorgesehenen Kreditaufnahmen für Investitionen und Investitionsförderungsmaßnahmen bedarf gemäß § 16 Abs. 2 NKomZG i.V.m. § 120 Abs. 2 Satz 1 NKomVG im Rahmen der Haushaltssatzung (Zweckverbandssatzung) der Genehmigung der Kommunalaufsichtsbehörde. Einer zusätzlichen Einzelgenehmigung der Kommunalaufsichtsbehörde bedarf es gemäß § 16 Abs. 2 NKomZG i.V.m. § 120 Abs. 4 Satz 1 NKomVG, sobald die Kreditaufnahmen nach § 19 Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft beschränkt worden sind.

III. Sicherheiten

§ 16 Abs. 2 NKomZG i.V.m. § 120 Abs. 7 NKomVG zufolge darf der Zweckverband zur Sicherung von Krediten keine Sicherheiten bestellen, wenn nicht die Aufsichtsbehörde eine Ausnahme zulässt. Ausnahmen kommen in Betracht, wenn die Bestellung von Sicherheiten der Verkehrsübung entspricht (z.B. wird bei Er-

werb eines Grundstückes der Restkaufpreis üblicherweise im Grundbuch abgesichert).

§ 16 Abs. 1 NKomZG zufolge erhebt der Zweckverband von den Verbandsmitgliedern eine Verbandsumlage, soweit die sonstigen Einnahmen nicht ausreichen, um den Finanzbedarf zu decken. Der Zweckverband ist gem. § 1 des Niedersächsischen Gesetzes über die Insolvenzunfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts nicht insolvenzfähig. § 17 Abs.4 NKomZG zufolge gilt der Zweckverband nach seiner Auflösung solange als fortbestehend, soweit der Zweck der Abwicklung es erfordert. Im Ergebnis stehen die Verbandsmitglieder somit unbegrenzt für die Verbindlichkeiten des Zweckverbandes ein. Auch im Hinblick auf diese Regelung verzichten die Kreditinstitute im Fall der Gewährung von Kommunalkrediten regelmäßig auf die Beibringung von Sicherheiten.

In Bezug auf kommunale Anstalten stellt sich die Situation insoweit als nicht als vergleichbar dar, weil nach niedersächsischer Rechtslage keine Gewährträgerhaftung der Anstaltsträger besteht.

Fordert ein Kreditinstitut dennoch im Einzelfall Sicherheiten zu einem zu gewährenden Kredit, kommt die Übernahme von Bürgschaften durch die Verbandsmitglieder in Betracht. Die Übernahme einer Bürgschaft bedarf gem. § 121 NKomVG der Genehmigung durch die Kommunalaufsicht. Zu beachten ist neben der Regelung in § 121 NKomVG der Runderlass des Ministeriums für Inneres und Sport vom 21.07.2014 – 33.1-10245/1 zur Kreditwirtschaft der kommunalen Körperschaften einschließlich ihrer Sonder- und Treuhandvermögen. Außerdem ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Gewährung der Bürgschaft den beihilferechtlichen Vorgaben entspricht.

Zu welchen Kreditkonditionen die Kreditinstitute Kredite gewähren, hängt u.a. von der Einordnung nach der Solvabilitätsverordnung (SolvV) und Art. 116 der Verordnung (EU) 575/2013 ab. Auf Zweckverbände, die bestimmte Anforderungen erfüllen (Übertragung gemeindlicher Aufgaben auf den Zweckverband, Recht zur Erhebung von Umlagen gegenüber den Verbandsmitgliedern, Verbandsmitglieder sind Kommunen, gesetzliche Regelungen zur Haushaltsführung, kommunale Aufsicht) wurde so in der Vergangenheit § 27 Nr. 1 lit a SolvV analog angewandt.

IV. Ergebnis

Ein zwischen den Landkreisen Goslar und Wolfenbüttel zu gründender Zweckverband ist nach niedersächsischem Landesrecht grundsätzlich kreditfähig.

Liquiditätskredite zur kurzfristigen Absicherung der Zahlungsfähigkeit des Zweckverbandes dürfen nur bezogen werden, wenn eine Deckung des Finanzbedarfs aus sonstigen Einnahmen bzw. Umlagen nicht möglich ist.

Kredite für Investitionen, Investitionsförderungs- und Umschuldungsmaßnahmen dürfen bezogen werden, wenn eine Deckung des Finanzbedarfs aus sonstigen Einnahmen bzw. Umlagen nicht möglich ist oder wirtschaftlich unzweckmäßig wäre. Die Grenzen für die Annahme einer wirtschaftlichen Unzweckmäßigkeit werden tendenziell weit gefasst (z.B. ertragsbringendere Anlagemöglichkeiten von Eigenmitteln).

Der Bezug von Liquiditätskrediten und Krediten muss in der Zweckverbandssatzung und im Wirtschaftsplan geregelt sein und bedarf der Genehmigung der Kommunalaufsichtsbehörde.

Auf den Zweckverband sind gem. § 16 Abs. 3 NKomZG die für die Kommunen geltenden Rechtsvorschriften über die Kommunalwirtschaft entsprechend anzuwenden, so dass die Beibringung von Sicherheiten nur im Ausnahmefall erforderlich sein wird.

F. Aufgabe „Breitband“ im Zweckverband

Aufgabe des BLW ist gemäß § 2 Abs. 4 Betriebssatzung WLW der Bau, die Vorhaltung und die Vermietung einer passiven Breitbandnetzinfrastruktur im Kreisgebiet sowie die Vergabe einer Dienstleistungskonzession für den Betrieb des Netzes an private Betreiber bzw. Dienstleister (fortan: Aufgabe „Breitband“, vgl. hierzu auch A.).

Die kommunal- und vergaberechtlichen Vorschriften stehen einer Übertragung der so definierten Aufgabe „Breitband“ im Gebiet des Landkreises Wolfenbüttel auf den Zweckverband nicht entgegen.

Die kommunalrechtlichen Anforderungen an eine Aufgabenübertragung auf einen Zweckverband (§§ 2 und 7 NKomZG) wären erfüllt. Als bisheriger Aufgabenträger

müsste der Landkreis Wolfenbüttel die Übertragung der Aufgabe „Breitband“ auf den Zweckverband gemäß § 2 Abs. 5 Satz 1 NKomZG bei der Kommunalaufsichtsbehörde lediglich anzeigen. Eine Genehmigungspflicht besteht nicht (vgl. C. I. 1. f. dd.).

Die Übertragung der Aufgabe „Breitband“ auf den Zweckverband wäre darüber hinaus ohne vorherige Durchführung eines Vergabefahrens zulässig. Da der Landkreis Wolfenbüttel die Aufgabe vollständig, d.h. einschließlich der Satzungs- und Finanzautonomie, auf den Zweckverband übertragen würde, läge schon kein vergabepflichtiger öffentlicher Auftrag vor (vgl. C. I. 2. a. aa.).

Ergänzend soll nachfolgend zu zwei weiteren Anforderungen Stellung genommen werden, die für eine rechtmäßige Übertragung der Aufgabe „Breitband“ auf den Zweckverband von Bedeutung sind.

I. Keine Ausweitung der Aufgabe „Breitband“ auf den Betrieb des Netzes

Anders als die Aufgaben der Abfallentsorgung oder des Tiefbaus, stellen der Aufbau und der Betrieb einer Breitbandinfrastruktur marktgeprägte Tätigkeiten dar, die allenfalls unter besonderen Voraussetzungen von der öffentlichen Hand wahrgenommen werden können.

- Vgl. Ziffer 4.2 Richtlinie über die Gewährung von Zuwendungen zur Förderung der Breitbandversorgung ländlicher Räume, Nds. MBl. 2015 Nr. 48, S. 1544. -

Die exekutive Rechtsetzung der Bundes- und Landesministerien enthält für die Versorgung der Bevölkerung mit einer Breitbandinfrastruktur Vorgaben, nach denen die öffentliche Hand nur dann tätig werden darf, wenn ein Markt nicht existiert. Bezogen auf ein bestimmtes Versorgungsgebiet darf eine Kommune also nur subsidiär tätig werden, wenn kein privatwirtschaftliches Unternehmen an der Erfüllung der Aufgabe interessiert ist.

1. Durchführung eines Markterkundungsverfahrens

Die Wahrnehmung der Aufgabe „Breitband“ – hier Bau, Vorhaltung und Vermietung einer hier passiven Breitbandnetzinfrastruktur – setzt voraus, dass ein Markterkundungsverfahren stattgefunden hat.

- Vgl. § 4 Rahmenregelung der Bundesregierung zur Bereitstellung von Leerrohren (Kabelschutzrohren) durch die öffentliche Hand zur Herstellung einer flächendeckenden Breitbandversorgung (Bundesrahmenregelung Leerrohre) vom 13.05.2014. -

Der Landkreis Wolfenbüttel (BLW) hat, soweit dies nach den uns vorliegenden Unterlagen ersichtlich ist, für seine bislang erbrachte Tätigkeit im Kreisgebiet entsprechende Markterkundungsverfahren durchgeführt. Wir gehen davon aus, dass diese das Fehlen eines wettbewerblich geprägten Marktes ergeben haben.

- Vgl. etwa Landkreis Wolfenbüttel, Sitzungsvorlage XVII-0070/2012 vom 18.01.2012 über die Errichtung eines Breitbandnetzes im Landkreis Wolfenbüttel, S. 3; Markterkundungsverfahren des Landkreises Wolfenbüttel für Nachverdichtung NGA-Netz, Fristbeginn 28.06.2016. -

Hat der Landkreis Wolfenbüttel ein Markterkundungsverfahren durchgeführt, ist er berechtigt, die Aufgabe „Breitband“ i.S.v. § 2 Abs. 4 Betriebsatzung WLW wahrzunehmen. Einer Übertragung dieser Aufgabe auf den Zweckverband steht dementsprechend nichts entgegen. Einer erneuten Durchführung einer Markterkundung bedarf es für eine rechtmäßige Aufgabenübertragung nicht.

Anderes kann sich ergeben, wenn nach erfolgter Aufgabenübertragung Gebiete erschlossen werden sollen, in denen die Aufgabe „Breitband“ bislang noch nicht erbracht und eine Markterkundung noch nicht durchgeführt wurde.

Darüber hinaus weisen wir darauf hin, dass die Gültigkeit von Markterkundungsverfahren in der Regel zeitlich limitiert ist. Sofern ein Markterkundungsverfahren zwar durchgeführt, die Aufgabe „Breitband“ innerhalb der im Einzelnen festgelegten Frist aber nicht erbracht wurde, ist ggf. ein neues Markterkundungsverfahren durchzuführen.

- Vgl. § 4 Abs. 1 Rahmenregelung der Bundesregierung zur Bereitstellung von Leerrohren (Kabelschutzrohren) durch die öf-

fentliche Hand zur Herstellung einer flächendeckenden Breitbandversorgung (Bundesrahmenregelung Leerrohre) vom 13.05.2014. -

2. Kein „Betrieb“ des Netzes durch den Zweckverband

In den Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau ist festgelegt, dass der Auftrag für eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse – nach durchgeführter Markterkundung – ausschließlich den Ausbau eines Breitbandnetzes, nicht aber das Anbieten von Kommunikationsdiensten für Endkunden umfassen darf. Dem Betrieb, d.h. dem „Ausfüllen“ der passiven Breitbandinfrastruktur mit Technik und der Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen muss zwingend ein Verfahren öffentlicher Auftragsvergabe vorausgehen.

- Vgl. Randnummern 23, 24 Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau (2013/C 25/01), ABl. EU 2013 Nr. C 25/1. -

Ohne vorherige Durchführung eines EU-Vergabeverfahrens wäre es demnach unzulässig, das Aufgabenspektrum des Zweckverbandes über die Aufgabe „Breitband“ i.S.v. § 2 Abs. 4 Betriebssatzung WLW hinaus auf den Betrieb der Infrastruktur zu erweitern. Dies ist im vorliegenden Fall aber auch nicht beabsichtigt. Denn auch die Aufgabe des BLW ist auf den Bau, die Vorhaltung und die Vermietung der passiven Breitbandnetzinfrastruktur begrenzt.

II. Anforderungen des Beihilfenrechts

Enthält die Verbandssatzung eine Regelung zur Finanzierung der Aufgabe „Breitband“ über eine Umlage, ist zu beachten, dass diese den Anforderungen des europäischen Beihilferechts genügen muss.

Gemäß Art. 107 Abs. 1 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Pro-

duktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

In der Rechtsprechung des EuGH ist eine Regelung, wonach ein Zweckverband von seinen Mitgliedern Umlagen erhebt, nur unter bestimmten Voraussetzungen nicht als eine Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV anzusehen.

1. Betrauung mit Gemeinwohlverpflichtung

Das begünstigte Unternehmen muss tatsächlich mit der Erfüllung von klar definierten Gemeinwohlverpflichtungen „betraut“ werden.

- Vgl. *EuGH*, Urteil vom 18.02.2016, Rs. C-446/14 P, KommJur 2016, 225 (227, Randnummer 26) – Zweckverband Tierkörperbeseitigung. -

Unter einer Betrauung im beihilferechtlichen Sinne ist ein Hoheitsakt der öffentlichen Gewalt zu verstehen, mit welchem die Pflicht zur Erfüllung einer hoheitlichen Aufgabe auf ein konkret bezeichnetes Unternehmen übertragen wird.

- Vgl. *Jung*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 106 AEUV, Randnummer 40 ff. -

Der unionsrechtliche Begriff des „Unternehmens“ ist weit auszulegen. Auch Zweckverbände sind hiervon umfasst. Die Satzung des Zweckverbandes müsste nach der vorgenannten Definition eine Bestimmung enthalten, aus der sich ergibt, dass der Zweckverband die Aufgabe des Baus, der Vorhaltung und der Vermietung einer passiven Breitbandinfrastruktur sowie die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen für den Betrieb des Netzes nicht als freiwillige Aufgabe wahrnimmt. Aus der Verbandsatzung muss also eindeutig hervorgehen, dass der Landkreis Wolfenbüttel mit der Aufgabe „Breitband“ seine hoheitliche Pflicht zur kommunalen Daseinsvorsorge in diesem Bereich auf den Zweckverband überträgt.

2. Objektivität und Transparenz der Umlageberechnung

Dem EuGH zufolge sind die Parameter, anhand derer sich der Ausgleich berechnet, schon bei Aufstellung der Verbandssatzung objektiv und transparent aufzustellen.

- Vgl. *EuGH*, Urteil vom 18.02.2016, Rs. C-446/14 P, KommJur 2016, 225 (227, Randnummer 27) – Zweckverband Tierkörperbeseitigung. -

Die Regelungen der Zweckverbandssatzung betreffend die Umlagefinanzierung müssen die Berechnungsweise also möglichst präzise und nachvollziehbar darstellen.

3. Keine Überkompensation

Auch darf der mit der Umlage gewährte Ausgleich *„nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die durch die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtungen entstehenden Kosten unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen [...] aus der Erfüllung dieser Verpflichtung ganz oder teilweise zu decken“*.

- Vgl. *EuGH*, Urteil vom 18.02.2016, Rs. C-446/14 P, KommJur 2016, 225 (227, Randnummer 28) – Zweckverband Tierkörperbeseitigung. -

In der Regelung der Verbandssatzung zur Umlagefinanzierung muss demnach ein Passus enthalten sein, aus dem sich ergibt, dass die Höhe der von den Zweckverbandsmitgliedern erhobenen Umlage in keinem Fall die Höhe der Ausgaben für die Erfüllung der Aufgabe „Breitband“ übersteigen darf und etwaige überschüssige Zahlungen umgehend zurückzuerstatten sind.

4. Maßstab zur Ermittlung der Höhe der Umlage

Dem EuGH zufolge ist die Höhe der Umlage auf der Grundlage einer Kostenanalyse zu bestimmen, „die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen bei der Erfüllung der betreffenden Verpflichtungen hätte“,

wobei auch Einnahmen und angemessene Gewinne aus der Erfüllung der Verpflichtung zu berücksichtigen sind.

- Vgl. *EuGH*, Urteil vom 18.02.2016, Rs. C-446/14 P, KommJur 2016, 225 (227, Randnummer 29) – Zweckverband Tierkörperbeseitigung. -

Bei der Übertragung der Aufgabe „Breitband“ auf den Zweckverband wäre im Voraus eine Kalkulation zu erstellen, aus der sich die voraussichtlichen Kosten und Einnahmen – bezogen auf einen bestimmten Zeitraum – ergeben. Solange die Aufgabe „Breitband“ auf den Zweckverband übertragen ist, muss die Kalkulation in regelmäßigen Abständen angepasst werden, um eine ordnungsgemäße Erfüllung der Aufgabe zu erreichen und Überkompensationen zu vermeiden.

Im Ergebnis erachten wir die Übertragung der Aufgabe „Breitband“ auf den Zweckverband auch unter beihilferechtlichen Aspekten für zulässig. Entscheidend ist, dass die Übertragung als hoheitlicher Betrauungsakt ausgestaltet wird und die vom EuGH aufgestellten Anforderungen an die Ausgestaltung der Umlagefinanzierung eingehalten werden.

G. Zusammenfassung und Ausblick

Zusammenfassend ist Folgendes festzuhalten:

- Die Gründung eines Zweckverbandes ist kommunalrechtlich zulässig.
- Die Zweckverbandsgründung kann jedenfalls dann vergabefrei erfolgen, wenn eine vollständige Aufgabenübertragung auf den Zweckverband stattfindet, keinerlei Weisungsrechte bei den Landkreisen verbleiben und der Zweckverband über eine umfassende Finanzautonomie verfügt. Einzelne Aufgaben könnten daneben nach § 108 Abs. 4 GWB im Inhousegeschäft beauftragt werden.
- Hinsichtlich der Aufgaben des Rettungswesens, des Breitbandausbaus und des Tiefbaus würden sich bei Übertragung dieser Aufgaben auf den Zweckverband keine Synergien ergeben, weil diese Aufgaben jeweils nur von einem Landkreis auf den Zweckverband übertragen werden sollen.
- Durch die gemeinsame Wahrnehmung der Aufgabe Abfallwirtschaft können Synergieeffekte entstehen. Der Eintritt von Synergieeffekten hängt von der

konkreten Organisation der Aufgaben im Zweckverband ab. Im Fall der Gründung eines Zweckverbandes sind Synergien in dem nachfolgend dargestellten Umfang möglich:

	KWB	WLW	Mögliche Synergien im Zweckverband
Einsammeln und Befördern von Abfällen im Kreisgebiet	ja	ja	Möglichkeit der gemeinsamen Tourenplanung. Vorteilhaft insb. mit Blick auf die räumliche „Teilung“ des Landkreises Wolfenbüttel durch die Stadt Salzgitter.
Eigener Fuhrpark	ja	ja	Unterhaltung eines gemeinsamen Fuhrparkes. Vorteilhaft insb. mit Blick auf gemeinsame Tourenplanung; Spezialfahrzeuge (z.B. Schadstoffmobil) könnten gemeinsam genutzt werden; Reduzierung von Wartungskosten und Verwaltungsaufwand. Einsparungen aufgrund gemeinsamer Ausschreibungen.
Personal	ja	ja	Auf Leitungsebene kann der Einsatz von Personal voraussichtlich reduziert werden. Auf Verwaltungsebene können Aufgaben gemeinsam wahrgenommen werden. Hierdurch können sich Einsparungen bei den Personalkosten ergeben.
Rekultivierung, Stilllegung und Nachsorge von Deponien	ja	ja	KWB und WLW sind für die Stilllegung, Rekultivierung und Nachsorge ihrer Deponien verantwortlich. Hierfür ist bezogen auf einen Zeitraum von jedenfalls mehr als 30 Jahren qualifiziertes Personal erforderlich, das im Fall der Gründung eines Zweckverbandes gemeinsam eingesetzt und ausgelastet werden könnte.
Verantwortlichkeit für die Sickerwasserentsorgung	ja	ja	Durchführung gemeinsamer Vergabeverfahren für die Sickerwasserentsorgung möglich; vorteilhaft insb. mit Blick auf Vertragskonditionen.

Bioabfallverwertung über die Biokompost GmbH	ja	ja	Gemeinsame Ausübung der Gesellschafterstellung; Erhöhung der Planungssicherheit der Biokompost GmbH, dadurch ggf. effektivere Aufgabenwahrnehmung.
Entsorgungsverträge (Restabfall, LVP)	ja	ja	Durchführung gemeinsamer Vergabeverfahren möglich, v.a. mit Blick auf Laufzeiten aktueller Verträge; vorteilhaft insb. mit Blick auf Vertragskonditionen und umlagefähige Kosten.
Erhebung von Abfallgebühren, Gebührenkalkulation und Erlass der Satzungen	ja	ja	Synergien durch gemeinsame Wahrnehmung der Aufgaben, auch im Fall getrennter Einrichtungen für die Landkreise Goslar und Wolfenbüttel.

Durch die vorgenannten Synergien sind keine umfassenden Einsparungen zu erwarten. Möglichen Einsparungen stehen außerdem die Kosten der Umsetzung einer kommunalen Zusammenarbeit gegenüber. Dennoch kann sich die Zusammenarbeit langfristig betrachtet im Hinblick auf die vorgenannten Erwägungen als sinnvoll erweisen.

Alternativ zu der Gründung eines Zweckverbandes wäre auch der Abschluss einer Zweckvereinbarung zulässig. Der Abschluss einer Zweckvereinbarung erscheint aber als nicht sinnvoll. Denn eine Zweckvereinbarung setzt voraus, dass jeweils nur einer der beteiligten Landkreise die Aufgabe wahrnimmt. Synergien sind hier aber gerade aufgrund der Zusammenführung der beiden Eigenbetriebe zu erwarten.

Im Fall der Gründung eines Zweckverbandes können die Aufgaben der Abfallentsorgung für den Landkreis Goslar und den Landkreis Wolfenbüttel – zumindest für einen Übergangszeitraum – in zwei getrennten Einrichtungen Abfallentsorgung erbracht werden. Für das Gebiet des Landkreises Wolfenbüttel und des Landkreises Goslar kann so auch künftig getrenntes Satzungsrecht erlassen werden. Zwingend ist dies nicht.

Die sich durch die gemeinsame Wahrnehmung der Aufgaben ergebenden Auswirkungen sind von der konkreten Ausgestaltung der Wahrnehmung der Aufgabe durch den Zweckverband abhängig. In der Beschlussvorlage zur Gründung des Zweckverbandes sind die Vor- und Nachteile detailliert darzustellen.

Sofern sich die Landkreise Goslar und Wolfenbüttel dafür entscheiden, die Bildung eines gemeinsamen Zweckverbandes weiterzuverfolgen, schlagen wir vor, nunmehr folgende Arbeitsschritte umzusetzen:

- Ausgestaltung der Regelungen in der Verbandsordnung des Zweckverbandes insbesondere zu Aufgabenzuschnitt, finanzieller Verantwortung und Stimmrechten,
- Vorlage der Wirtschaftlichkeitsbetrachtung nach § 7 Abs. 5 NKAG und vertiefte Betrachtung der wirtschaftlichen Folgen der Gründung eines Zweckverbandes,
- Vertiefung der Darstellung der finanziellen Situation der Deponien und Regelungsmöglichkeiten in der Verbandsordnung,
- mögliche Aufgabenverteilung im Hinblick auf die Erzielung von Synergien auf dem Gebiet der Abfallwirtschaft,
- Ausgestaltung der Regelungen zum Rettungsdienst – Verbleib der Trägerschaft beim Landkreis Goslar,
- Einbindung der Kommunalaufsichtsbehörde,
- steuerliche Prüfung
- erneute Befassung der Kreistage und Vorstellung der Eckpunkte einer möglichen Zusammenarbeit in einem Zweckverband.

Anlagen