

I. Zusammenfassung des Vorgehens zur Variantenvergleiche

Auf der Grundlage der Abstimmungen mit den städtischen Vertretern über die zu betrachtenden Organisationsformen, geeignete Bewertungskriterien sowie das zu berücksichtigende Leistungsspektrum haben wir folgende Formen der Leistungserbringung in Unternehmensform miteinander verglichen:

- Eigenbetrieb nach §§ 92 Abs. 2 Nr. 1, 93 BbgKVerf
- Kommunale Anstalt öffentlichen Rechts, §§ 92 Abs. 2 Nr. 2, 94 BbgKVerf
- Kommunale GmbH, §§ 92 Abs. 2 Nr. 3, 96 BbgKVerf
- Gemischtwirtschaftliche GmbH (ÖPP), § 92 Abs. 2 Nr. 4 BbgKVerf
- Fremdleistung / reine Beauftragung Dritter

Diese Formen bzw. Varianten wurden sowohl anhand wirtschaftlicher als auch auf der Grundlage qualitativer Kriterien bewertet und gegenübergestellt. Hierfür wurden zunächst die maßgeblichen Rahmenbedingungen des Kommunalabgaben- und Kommunalwirtschaftsrechts, des Vergaberechts und des Steuerrechts ermittelt.

Ausgangspunkt der wirtschaftlichen (monetären) Vergleiche waren dabei anknüpfend an die Prämissen des Kommunalwirtschaftsrechts die voraussichtlichen Kosten der Leistungserbringung durch einen beauftragten Dritten. Insofern gilt nach § 91 Absatz 3 Satz 1 und 2 BbgKVerf grds. ein Vorrang der Drittbeauftragung, sofern Leistungen von privaten Anbietern wirtschaftlicher erbracht werden können. Dazu sind Angebote einzuholen oder Vergleichsberechnungen vorzunehmen.

In diesem Sinne wurden von ECONUM zunächst Leistungskosten eines potentiellen Dritten ermittelt. Anhand dieser wurden über bestimmte Zu- und Abschläge sowie unter Berücksichtigung der jeweils einschlägigen steuerrechtlichen Rahmenbedingungen die Leistungskosten für die anderen Organisationsformen abgeschätzt.

Bei der Bewertung anhand der qualitativen Kriterien wiederum wurden die Organisationsformen insgesamt unter drei großen Kriteriengruppen verglichen:

- Zum ersten wurden solche Kriterien zusammengefasst, welche durch die Einflussmöglichkeiten und die Steuerung durch die Stadt gekennzeichnet sind (z.B. die Einwirkung auf das Leistungsniveau, Qualität, Personalvergütung, Umweltschutz, Flexibilität der Aufgabenerweiterung oder -änderung unter Berücksichtigung vergaberechtlicher Anforderungen sowie der Besonderheiten der Errichtung der jeweiligen Organisationsform).
- In einer zweiten Gruppe wurden Aspekte betreffend den unternehmerischen Spielraum (geprägt durch Bindung an das Vergaberecht und das Kommunalwirtschaftsrecht) sowie der Einfluss struktureller Aspekte auf Haftungsrisiken und Haftungsregime bewertet.
- Als Drittes wurden die Anforderungen an die Umsetzung und den Realisierungsaufwand in praktischer wie rechtlicher Hinsicht (Beschaffung von Ressourcen, Anzeige- oder Genehmigungserfordernisse u.ä.) einander gegenübergestellt.

II. Ergebnisse der qualitativen Variantenvergleichung

Bei der qualitativen Variantenvergleichung näherten sich die Bewertungen im Ergebnis der Durchschnittswerte über alle Kriterien angesichts der Vielzahl und auch Gegenläufigkeit der angesetzten Kriterien durchaus an. Die Bewertungsergebnisse für die ersten beiden o.g. Kriteriengruppen stehen sich dabei quasi spiegelbildlich gegenüber. Die dritte Kriteriengruppe ist in ihrer Bedeutung für die Umsetzung jedoch nicht zu vernachlässigen. Insgesamt lässt sich Folgendes zusammenfassen:

1. Kriterienruppe Einfluss/Steuerung /Transparenz /Änderung der Leistung

In dieser Gruppe schneiden diejenigen Organisationsformen besonders gut ab, die eine rein kommunale Aufgabenerfüllung erlauben (Eigenbetrieb, Anstalt, aber auch GmbH). Die dortigen Entscheidungsstrukturen und -wege begünstigen eine effektive Einflussnahme. Je mehr sich die Form der Beteiligung eines privatwirtschaftlichen Unternehmens öffnet, umso geringer wird dagegen die Einflussmöglichkeit der Stadt auf Einzelbereiche der Leistung und umso mehr nimmt die Flexibilität der Änderung des Leistungsspektrums aus Gründen des Vergaberechts ab: Müssen die Leistungen im Vergabewege beauftragt werden (was bei Dritt-leistung und ÖPP-Gesellschaft der Fall ist), sind spätere Änderungen und Ergänzungen der beauftragten Leistungen nur nach § 132 GWB zulässig.

2. Kriteriengruppe unternehmerische Spielräume und Risiken

In dieser Gruppe können tendenziell die der Stadt entferntesten Organisationsformen (Dritt-beauftragung, ÖPP) bessere Bewertungen erzielen: Löst sich die Organisationsform aus der Beteiligung der Stadt, wird ihr unternehmerischer Handlungsspielraum außerhalb des Auftrages nicht zuletzt deshalb größer, weil die Organisation dann nicht mehr zur Anwendung des Vergaberechts verpflichtet ist. Dies bedeutet in organisatorischer Hinsicht für die Stadt zwar keinen gesonderten Vorteil, sie kann davon aber je nach Situation profitieren (v.a. durch günstigere Kosten, schnellere Ersatzbeschaffung).

Daneben ist hier zwischen öffentlich-rechtlichen Organisationsformen einerseits und privatrechtlichen Organisationsformen andererseits hins. der vergaberechtlichen Bindungen nochmals zu unterscheiden: Der Spielraum z.B. für kurzfristige Beschaffungen ist bei den öff.-rechtlichen Organisationsformen am engsten, da diese sowohl oberhalb als auch unterhalb der sog. Schwellenwerte das Vergaberecht zu beachten haben (so Rundschreiben zum Kommunalen Auftragswesen im Land Brandenburg vom 26.08.2019, Ministerium des Innern und für Kommunales). Dagegen unterliegen die privatrechtlichen Organisationsformen der Eigengesellschaft und der gemischten Gesellschaft (ÖPP) nur bei Überschreiten der sog. Schwellenwerte dem Vergaberecht. Unterhalb sind Beschaffungen flexibler möglich.

Drittgeschäfte sind dagegen bei allen Varianten mit Beteiligung der Stadt durch das Kommunalwirtschaftsrecht begrenzt auf sog. Rand- und Annexstätigkeiten nach § 91 Absatz 5 BbgK-Verf. Dies gilt auch für die ÖPP. Lediglich der beauftragte Dritte kann sich hier frei betätigen.

Nicht zu unterschätzen ist, dass bei der Beauftragung eines Dritten und bei Beteiligung Dritter an der Organisationsform (ÖPP) durchaus Risiken potentieller Konflikte mit dem Auftragnehmer (u.a. Steuerungskonflikte zwischen öffentlichem und privatem Partner, gegenläufige Interessen zu Transparenz und Leistungsentgelt/Gebührenhöhe, klare Abgrenzung von ge-

bührenfinanzierten Tätigkeiten ggü. andere Leistungen des Partners) zunehmen und die reibungslose Leistungserbringung stören können. Dies wird aber durch die stark minimierten Risiken bei der Ingangsetzung und fachlichen Unterstützung durchaus aufgewogen. Insbesondere ist auch das Haftungs- und Vorfinanzierungsrisiko der Stadt in der Variante der ÖPP - ähnlich wie bei Fremdbeauftragung und der kommunaler GmbH - reduziert: Investitionen werden durch eine eigenständige Organisation getätigt. Selbst bei Beteiligung der Stadt an dieser Organisation (im Fall der ÖPP) kann durch Wahl der Rechtsform der GmbH die Haftung auf deren Vermögen beschränkt werden - ein deutlicher Vorteil z.B. ggü. der Gewährträgerhaftung der Anstalt.

3. Kriteriengruppe Umsetzungsaufwand

Die dritte Gruppe betrifft – wie auch in den Diskussionen betont wurde – einen Aspekt, der im Wesentlichen in der Gründungs- und Errichtungsphase relevant wird. Da die Ausgangslage der Stadt hier jedoch mangels Heimfall- oder Rückerwerbsrechten im Vertrag dadurch gekennzeichnet ist, dass die Stadt über keine Ressourcen und auch nicht über Personal verfügt, kommt diesem Aspekt hier nicht zu unterschätzende Bedeutung zu.

Eher zweitrangig sind dabei die rechtlichen Anforderungen an die Umsetzung, welche Anzeige- und Genehmigungserfordernisse, Beachtung von Vergabevorschriften u.ä. umfassen.

Ausschlaggebend sind vielmehr der praktische Umsetzungsaufwand und die Ingangsetzung der Organisation: Die diesbezüglichen Schritte zum Erwerb geeigneter Grundstücke, der Personalbeschaffung etc. stellen sich als immense Herausforderung dar, die mit hohen Risiken der Realisierbarkeit verbunden ist.

Unter diesem Aspekt schneiden daher angesichts der hiesigen Ausgangslage tendenziell die Varianten, welche eine Beschaffung der Ressourcen durch einen Dritten beinhalten (ÖPP und Fremdleistung) besser ab. Die anderen Varianten erscheinen kaum planbar, da zahlreiche unsichere Annahmen (Übergang von Personal, Bereitschaft der Grundstückseigentümer zur Veräußerung der geeigneten Grundstücke etc.) bestehen.

Zwischenergebnis qualitative Bewertung:

Im Ergebnis der qualitativen Bewertung wird damit deutlich, dass aus Gründen einer effektiven Steuerung und flexiblen Anpassung des Leistungsspektrums grds. diejenigen Varianten zu bevorzugen sind, welche der Stadt eine vergabefreie Gestaltung und zentrale Einflussnahme ermöglichen. Dies sind der Eigenbetrieb, die GmbH (bei In-House-Beauftragung) und (nachrangig) die Anstalt (bei Aufgabenübertragung mit Gebührenhoheit oder aber bei bloßer In-House-Beauftragung).

Die tatsächliche Ausgangslage jedoch weist gewisse Zwangspunkte auf, die nicht außer Betracht bleiben dürfen: Der vollständige Aufbau einer Organisationsform ohne Rückgriff auf bisherige Erfahrungen und ohne gesicherte Beschaffungsmöglichkeit von Grundstücken und Personal lässt sich aus der aktuellen Situation heraus u.E. für die Stadt kaum bewältigen. Ihr stehen daher realistischer Weise im Ergebnis der qualitativen Betrachtung zwei Möglichkeiten zur Verfügung:

- die (nach Kommunalwirtschaftsrecht stets mögliche) vollständige Fremdleistung sowie
- die Beauftragung und Gründung einer Gesellschaft mit einem privaten Partner (ÖPP).

Mit Blick auf die Steuerungsmöglichkeiten der Stadt ist die Variante der ÖPP ggü. der reinen Fremdleistung vorzugswürdig. Bei letzterer beschränken sich die Einwirkungsmöglichkeiten auf die Anforderungen, die im Vergabeverfahren und im Leistungsvertrag gestellt werden können. Dagegen kann der Auftraggeber bei der ÖPP als Mehrheitsgesellschafter neben dem Leistungsvertrag auch über seine Gesellschafterstellung Einfluss ausüben, nicht zuletzt auch auf ein angemessenes Lohnniveau im Gegensatz zur Drittbeauftragung hinwirken. Allerdings setzt dies voraus, dass der künftige Mitgesellschafter entsprechende Entscheidungsbefugnisse der Stadt bereit ist zu akzeptieren, was sich erst im durchzuführenden Verhandlungsverfahren herausstellt. Jedenfalls aber fällt die Einflussmöglichkeit auf die betriebliche Entwicklung und Leistung höher aus als bei der reinen Fremdleistung. Nur so kann sich die Stadt überdies die erforderliche Erfahrung für eine langfristige Eigenerbringung aneignen.

III. Zusammenfassung und Ergebnisse der wirtschaftlichen Variantenvergleichung

1. Vorgehensweise und Bewertungsgrundlagen

Der wirtschaftlichen Variantenvergleichung liegt zunächst eine neutrale Ermittlung der voraussichtlich anfallenden Kosten für den Ist-Zustand (Fremdvergabe der Leistungen) zugrunde.

In einem ersten Schritt sind dabei Soll-Einsatzstunden bzw. Soll-Kapazitäten für das einzusetzende Personal und die einzusetzende Technik (i.d.R. Fahrzeuge) festgelegt worden. Bei der Festlegung wurden alle relevanten individuellen Einflussgrößen wie Mengengerüste (Abfallmengen, Leerungen, Reinigungslängen usw.), logistische Rahmenbedingungen (Bebauungsstrukturen, realistische Annahmen für Standorte, Fahrtstrecken, usw.) und organisatorische Rahmenbedingungen (gegenwärtige Sammelsysteme, Abfuhrhythmen, Öffnungszeiten usw.) berücksichtigt.

In einem zweiten Schritt sind die Soll-Einsatzstunden bzw. Soll-Kapazitäten kostenseitig bewertet worden. Diese sog. Soll-Kosten wurden auf dem Marktpreisniveau für Technikanschaffungskosten und Betriebskosten zum Berechnungszeitpunkt (Anfang 2022) und Erfahrungswerten u.a. für Kraftstoffverbräuche und Reparaturen und betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauern für die Technik ermittelt.

Folgende Grundlagen und Annahmen einschließlich der daraus resultierenden Unterschiede wurden darüber hinaus bei der Ermittlung der Kosten im Rahmen der wirtschaftlichen Bewertung der Organisationsformen berücksichtigt:

1.1 Vergabegrundsätze / Preisbildung / Gewinnansatz, -verwendung und -besteuerung

Während beim Eigenbetrieb und der kommunalen Anstalt (jeweils selbst Aufgabenträger für die gebührenfinanzierten Leistungen) generell eine Kalkulation der Leistungskosten nach Kommunalabgabenrecht erforderlich ist, kommt bei der kommunalen GmbH eine Kalkulation der Leistungsentgelte nach öffentlichem Preisrecht (hier von Selbstkostenpreisen) zum Ansatz. Bei der gemischtwirtschaftlichen GmbH (ÖPP) und der reinen Beauftragung Dritter erfolgt dagegen idealerweise eine Preisbildung im Wettbewerb (Marktpreise).

Den Prämissen des KAG folgend (siehe dazu auch unten noch Ziffer V., dort 2), wurden bei Ermittlung der Leistungskosten für die verschiedenen Varianten beim Eigenbetrieb, der kommunalen Anstalt und der kommunalen GmbH generell keine kalkulatorischen Gewinne angesetzt (Ausnahme bei nicht gebührenfinanzierten Leistungen der kommunalen GmbH). Bei

der ÖPP-GmbH und der reinen Beauftragung Dritter sind dagegen Gewinne auf derzeitig marktüblichem Niveau angesetzt worden. Die auf die kommunale Beteiligung entfallenen Gewinnanteile der ÖPP-GmbH wurden, soweit sie aus gebührenfinanzierten Leistungen resultieren, nach Abzug der Ertragssteuern den Gebühren wieder „gutgeschrieben“.

Die insbesondere auf die Gewinne entfallende Gewerbesteuer bei der ÖPP-GmbH und der reinen Beauftragung Dritter wurden als Einnahmen im allgemeinen Haushalt der Stadt berücksichtigt.

1.2 Vergütung Personal

Beim Eigenbetrieb ist eine Vergütung nach TVöD zwingend. Bei der kommunalen Anstalt und der kommunalen GmbH kann diese vereinbart werden, jedoch ist hier alternativ auch der Abschluss eines Haustarifvertrages mit einer unter gegenwärtigen Maßstäben deutlich geringeren Vergütung möglich. Allerdings ist hier der politische und gewerkschaftliche Druck nach Angleichung an den TVöD-Tarif nicht zu unterschätzen. Bei der gemischtwirtschaftlichen GmbH (ÖPP) und der reinen Beauftragung Dritter wird dagegen von einer Entlohnung ausgegangen, die im Gegensatz zu den vorgenannten Organisationsformen (abgestuft) deutlich geringer ist. Das Brandenburgische Vergabegesetz zieht hier eine Untergrenze ein.

1.3 Beschaffungskonditionen / Synergien

Bei den kommunalen Organisations- und Rechtsformen wird von Mehrkosten insbesondere bei der Beschaffung von Fahrzeugen und Behältern/Containern ausgegangen, da diese nicht von einer Teilhabe an Beschaffungskonditionen der Privatwirtschaft (Konzernkonditionen) profitieren können. Analoges gilt hinsichtlich der Instandhaltungsleistungen.

Auch im Gemeinkostenbereich wurden bei der gemischtwirtschaftlichen GmbH (ÖPP) und der reinen Beauftragung Dritter Synergien zum sonstigen Geschäft der beteiligten Dritten berücksichtigt.

1.4 Umsatzsteuer

Da auch unter Berücksichtigung der Rechtslage des UStG zum 1.1.2023 die Gebührenerhebung durch einen Aufgabenträger bis auf wenige Ausnahmen voraussichtlich nicht der Umsatzsteuerpflicht unterliegt, ergeben sich insoweit bei der Gebührenerhebung durch den Eigenbetrieb und durch die kommunale Anstalt Vorteile bei den gebührenfinanzierten Leistungen Abfallentsorgung und Straßenreinigung.

2. Mögliche Synergien zu weiteren Leistungen/Organisationseinheiten

Ausdrücklich gewünscht war zur Gewinnung weiterer Synergien auch die Betrachtung einer interkommunalen Zusammenarbeit mit dem Spree-Neiße-Kreis im Bereich Abfallwirtschaft und die Einbeziehung der folgenden weiteren Leistungen/Organisationseinheiten:

- Umladung von Abfällen (Restabfall, Sperrmüll und Altpapier)
- Straßenunterhaltung
- Reinigung / Winterdienst Grün-/Verkehrsflächen, Immobilien

- Grün- und Parkanlagen Stadt Cottbus (GPC) – hier gemeinsamer Eigenbetrieb oder kommunale Anstalt
- zusätzliches gewerbliches Geschäft
- Amt für Abfallwirtschaft und Stadtreinigung (Integration in Eigenbetrieb oder kommunale Anstalt infolge Aufgabenübertragung)

In diesem Zusammenhang wurde auch eine separate Ausschreibung der Fäkalienabfuhr (außerhalb des in Rede stehenden Verfahrens) in die Betrachtung einbezogen, da zum einen diese Leistungen auch vom derzeit Drittbeauftragten vollständig unterbeauftragt wurden und bei diesen kleineren ortsansässigen Firmen geeignetes know how vorhanden ist. Zum anderen wird dieser Bereich mittelfristig aufgrund des Anschlusses von immer mehr Grundstücken an das öffentliche Abwassernetz an Bedeutung verlieren.

Bei der möglichen Kooperation mit dem Spree-Neiße-Kreis wiederum erschien die Organisationsform der gemeinsamen GmbH am besten geeignet: Sie lässt die Ermittlung gesonderter Leistungsentgelte je Auftraggeber zu und erlaubt damit, dem unterschiedlichen Aufwand und den unterschiedlichen Ausgangslagen für die Entsorgungsstruktur in Stadt und Kreis Rechnung zu tragen. Ferner ist diese Organisationsform für die zusätzliche Beauftragung mit weiteren Leistungen grds. auch durch einen Partner offen. Bei der Gründung einer gemeinsamen Organisation, welche ihrerseits Gebühren erheben kann (Zweckverband oder Anstalt), würde sich demgegenüber die unterschiedliche Ausgangslage in Stadt und Kreis voraussichtlich in nachteiligen Gebührensätzen niederschlagen. Die Bildung zweier getrennter Einrichtungen im Sinne des Kommunalabgabenrechts ließe sich voraussichtlich schwer begründen.

3. Ergebnis der wirtschaftlichen Variantenvergleichung

Unter Berücksichtigung der vorgenannten Bewertungsgrundlagen und unter Einbeziehung möglicher Synergien zu weiteren Leistungen/Organisationseinheiten ergeben sich letztendlich bei einer monetären Betrachtung (im Vergleich zur Beauftragung Dritter ausschließlich mit den Leistungen Abfall- und Fäkalienentsorgung, Straßenreinigung und Winterdienst) die folgende Mehr- bzw. Wenigerbelastungen (gesamthaft für den Gebührenhaushalt und den allgemeinen Haushalt der Stadt Cottbus):

Organisations- und Rechtsform	Vergütung Personal (Tarif)	Mehrbelastung (+) / Wenigerbelastung (-) ggü. Beauftragung Dritter	
		ausschließlich Abfall/Fäkalien, Straßenreinigung, Winterdienst	zusätzliche Einbeziehung von Synergien zu weiteren Leistungen / Organisationseinheiten / Wegfall Fäkalienabfuhr
1	2	3	4
Eigenbetrieb	TVÖD	- 3%	- 17%
Kommunale Anstalt	TVÖD	- 3%	- 13%
Kommunale Anstalt	Haustarif	- 12%	- 28%
Kommunale GmbH	TVÖD	+ 7%	+ 1%
Kommunale GmbH	Haustarif	- 3%	- 17%
ÖPP-GmbH (Vergabe im Wettbewerb)	Haustarif	+ 1%	- 10%
Beauftragung Dritter (Vergabe im Wettbewerb)	Haustarif	+ 0%	+ 0%

Sofern bei der Kommunalen Anstalt ein Haustarif langfristig durchsetzbar wäre, stellt sich diese Organisations- und Rechtsform vor allem mangels Umsatzsteuerpflicht bei eigenständiger Gebührenerhebung und mangels möglichen Gewinnansatzes als die günstigste Variante für die gebührenfinanzierten Leistungen dar.

Im Gegensatz dazu stellt sich die kommunale GmbH mit Vergütung nach TVöD aufgrund des Zusammenfalls mehrerer kostentreibenden Faktoren (Entlohnung, Umsatzsteuer, Beschaffungskonditionen/Synergien) trotz mangelnden Gewinnansatzes als ungünstigste Variante dar. Bei allen anderen Varianten gleichen sich Vor- und Nachteile zum großen Teil aus.

Die Berechnungen gehen für die Bereiche Abfall/Fäkalien, Straßenreinigung, Winterdienst von einem Investitionsvolumen in Höhe von ca. 15 Mio. € zzgl. USt. aus. Ca. 45% davon betrifft die Anschaffung von Grundstücken, Gebäuden und Außenanlagen. Der Personalbedarf wird mit 76 Personen, davon 11 in der Verwaltung (einschließlich Disposition und Einsatzleitung) eingeschätzt. Die Anforderungen des Saubere-Fahrzeuge-Beschaffungsgesetzes wurden dabei noch nicht berücksichtigt, dürften künftig aber letztendlich bei allen untersuchten Organisationsvarianten für vergleichbare Kostensteigerungen sorgen, ebenso wie mögliche Gesetzesänderungen.

Auf die naturgemäß derartigen Prognoserechnungen anhaftenden Unschärfen wird daher an dieser Stelle ausdrücklich hingewiesen.

4. Ergänzende Risikoabwägung unter finanziellen Aspekten (über o.g. wirtschaftliche Bewertung hinaus)

Die wirtschaftliche Bewertung einer Variante mit Blick auf die Leistungskosten ist auch davon abhängig, inwieweit diese größeren oder kleineren Risiken einer Veränderung im Laufe der Zeit unterliegen, unabhängig von allgemeinen Änderungsrisiken infolge Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse, der fachspezifischen Gesetzgebung u.ä.

4.1 Belastung allgemeiner Haushalt (insbesondere durch Investitionen)

Investitionen bzw. die Aufnahme von Fremdkapital belasten beim Eigenbetrieb den Vermögenshaushalt der Stadt am höchsten, bei allen anderen Organisationsformen mit städtischer Beteiligung ist die Belastung geringer bzw. (bei Kreditaufnahme und Finanzierung durch eine eigenständige Organisationsform sowie insbesondere bei der Fremdvergabe) nicht vorhanden. Die Belastung des Vermögenshaushaltes der Stadt hängt insbesondere bei den Rechtsformen Anstalt und GmbH (mit oder ohne private Beteiligung) auch davon ab, inwieweit den Kreditgebern die Immobilien und Dienstleistungsaufträge der Stadt als Sicherheit ausreichen oder aber ggf. zusätzliche Sicherheiten durch die Stadt verlangt werden.

4.2 Ausschreibungsrisiko

Bei Vergabe an Dritte ist das Ausschreibungsrisiko insbesondere unter Berücksichtigung der gegenwärtigen Marktsituation (wenig Wettbewerb durch Konzentration) am höchsten.

Bei Vergabe der Leistungen an eine ÖPP-GmbH ist das Risiko dagegen etwas geringer, da hier ein Verhandlungsverfahren zulässig ist und durchaus großes Interesse Privater an ei-

ner langfristigen Partnerschaft mit der Stadt zu erwarten ist. Dennoch ist auch hier das Risiko eines eingeschränkten Wettbewerbes aufgrund der spezifischen Ausgangslage in der Stadt für die maßgeblichen Leistungen erhöht.

4.3 Personalkostenrisiko

Das Personalkostenrisiko, also das Risiko einer überproportionalen Erhöhung der Personalkosten ggü. regelmäßiger Steigerung bei TVöD, ist bei Zahlung eines Haustarifs und ohne das "Gegenwirken" eines privaten Mitgesellschafters am höchsten, hier bei Anstalt und GmbH.

4.4 Sonstiges Kostenrisiko

Die sonstigen Kostenrisiken im Sinne des (vor allem personellen) Aufwandes für den Einkauf und der Erlangung günstiger Einkaufskonditionen sind bei Bindung an vergaberechtliche Verfahren, die bei Eigenerbringung der Leistungen einschließlich einer Inhouse-Vergabe zu berücksichtigen sind, tendenziell höher. Gewisse Erleichterungen kann die GmbH bei sog. Unterschwellenvergaben beanspruchen (s.o.).

Bei Mitwirkung eines starken privaten Mitgesellschafters können dagegen in der Regel attraktivere Einkaufskonditionen und Angebote für die Beschaffung von (Fahrzeug-)Technik, z.T. auch baulicher Anlagen) erzielt werden.

4.5 Umsatzsteueränderungsrisiko

In nicht schon wegen ihrer Rechtsform umsatzsteuerpflichtigen Einheiten (Eigenbetrieb und Kommunale Anstalt) besteht ein geringeres Kostensteigerungsrisiko aus einer eventuellen Änderung des Umsatzsteuersatzes, da diese insbesondere keinen Einfluss auf den Personalkostenanteil hat. Das Risiko der Erhöhung des Umsatzsteuersatzes betrifft daher verstärkt die umsatzsteuerpflichtigen Formen der Beauftragung mit der Leistungserbringung, also GmbH, ÖPP und Dritten.

Andererseits hätte eine – derzeit seitens der Bundesregierung nicht geplante - generelle Änderung der Besteuerung der öffentlichen Hand starke negative Auswirkungen bei bisher nicht steuerpflichtigen Einheiten bzw. Bereichen. Dieses Risiko ist bei Eigenbetrieb und Anstalt gegeben. Risikoarm stehen insoweit die bereits jetzt umsatzsteuerpflichtigen Formen der Leistungserbringung da.

4.6 Mögliche Gewinnerzielung - Verwendung von Überschüssen im allgemeinen Haushalt

Die Erzielung nennenswerter Gewinne aus der Erbringung von gebührenrelevanten Leistungen (Abfallentsorgung, Straßenreinigung) scheidet aus kommunalabgabenrechtlichen Gründen voraussichtlich aus (siehe sogleich noch unter V. dort 2). Sie ist daher v.a. bei Erbringung zusätzlicher (im Rahmen des Kommunalwirtschaftsrechts zulässiger) gewerblicher oder anderer Leistungen denkbar. Bei gewerblichen Leistungen hängt der erzielbare Überschuss neben dem Kostenniveau vor allem von der Marktlage ab. Bei solchen Leistungen wird die Erzielung von Gewinnen nur bei Zahlung eines Haustarifs (bei Kommunalen Anstalt, Kommunalen GmbH und ÖPP-GmbH möglich) als realistisch eingeschätzt. Bei Organisations- und Rechtsformen mit einer Personalvergütung auf TVöD-Niveau wird die Erzielung von nennenswerten Gewinnen im gewerblichen Geschäft als sehr gering eingeschätzt.

Aus dem Einwirken eines privaten Mitgesellschafters sowohl auf die Umsatzseite (z.B. Erschließung neuer Geschäftsfelder im Rahmen des kommunalwirtschaftsrechtlich Zulässigen) sowie auf der Kostenseite (Teilhabe an Einkaufskonditionen und allgemeines Kostenmanagement) resultieren für die ÖPP-GmbH trotz Teilhabe des Mitgesellschafters an den erwirtschafteten Gewinnen noch die größten Chancen für eine Erzielung von Gewinnen, welche im Haushalt verwendet werden können - auch wenn der große Anteil der erbrachten Leistungen wegen seiner Gebührenrelevanz davon voraussichtlich ausgenommen ist.

4.7 Nachhaltigkeit möglicher Gewerbesteureinnahmen

Maßgebliche Gewerbesteureinnahmen sind bei ÖPP-GmbH und Beauftragung eines Dritten möglich. Allerdings besteht insbesondere bei der reinen Beauftragung Dritter das Risiko, dass die Gewinne durch derzeitig legitime Konstruktionen an den Konzern dergestalt abfließen, dass die Stadt letztendlich keine oder nur eine geminderte Gewerbesteuer erhält. Bei der ÖPP-GmbH können dagegen im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens derartige Konstruktionen voraussichtlich ausgeschlossen werden.

Maßgebliche Gewerbesteureinnahmen aus einer kommunalen GmbH sind dagegen nicht zu erwarten, wenn die kalkulatorische Verzinsung – wie hier zugrundegelegt – auf einem moderaten Niveau deutlich unterhalb des preisrechtlichen Zulässigen angesetzt wird. Ferner sind auch angesichts des voraussichtlich begrenzten Umfanges des gewerblichen Geschäfts (aufgrund der Kostenstrukturen der kommunalen GmbH) keine nennenswerten Gewinne erzielbar. Im kommunalen Geschäft sind dem schon aus gebühren- und preisrechtlichen Gründen Grenzen gesetzt (kalkulatorische Gewinne dürfen nicht bzw. nur in geringem Umfang angesetzt werden).

4.8 Ergebnis zur ergänzenden Risikoabwägung

Die oben genannten Risiken sind bei summarischer Betrachtung bei einer ÖPP-GmbH am geringsten. Vergleichsweise geringe Risiken bestehen hier hinsichtlich der Belastung des allgemeinen Haushaltes, der Entwicklung der Personal- und sonstigen Kosten über die allgemeine Kostenentwicklung hinaus und der generellen Änderung der Besteuerung (Umsatzsteuer) der öffentlichen Hand. Darüber hinaus kann die Stadt (allgemeiner Haushalt und Gebührenhaushalt) bei dieser Organisationsform am ehesten aus einem Gewinnrückfluss partizipieren, wenn sich zusätzliches Drittgeschäft außerhalb der gebührenrelevanten Tätigkeit aufbauen lässt oder umfangreiche Leistungen wie die Straßenunterhaltung mit beauftragt würden. In dieser Situation bestünden auch die besten Chancen auf ein nachhaltiges Gewerbesteueraufkommen.

Gegenüber einer Eigenerbringung der Leistungen (Eigenbetrieb, Kommunale Anstalt bzw. kommunale GmbH) muss allerdings das Ausschreibungsrisiko insbesondere unter Berücksichtigung der gegenwärtigen Marktsituation (wenig Wettbewerb durch Konzentration) als vergleichsweise hoch eingeschätzt werden. Gegenüber einer reinen Fremdvergabe wird dieses Risiko allerdings als etwas geringer eingeschätzt, da bei einer bei einer ÖPP-Ausschreibung ein Verhandlungsverfahren, im Rahmen dessen auch die Dienstleistungspreise verhandelt werden können, zulässig ist und ein durchaus großes Interesse Privater an einer langfristigen Partnerschaft mit der Stadt zu erwarten ist.

IV. Fazit - erkennbare Vorzugsvariante

Im Ergebnis erweist sich unter Berücksichtigung

- der besonderen Ausgangslage der Stadt,
- der grds. angestrebten größeren Unabhängigkeit vom Marktgeschehen und
- der besseren Steuerbarkeit zentraler Aufgaben der kommunalen Entsorgungswirtschaft (Abfallentsorgung, Straßenreinigung)
- bei gleichzeitiger Reduzierung der mit den erforderlichen Investitionen verbundenen Lasten und Risiken
- sowie Erhöhung der Chancen für eine größere Wertschöpfung in und für die Stadt

die Gründung und Beauftragung einer sog. gemischt-wirtschaftlichen Gesellschaft (ÖPP) der Stadt zusammen mit einem privaten Partner als zielführend.

Zwar kann die Stadt ihren Einfluss hier nur zusammen mit einem Mitgesellschafter bzw. bei dessen Akzeptanz von Entscheidungen nach dem Grundsatz der einfachen Mehrheit durchsetzen. Dies stellt jedoch einen Fortschritt ggü. der reinen Fremdleistung dar. Gewisse unternehmerische Spielräume der Organisationsform u.a. für Beschaffungen unterhalb der Schwellenwerte wie auch ggf. Angebote des privaten Mitgesellschafters können genutzt werden. Die Stadt kann Erfahrung in der operativen Leistungserbringung und –steuerung sammeln. Risiken sind durch die Vorfinanzierung über die ÖPP und die Unterstützung durch den auszuwählenden Partner beim Aufbau des Unternehmens deutlich reduziert ggü. der eigenständigen Leistungserbringung.

Dadurch ist die Umsetzung der Variante ebenfalls risikoärmer als der eigene Aufbau einer Organisation, wenn auch er komplexen Anforderungen (dazu sogleich) unterliegt.

V. Schritte zur Umsetzung der Vorzugsvariante

Auch wenn sich die Gründung und Beauftragung einer gemischt-wirtschaftlichen Gesellschaft nach den obigen Ausführungen unter Berücksichtigung von Einflussmöglichkeit und Realisierbarkeit als vorzugswürdig erweist, ist auch hierfür ein durchaus komplexes und anspruchsvolles Verfahren durchzuführen. Dies gilt sowohl für den vergaberechtlichen Rahmen als auch die Beachtung der kommunalwirtschaftsrechtlichen Anforderungen, die Gestaltungsmöglichkeiten des Gesellschaftsrecht, Erfordernisse nach dem Kartellrecht sowie die vorausschauende Berücksichtigung kommunalabgabenrechtlicher Anforderungen.

1. Anforderungen des Kommunalwirtschaftsrechts:

Beteiligt sich die Stadt an einer Gesellschaft, welche u.a. Leistungen der Abfallentsorgung erbringen soll, wird dies nach der Brandenburgischen Kommunalverfassung voraussichtlich als wirtschaftliche Betätigung in der Form eines Unternehmens im Sinne von §§ 91, 92 BbgKVerf einzustufen sein.

Die dafür gestellten drei zentralen Anforderungen aus § 91 Abs. 2 und 3 BbgKVerf zur Erledigung von Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft lassen sich jedoch hier u.E. durchaus bejahen:

1. Ein öffentlicher Zweck rechtfertigt die Tätigkeit, da es sich um Pflichtaufgaben der Stadt handelt, welche im Interesse der Entsorgungssicherheit zu gewährleisten sind

2. Die Betätigung kann auch auf ein angemessenes Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Stadt und zum voraussichtlichen Bedarf ausgerichtet werden: Die Leistungen unterliegen jeweils einem Anschluss- und Benutzungszwang. Bedarf und Inanspruchnahme durch die Pflichtigen lassen sich daher absehen. Die Leistungsfähigkeit der Stadt – als zentraler Schutzzweck des Kommunalwirtschaftsrechts – wird daher ebenfalls gewahrt. Dies gilt nicht zuletzt auch insoweit, als es sich vornehmlich um Auflagen handelt, welche über Benutzungsgebühren refinanziert werden
3. Schließlich ist nicht eindeutig feststellbar, dass die Leistungen durch einen Dritten wirtschaftlicher erbracht werden könnten: Die Unterschiede der Gesamtkostenbelastung in den Varianten ÖPP und Fremdleistung rühren im Wesentlichen aus unterschiedlichen Ansätzen für die Gewinnerwartung der Bieter. Diese können sich auch durchaus annähern. Wirtschaftliche Chancen bestehen bei der ÖPP dann über den eigentlichen Leistungsauftrag hinaus darin, auf eine Wertschöpfung vor Ort hinzuwirken und ggf. zusätzliche Einnahmen aus Randtätigkeiten zu generieren.

Im Übrigen ist Folgendes zu bedenken: Um eine entsprechende eigenständige Aufgabenerfüllung langfristig zu realisieren, stellt sich die Variante der Zusammenarbeit mit einem privaten Partner in einem sog. gemischtwirtschaftlichen Unternehmen (ÖPP) als erforderlicher organisatorischer Zwischenschritt dar. Mangels bisheriger Ausstattung und Erfahrung der Stadt erscheinen der vollständige Aufbau eigener Kapazitäten und eine eigenständige Ingangsetzung eines Unternehmens mit entsprechend großem Leistungsspektrum risikoreich. Die Gründung eines solchen gemischtwirtschaftlichen Unternehmens wird daher sogar auch im öffentlichen Interesse erforderlich sein, weshalb der Wirtschaftlichkeitsvergleich nach §§ 91 Absatz 3 und 92 Absatz 3 BbgKVerf in den Hintergrund treten kann. Denn eine Unabhängigkeit vom zunehmend konzentrierten Markt kann die Stadt nur erzielen, wenn sie unter Zuhilfenahme eines erfahrenen Partners ein eigenes Unternehmen aufbaut und entsprechende Erfahrung sammelt.

Die Entscheidung der StVV über die Gründung einer gemischt-wirtschaftlichen GmbH (ÖPP) ist nach § 100 Absatz 1 Nr. 1 BbgKVerf bei der Kommunalaufsichtsbehörde anzuzeigen.

Die erforderliche Einbeziehung der Kammern (hier IHK Cottbus) gemäß § 92 Absatz 3 Satz 3 BbgKVerf ist ebenfalls sicherzustellen.

2. Anforderungen des Kommunalabgabenrechts:

Entgelte für die Fremdleistung der ÖPP-Gesellschaft gelten nach § 6 Abs. 2 Satz 2 KAG grds. als ansatzfähige Kosten in der Gebührenkalkulation der einschlägigen Abfall- und Straßenreinigungsgebühren. Allerdings ist dafür zu verlangen, dass sie dem Grundsatz der Erforderlichkeit genügen. Dafür wird in der Regel darauf abgestellt, ob die Entgelte mit dem allgemeinen öffentlichen Preisrecht vereinbar sind. Idealerweise kann dies belegt werden, wenn sich im Zuge der Preisabfrage sog. Marktpreise im Sinne von § 4 der VO PR 30/53 erzielen lassen.

Dafür wird in der Rechtsprechung überdies z.T. verlangt, dass der Preis neben anderen Wertungskriterien in diesem Wettbewerb maßgebliches Gewicht ausmachen muss. Dies ist bei der Ausgestaltung der Ausschreibung zu berücksichtigen.

Überdies ist zu beachten, dass sich das Kostenüberschreitungsverbot aus § 6 Absatz 1 KAG Bbg auch bei der Beauftragung einer ÖPP-Gesellschaft auswirkt: Jedenfalls der Gewinnanteil, der der Stadt bei Selbsterfüllung der öffentlichen Aufgaben nach dem Kommunalabgabenrecht

nicht zustünde, wird voraussichtlich kostenmindernd in die Gebührenkalkulation einzustellen sein. Insofern werden Gewinne aus der Beteiligung der Stadt an der ÖPP-Gesellschaft voraussichtlich nicht zur freien Verwendung im Haushalt zur Verfügung stehen, sofern sie aus kalkulierten Gewinnaufschlägen auf die Kosten der gebührenrelevanten Tätigkeiten herrühren: In der Rechtsprechung zahlreicher Bundesländer herrscht die Auffassung vor, dass Aufgabenträger bei der Beteiligung an einem Unternehmen in privatrechtlicher Form keine zusätzlichen Gewinnquellen erschließen dürfen: Soweit vereinbarte Leistungspreise kalkulatorische Gewinne beinhalten, sind diese in Gebührenkalkulation wieder gutzuschreiben. Die Rechtsprechung in NRW tritt dem zwar mit guten Argumenten entgegen. In die erstgenannte Richtung hat sich allerdings nunmehr auch das VG Potsdam geäußert (Urteil vom 22.05.2019, Az.: VG 8 K 6/14). Eine Entscheidung des OVG Berlin-Brandenburg liegt hierzu jedoch noch nicht vor.

3. Anforderungen des Vergaberechts/ Durchführung eines Vergabeverfahrens:

Die Beauftragung einer gemischtwirtschaftlichen Gesellschaft bedarf der Durchführung eines EU-weiten Vergabeverfahrens. In einem komplexen Verfahren, dessen Hauptgegenstand die Auftragsvergabe ist, wird neben dem künftigen Leistungsvertrag zusätzlich auch die Suche nach einem geeigneten privaten Partner einschl. ggf. auch der Gründung der zu beauftragenden Gesellschaft ausgeschrieben. Als Verfahrensart eignet sich hierfür ein Verhandlungsverfahren nach § 17 VgV.

Wichtige Ziele und Anforderungen der Stadt sowie v.a. das anvisierte Leistungsspektrum müssen bereits in diesem Verfahren so genau wie möglich vorgegeben werden. Spätere Änderungen des Vertrages oder zusätzliche Beauftragungen sind nur in sehr engen Grenzen möglich, sofern § 132 GWB hierfür eine Ausnahme enthält. Allgemeine und unbestimmte Anpassungsklauseln, wie früher in ÖPP-Verträgen üblich, sind nach heutigem Stand des Vergaberechts nicht mehr zulässig. Die ÖPP erweist sich daher als vergleichsweise unflexible Leistungsform für den öffentlichen Auftraggeber Stadt. Dieser Nachteil wird jedoch durch die o.g. Punkte (Sammeln von Erfahrungen, Beibringen der Ressourcen durch einen Partner und Reduzierung der Vorfinanzierungsrisiken) ausgeglichen.

Darüber hinaus kann über eine entsprechende Entgeltgestaltung (Pauschalen und Leistungspreise in Abhängigkeit vom Kostenverhalten sowie Abfrage von Stundensätzen für heute noch nicht definierbare Leistungen) sowie die Abfrage von optionalen Leistungen im vergaberechtlich zulässigen und wirtschaftlich sinnvollen Rahmen eine gewisse Flexibilität im Hinblick auf sich möglicherweise im Vertragszeitraum ändernde Bedingungen und Leistungsanforderungen erzielt werden.

Details der Ausgestaltung der Eignungsanforderungen sowie der Zuschlagskriterien bleiben für das Verhandlungsverfahren und die Verträge unter Berücksichtigung der komplexen hiesigen Ausgangslage und der verschiedenen rechtlichen Anforderungen in ausgewogenen Eckpunkten zu konkretisieren.

Für das Verfahren (erforderliche Schritte s.u.) sollte ein Zeitraum von ca. 2 Jahren eingeplant werden. Dem erfolgreichen Bieter sollte darüber hinaus ein Vorlauf von rund einem Jahr für die Vorbereitung auf den Auftrag zur Verfügung stehen, da er sämtliche Ressourcen und Personal organisieren muss. Die Leistungen sollen so ausgeschrieben werden, dass ein Leistungsbeginn zum 1.1.2026 möglich ist.

4. Erforderliche Schritte / Mögliche Planung:

Insgesamt sind bis zum Leistungsbeginn mindestens folgende Schritte erforderlich:

- Abstimmung von Eckpunkten für die Ausschreibung
- Erarbeitung der Vergabeunterlagen und EU-weite Bekanntmachung des Verfahrens, ggf. gestuft mit vorherigem Teilnahmewettbewerb
- Abfrage von Angeboten möglicher Partner und Verhandlungen der Angebote
- Einholung der Stellungnahmen der Kammern (IHK, HWK)
- Vorabinformation der Kommunalaufsicht mit den Eckpunkten der Gesellschaftsgründung
- Beschlussfassung über die Zuschlagserteilung in der StVV
- Anzeige der Entscheidung bei der Kommunalaufsicht
- Erforderliche Schritte zur Gründung der GmbH an sich (Notarieller Gesellschaftsvertrag, Anmeldungen zum Handelsregister etc.), es sei denn, der Bieter hat der Stadt einen Anteil zum Erwerb anzubieten, dann notarieller Anteilserwerbsvertrag
- Erforderlichenfalls Anmeldung beim Bundeskartellamt

gez.

Isabelle-K. Charlier
Rechtsanwältin
[Gaßner, Groth, Siederer & Coll.]
Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

Steffen Hofmann
ECONUM Unternehmensberatung GmbH

Dr. Ralph Bartmuß
eureos gmbh
steuerberatungsgesellschaft
rechtsanwaltsgesellschaft