



Bonn, 13. März 2010

Stellungnahme des Bundeskartellamtes zum Arbeitsentwurf des Bundesumweltministeriums für ein Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG-E) vom 22.02.2010

Das Bundeskartellamt nimmt aus wettbewerblicher Sicht zu folgenden Aspekten des KrWG-E vom 22.02.2010 Stellung:

- Überlassungspflichten (§ 16 KrWG-E)
- Doppelfunktion von Kommunen als Marktteilnehmer und zuständige Abfallbehörde
- Verbindliche Zuweisung von Abfallbeseitigungsanlagen (§ 30 KrWG-E)

Überlassungspflichten (§ 16 KrWG-E)

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Urteil vom 18. Juni 2009 (7 C 16.08) entschieden, dass die Überlassungspflicht des derzeit geltenden § 13 KrW-/AbfG ein faktisches Monopolrecht der jeweiligen Kommune für Abfälle aus privaten Haushaltungen statuiert. Dies ist aus wettbewerbsrechtlicher Sicht, insbesondere im Hinblick auf Artikel 102 AEUV, bedenklich (vgl. dazu im Einzelnen die Stellungnahme des Bundeskartellamtes vor dem BVerwG, April 2009, abrufbar unter www.bundeskartellamt.de), so dass die Neuregelung des KrW-/AbfG genutzt werden sollte, um eine wettbewerbsrechtskonforme Ausgestaltung des § 13 KrW-/AbfG vorzunehmen. Auch die Europäische Kommission hat im Hinblick auf die Entscheidung des BVerwG gegen die Bundesrepublik jüngst Voruntersuchungen zu einem möglichen Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet.

Problematisch wäre andernfalls, dass einzelne Kommunen möglicherweise den Bürgern nur unkomfortable Abfallsammlungen oder keine getrennten Wertstoffsammlungen anbieten könnten. Außerdem könnten unter Monopolbedingungen einzelne Kommunen überhöhte Abfallgebühren verlangen, wenn sie mögliche Rationalisierungsmaßnahmen in ihren Abfallbetrieben unterlassen und somit unnötig hohe Entsorgungskosten und Abfallgebühren verursachen. Beide Gefahren würden entschärft, wenn Bürger Angebote von Wettbewerbern wahrnehmen dürften. Hierzu ist erforderlich, dass private Entsorger grundsätzlich berechtigt sind, mit Erzeugern oder Besitzern von Haushaltsabfällen vertragliche Regelungen über die Sammlung und Entsorgung in dauerhaften Strukturen zu treffen, ohne dass dem die Kommune rein wirtschaftliche Eigeninteressen als „öffentliche Interessen“ entgegenhalten kann. Alternativ

könnte darüber nachgedacht werden, der Kommune ein Monopolrecht zu gewähren, soweit und solange sie die Sammlung und die anschließende Abfallbehandlung der betroffenen Fraktion mit angemessenen Vertragslaufzeiten ausschreibt. Gewerbliche Sammlungen bräuchten in diesem Fall nur zugelassen werden, wenn sie eine zusätzliche, vom Angebot der Kommune abweichende Dienstleistung darstellen (z.B. Bring- vs. Holsystem).

Eine wettbewerbsrechtskonforme Neuregelung der Überlassungspflichten für Haushaltsabfälle erscheint mit § 16 KrWG-E nicht hinreichend gewährleistet. Bereits folgende Punkte könnten in der Anwendung durch die Verwaltungsgerichte zum Wettbewerbsausschluss führen:

- § 16 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 KrWG-E übernimmt § 13 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 KrW-/AbfG wortgleich und könnte deshalb dahingehend (miss-)verstanden werden, dass das Urteil des BVerwG grundsätzlich fortgilt und § 16 Abs. 4 KrWG-E nur eine weitere Fallgruppe beschreibt, nach der öffentliche Interessen einer gewerblichen Sammlung entgegenstehen.
- Nach dem Begründungsentwurf soll der Begriff der gewerblichen Sammlung - in Abkehr des BVerwG-Urteils - künftig der Definition des Sammlers in § 3 Abs. 11 KrWG-E unterfallen, sodass dauerhafte, vertragliche Sammlungen mit Entgeltregelung zulässig sind (Begr.-E S. 104). Dieses begrüßenswerte Regelungsziel erscheint jedoch durch bloße Aufnahme in die Begründung nicht hinreichend sichergestellt und sollte daher im Gesetzestext ausdrücklich geregelt werden.
- Ebenso wird in § 16 Abs. 4 S. 1 KrWG-E kein hinreichend klarer Schnitt zum Urteil des BVerwG vollzogen. Der Wortlaut lässt es möglich erscheinen, dass die sehr niedrigen Eingriffsschwellen nach Rz. 34 des BVerwG-Urteils zugrundegelegt werden könnten. Im Hinblick auf die bereits dargelegten wettbewerbsrechtlichen Bedenken (s. StN des BKartA, a.a.O.) muss zumindest eine den Grundsätzen des Art. 102 AEUV entsprechende Anwendung sichergestellt werden. Insofern sollten Wortlaut und Begründung von § 16 Abs. 4 S. 1 KrWG-E daraufhin überarbeitet werden, um mögliche entgegenstehende öffentliche Interessen stärker wettbewerbskonform zu begrenzen. Daher sollte im Wortlaut der Ausnahmecharakter dieser Vorschrift deutlicher zum Ausdruck kommen, um den wettbewerbsrechtlichen Grundansatz zu verdeutlichen.

Grundsätzlich zu begrüßen ist, dass sich der Wortlaut des § 16 Abs. 4 S. 1 KrWG-E (Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers (im

Folgenden: öRE)) am Wortlaut des Art. 106 Abs. 2 AEUV (Verhinderung der Aufgabenerfüllung) anlehnt. Denn nach zutreffendem Verständnis beeinträchtigt Wettbewerb die Funktionsfähigkeit des öRE nicht, sondern stellt eine Entsorgung zu günstigeren Preisen, in höherer Qualität und mit höherem Umweltschutzniveau sicher (vgl. dazu die StN des BKartA, a.a.O., S. 14-39). Die Prüfung, ob die Funktionsfähigkeit des öRE beeinträchtigt wird, würde somit dazu führen, dass überwiegende öffentliche Interessen einer gewerblichen Sammlung in aller Regel nicht entgegenstehen.

Die Vermutungsregelung des § 16 Abs. 4 S. 2 KrWG-E und der Begründungsentwurf lassen es hingegen möglich erscheinen, dass die Verwaltungsgerichte dadurch regelmäßig von einem Entgegenstehen überwiegender öffentlicher Interessen ausgehen könnten. Wie in der Stellungnahme des BKartA vor dem BVerwG ausführlich dargelegt, sind nach hiesiger Auffassung mehrere in der Begründung geäußerte Ansichten unzutreffend:

- eine Gefährdung der Funktionsfähigkeit des öRE aufgrund mangelnder Planbarkeit ist nicht zu erkennen (§ 16 Abs. 4 S. 2 2. HS KrWG-E, Begr.-E S. 102, 105, StN des BKartA S. 26-27, 30-32),
- eine tatsächliche Notwendigkeit, Personal vorsorglich vorzuhalten, ist nicht belegt (Begr.-E S. 106, StN des BKartA S. 31-32),
- Ausschreibungen werden nicht erschwert oder „unterlaufen“ (Begr.-E S. 106, StN des BKartA S. 36),
- die praktischen Erfahrungen bestätigen, dass die Gefahr des „Rosinenpickens“ durch private Entsorger nicht besteht (Begr.-E S. 105, StN des BKartA S. 27-30).

Es ist zudem nicht erkennbar, dass ein Ausgleich zwischen etwaigen „rentablen und unrentablen Entsorgungsbereichen“ des öRE (gemeint sind wohl Abfallfraktionen, Begr.-E S. 105-106) tatsächlich relevant wäre. In der Praxis gibt es keine aus Sicht des öRE profitable Abfallfraktion, vielmehr machen die öRE mit allen Fraktionen betriebswirtschaftliche „Verluste“, die sie durch die Abfallgebühren vollständig auf die Bürger überwälzen. Angesichts dieser Praxis ist es daher nicht ersichtlich, dass eine Querfinanzierung erforderlich wäre, um die Funktionsfähigkeit der öRE sicherzustellen, da die öRE durch das Gebührenrecht über eine gesicherte Finanzierungsquelle verfügen. Eine Quersubventionierung würde zudem den Abfallhierarchiezielen und dem Verursacherprinzip widersprechen.

Die Überlassungspflichten sind somit nicht erforderlich, eine wirtschaftlich tragfähige Erfüllung der Aufgabe des öRE abzusichern (Begr.-E S. 102, StN des BKartA S. 23-39). Die Regelungen des § 16 KrWG-E und die zugehörigen Ausführungen im Begründungsentwurf sollten grundlegend überarbeitet werden, um Wettbewerb rechtlich zu ermöglichen. Dies würde zu niedrigeren Abfallgebühren und einem größeren Angebot von getrennten Abfallsammlungen im Holsystem führen.

Doppelfunktion von Kommunen als Marktteilnehmer und zuständige Abfallbehörde

Die Kommunen haben aufgrund der Tätigkeit ihrer Abfallwirtschaftsbetriebe eigene wirtschaftliche Interessen. Zugleich sind sie als untere Abfallbehörden für die Überwachung der Regelungen des KrW-/AbfG zuständig. Sie haben die Möglichkeit, gemäß § 21 KrW-/AbfG Anordnungen zu treffen und insbesondere auch die Tätigkeit ihrer Wettbewerber zu untersagen. Die Kommunen befinden sich somit in einem Interessenkonflikt.

Bereits im Rechtsgutachten im Auftrag des BMU wurde darauf hingewiesen, dass diese Kompetenzzuweisung wettbewerbsrechtlich unzulässig ist (Karpenstein, Januar 2009, S. 50-52). Aufgrund des Interessenkonfliktes ist eine einseitige abfallbehördliche Kompetenzausübung zu befürchten, die zur Verdrängung von Wettbewerbern führen kann (EuGH, 1.7.2008, C-49/07, MOTOE, Rz. 50-52, EuGH, 19.3.1991, C-202/88, TK-Endgeräte, Rz. 51). Im Rechtsgutachten im Auftrag des BMU wurde daher vorgeschlagen, die abfallbehördlichen Kompetenzen hinsichtlich gewerblicher Hausmüllsammlungen der obersten Landesabfallbehörde zu übertragen. Der KrWG-E würde den Interessenkonflikt nicht beheben und durch § 16 Abs. 5 S. 5 KrWG-E möglicherweise noch verschärfen.

Verbindliche Zuweisung von Abfallbeseitigungsanlagen (§ 30 KrWG-E)

Die unverändert aus § 29 KrW-/AbfG übernommene Regelung, der zufolge in Abfallwirtschaftsplänen bestimmt werden kann, welcher Abfallbeseitigungsanlage sich die Beseitigungspflichtigen zu bedienen haben (§ 30 Abs. 1 S. 3 KrWG-E) sowie die Möglichkeit, diese Regelung für die Beseitigungspflichtigen für verbindlich zu erklären (§ 30 Abs. 4 KrWG-E), sollten gestrichen bzw. abgeschafft werden.

Es gibt noch immer Bundesländer und Regierungsbezirke, die die Regelung anwenden und dadurch einige Beseitigungspflichtige und Anlagenbetreiber ganz oder teilweise von dem Markt für Abfallbeseitigungsleistungen ausschließen. Die gebundenen nachfragenden Beseitigungspflichtigen haben keine Möglichkeit, die Vorteile des Wettbewerbs von Beseitigungsanlagen zu nutzen; sie haben weder im Hinblick auf Qualität oder Service noch im Hinblick auf die Wirtschaftlichkeit der Beseitigung Auswahlmöglichkeiten. Mit der verbindlichen Anlagenzuweisung ist eine Fehlallokation verbunden, die Beseitigungspflichtige daran hindert, wirtschaftlich günstigere und qualitativ bessere Anlagen zu nutzen. Die Möglichkeit der verbindlichen Zuweisung von Abfallbeseitigungsanlagen schützt Anlageneigner und –betreiber gegen die Folgen einer mangelhaften Anlagenauslastung. Sie belohnt insofern Fehlplanungen und Angebote, die zu teuer oder qualitativ schlecht sind. Die verbindlich zugewiesenen Abfallanlagen haben keinen Anreiz, in ihr Dienstleistungsangebot zu investieren, es zu modernisieren und es dem Bedarf der Nachfrager anzupassen. Die Entwicklung einer effizienten, preiswerten und qualitativ an Nachfragebedürfnisse angepassten Abfallbeseitigung wird durch die verbindliche Anlagenzuweisung verhindert, Überkapazitäten und Altanlagen werden geschützt, nötige Anpassungen zumindest verzögert. Bereits in der Vergangenheit war zu erkennen, dass die verbindliche Anlagenzuweisung nicht zur Erhöhung der Entsorgungssicherheit, sondern als ein Instrument zur Lenkung und Kontrolle von Abfallströmen hin zu bestimmten Anlagen genutzt wurde. Zu einem Müllnotstand kam es in den Bundesländern bzw. Regierungsbezirken, die in ihrer Abfallwirtschaftsplanung auf verbindliche Anlagenzuweisung verzichteten, nicht.

Die Möglichkeit zur verbindlichen Zuweisung von Beseitigungsanlagen ist auch nicht durch Art. 28 EU-Abfallrahmenrichtlinie vorgesehen oder vorgeschrieben.