



ABS: MDR-VD, 1082 Wien, Rathaus

An das
Bundesministerium für
Land- und Forstwirtschaft,
Umwelt und Wasserwirtschaft

Amt der Wiener Landesregierung

Magistratsdirektion der Stadt Wien
Geschäftsbereich Recht
Verfassungsdienst
Rathaus, Stiege 8, 2. Stock, Tür 428
1082 Wien
Tel.: +43 1 4000 82317
Fax: +43 1 4000 99 82310
post@md-r.wien.gv.at
www.wien.at

MDR - 19564-2013-1

Wien, 20. Februar 2013

Entwurf

- eines Bundesgesetzes, mit dem das AWG 2002 geändert wird (AWG-Novelle 2013);
- einer Verordnung des Bundesministers für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft über die Vermeidung und Verwertung von Verpackungsabfällen und bestimmten Warenresten (Verpackungsverordnung 2013);

Begutachtung;
Stellungnahme

zu BMLFUW-UW.2.1.6/0122-VI/2/2012

Zu dem mit Schreiben vom 23. November 2011 übermittelten Entwurf eines Bundesgesetzes sowie einer Verordnung wird nach Anhörung des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien wie folgt Stellung genommen:

Allgemeines

I. Sammel- und Verwertungssysteme:

Österreich hat ein **hohes und international anerkanntes Niveau** bei der Sammlung von Verpackungsabfällen erreicht.

Änderungen in diesem Bereich sind daher mit viel Umsicht und Sorgfalt vorzunehmen, wobei die bereits über Jahrzehnte aufgebaute **getrennte Sammlung** weder **gefährdet**

werden noch die Unterstützung durch die Bevölkerung verlieren darf. (Laut aktueller IMAS-Studie finden 94 % der Befragten die Mülltrennung in Österreich sehr gut oder gut.)

Die Einführung von **Wettbewerb im Haushaltsbereich** gestaltet sich äußerst schwierig und ist mit viel Aufwand verbunden. Seit 2008 wird bereits intensiv über eine Einführung von Wettbewerb zwischen Sammel- und Verwertungssystemen im Haushaltsbereich diskutiert. Ein praxistaugliches und von allen Seiten akzeptables Umsetzungsmodell konnte allerdings bis zuletzt nicht vorgelegt werden. Dies obwohl über Jahre hinweg hochqualifizierte Experten auf Seiten des Bundesministeriums, der Länder sowie sämtlicher Interessensvertretungen und Stakeholder in zahlreichen Diskussionen, Workshops, Variantenuntersuchungen etc. an einer Lösung gearbeitet haben. Im Hinblick auf die zusätzlichen, unterschiedlichen Vertragspartner ist von einem **massiven Mehraufwand** und **Mehrkosten ohne Nutzen** für die Bevölkerung auszugehen.

Im Ergebnis würde ein solcher Wettbewerb - verglichen mit der derzeitigen Ausgangssituation - zu einer Schwächung der Österreichischen Volkswirtschaft sowie zu einer Schwächung der perfekt funktionierenden Verpackungssammlung in Österreich führen.

Wesentliche Bestimmungen:

a) Gestaltung der Verpackungssammlung

Im vorliegenden Entwurf bleibt die Gestaltung und Weiterentwicklung der künftigen Verpackungssammlung völlig offen. Es ist nicht erkennbar, wie die Sammlung in den einzelnen Sammelregionen künftig zu erfolgen hat.

Es wird lediglich von „allfälligen Richtlinien des BMLFUW“ gesprochen, die im Zuge der Leistungsvergabe anzuwenden sind (siehe § 29b Abs. 8 bzw. Abs. 9 des Entwurfes zum Abfallwirtschaftsgesetz 2002 - AWG 2002). Diese Regelung ist jedoch unzureichend und sollte jedenfalls Folgendes festgelegt werden:

- Die Art der Verpackungssammlung ist in einem gemeinsamen Prozess **unter Leitung des Bundesministeriums für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft** festzulegen.

- Vertreter der Sammelregionen (Gemeindeverbände) und Sammel- und Verwertungssysteme sind in diesen Prozess verpflichtend einzubinden.
- Das Ergebnis dieses Abstimmungsprozesses hat in die im Abfallwirtschaftsgesetz erwähnte Richtlinie des Bundesministeriums für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft zu münden.
- Bei der Richtlinienerstellung ist auf die **Wechselwirkung zwischen Verpackungssammlung und Restmüll- und sonstiger Altstoffsammlung** in der Sammelregion zu achten.
- Die Richtlinie hat pro Packstoffart und Sammelregion insbesondere Angaben über die **Art der Sammlung**, über **das bereitzuhaltende Sammelvolumen** (in l/ EW.a) sowie über **beabsichtigte Sammelsystementwicklungen (Sammelversuche)** zu beinhalten.
- **Die Richtlinie ist nachweislich als Basis für die Vergabe der Sammelleistungen in den einzelnen Regionen anzuwenden.**
- **Die Richtlinie ist periodisch (zumindest vor jeder Neuvergabe) zu evaluieren.**

b) Vergabe der Sammelleistungen

Hinsichtlich der Leistungsvergabe werden im Entwurf zum Abfallwirtschaftsgesetz 2002 zwei Varianten angeführt:

- Ausschreibung über einen unabhängigen Dritten
- Verlosung von Sammelregionen

Beide Varianten werden aus folgenden Gründen abgelehnt:

Unabhängiger Dritter:

Ein unabhängiger Dritter kann bestenfalls für **die formale Abwicklung eines Vergabeverfahrens** herangezogen werden. Inhaltliche Fragen zur **Gestaltung und Weiterentwicklung der Verpackungssammlung in der Region/Gemeinde** sind über einen unabhängigen Dritten **nicht zu klären bzw. zu bearbeiten**. Ein unabhängiger Dritter ist somit als **Ansprechpartner** für die Sammelregion/Gemeinde völlig ungeeignet.

Verlosung der Sammelregionen:

Das Verlosungsmodell sieht vor, dass alle drei Jahre der Ansprechpartner für die Sammelregion/Gemeinde wechseln kann. **Eine stabile und kontinuierliche Weiterentwicklung der Verpackungssammlung einer Gemeinde ist dadurch nicht mehr gegeben.** Durch die periodische Neuauslosung ist darüber hinaus davon auszugehen, dass sich ein Sammel- und Verwertungssystem mit den Problemfällen der Verpackungssammlung einer Region **nicht identifiziert** und daher unzureichend mit der Gemeinde an Lösungen arbeitet, weshalb **die Gemeinde somit keinen geeigneten Ansprechpartner zur Seite hätte.**

Eine stabile und kontinuierliche Weiterentwicklung der Verpackungssammlung in der Region kann nur gewährleistet werden, wenn die Leistungsvergabe und die anschließende Systemsteuerung (Führen der Leistungsdaten, Änderung von Sammelstellen, Betreuung von Sammelversuchen, etc.) **österreichweit pro Packstoff** nur durch **ein Sammel- und Verwertungssystem** erfolgt.

Weiters soll das pro Packstoff stärkste Sammel- und Verwertungssystem (Marktführer) die Leistungsvergabe durchführen, da dadurch gewährleistet wäre, pro Packstoff **einen dauerhaften Ansprechpartner** auf Seiten der Sammel- und Verwertungssysteme zu haben. Mit diesem könnte im kurzen Weg das **Sammelsystem laufend optimiert werden.**

Dem Land Wien liegt diesbezüglich ein Gutachten von Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher vor. Dieses bestätigt, dass das „Marktführermodell“ wettbewerbsrechtlich zulässig ist (siehe Beilage).

c) Mitbestimmung durch die Gebietskörperschaften

Die Gebietskörperschaften werden vom Bürger für die Abfallsammlung in der Gemeinde **verantwortlich gemacht.** Es ist somit unbedingt eine umfassende **Abstimmung** der Verpackungssammlung mit der **Restmüll- und sonstigen Altstoffsammlung** (Papier, Bioabfälle, Metalle, etc.) in der Gemeinde sicher zu stellen.

Im vorliegenden Entwurf ist diesbezüglich lediglich von einer „Abstimmung“ mit „einem vom Landeshauptmann bestellten Vertreter“ im Rahmen der Systemgenehmigung die Rede (siehe § 29b Abs. 1 Z 2 lit. c des Entwurfes zum Abfallwirtschaftsgesetz 2002).

Das heißt, diese Abstimmung erfolgt nur einmal (zum Zeitpunkt der Systemgenehmigung) und wird stellvertretend für alle Gemeinden eines Bundeslandes von „einem vom Landeshauptmann bestellten Vertreter“ wahrgenommen. **Das ist jedoch vollkommen unzureichend.**

Es wird daher gefordert:

- **Die Gemeinden/Gemeindeverbände sind laufend in die Gestaltung der Verpackungssammlung in ihrer Region verpflichtend einzubinden.**
 - **Die Einbindung der Gemeinden/Gemeindeverbände hat verpflichtend im Rahmen der periodischen Erstellung der Richtlinien des Bundesministeriums für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft zu erfolgen** (siehe oben „Gestaltung der Verpackungssammlung“ - Einbindung in die Richtlinien-Erstellung).
 - Die **laufende operative Systemsteuerung** (z. B. Änderungen von Sammelstellen, Aufstellen/Abzug von Sammelbehältern etc.) ist pro Sammelkategorie nur mit einem Sammel- und Verwertungssystem als Ansprechpartner für die Gemeinden abzustimmen. Dieser Ansprechpartner soll das **Marktführer-SVS** sein (siehe oben „Gestaltung der Verpackungssammlung“).
- **Im Zuge der Systemgenehmigung hat die Abstimmung der Sammlung direkt mit den Gemeinden/Gemeindeverbänden stattzufinden.**

Dabei ist die gemeinsam erstellte Richtlinie des Bundesministeriums für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft entsprechend anzuwenden.
- **Die Installation eines „vom Landeshauptmann bestellten Vertreters“ (Landeskoordinator) ist nicht erforderlich.**

d) Einbeziehen kommunaler Sammelsysteme

Im vorliegenden Entwurf ist vorgesehen, dass bestehende Sammelsysteme der Gemeinden wie die Altpapiersammlung sowie die Sammlung von Verpackungen in Altstoffsammelzentren und Recyclinghöfen bei der Gestaltung der Verpackungssammlung lediglich zu „berücksichtigen“ sind (siehe § 29b Abs. 1 Z 2 lit. d des Entwurfes zum Ab-

fallwirtschaftsgesetz 2002). In den bisherigen Gesprächen wurde stets außer Streit gestellt, dass die bestehenden Sammelsysteme der Gemeinden nicht nur zu berücksichtigen, sondern jedenfalls zu „nutzen“ sind.

Darüber hinaus sind neben der Altpapiersammlung und der Sammlung von Verpackungen in Altstoffsammelzentren weitere kommunale Sammelleistungen (wie die Leistungen der kommunalen Eigenbetriebe) durch die Sammel- und Verwertungssysteme zu nutzen.

Durch die Nutzung der kommunalen Sammelsysteme für Verpackungsabfälle wird in der Gemeinde eine bestmögliche **Abstimmung mit der kommunalen Restmüll- und sonstigen Altstoffsammlung** erreicht. Aus Sicht der Bürger ergibt sich somit ein **einheitliches** und **klares** Bild der Abfallbewirtschaftung in ihrer Gemeinde.

Erfahrungswerte aus der Vergangenheit zeigen, dass eine eindeutige, in sich abgestimmte Gestaltung der Sammelstruktur eine wesentliche Voraussetzung für den Erfolg der getrennten Sammlung darstellt.

Es wird daher Folgendes für unbedingt erforderlich erachtet:

- Die **Sammelsysteme der Gemeinden** sind bei der Ausgestaltung der Sammlung zu **nutzen** und nicht nur zu „berücksichtigen“.
- Als „**Sammelsysteme der Gemeinden**“ sind jedenfalls folgende **kommunale Sammelleistungen** zu verstehen:
 - Betrieb von **Altstoffsammelzentren** (Mistplätze)
 - **Zurverfügungstellung von Sammelbehälter im kommunalen Eigentum**
 - **Betreuung / Reinigung /Schneefreihaltung öffentlicher Standplätze** (Sammelinseln)
 - **Durchführen der Verpackungssammlung durch kommunale Eigenbetriebe** (Papiersammlung, Glassammlung, Kunststoffsammlung, Metallsammlung)
- Sämtliche Sammelsysteme der Gemeinden sind von der Ausschreibung der Sammel- und Verwertungssysteme auszunehmen.

Weiters soll die Gemeinde **selbst entscheiden**, inwieweit sie sich in die **operative Umsetzung der Verpackungssammlung** einbringt bzw. inwiefern Sammelleistungen dem Wettbewerb über eine Ausschreibung der Sammel- und Verwertungssysteme zugeführt werden sollen.

Die Ausnahme kommunaler Leistungen von der Ausschreibung der Sammel- und Verwertungssysteme wird im vorliegenden Gutachten von Prof. Aicher als zulässig bestätigt.

e) Flächendeckung

Im vorliegenden Entwurf zum Abfallwirtschaftsgesetz 2002 (§ 29b Abs. 1 Z 2) ist vorgesehen, dass die Sammel- und Verwertungssysteme im Zuge ihrer Genehmigung die Flächendeckung der getrennten Sammlung in Österreich nachzuweisen haben.

Als Mindestmaß für die Flächendeckung wird dabei die Einrichtung einer Sammelstelle pro Gemeinde sowie die Vorlage eines (beliebigen) Sammelvertrages pro Bezirk angesehen. **Das ist eindeutig zu wenig.**

Darüber hinaus fehlt eine Regelung über den **verpflichtenden Abschluss von Verträgen mit Gemeinden** über die Nutzung der kommunalen Sammelsysteme sowie eine **wirksame Unterbindung paralleler Sammelstrukturen (Duplizierung)**.

Folgende Regelungen sind daher unbedingt notwendig:

- **Es sind Sammelstellen in zumutbarer Entfernung zur jeweiligen Anfallstelle einzurichten.**

Zur Beurteilung einer ausreichenden Flächendeckung ist in das Abfallwirtschaftsgesetz auch die bisher geltende Bestimmung in § 11 Abs. 4 der Verpackungsverordnung 1996 - VerpackVO 1996 aufzunehmen. Diese besagt, dass die Entfernung zu Sammelstellen nicht größer sein darf wie die mittlere Entfernung zu den Geschäften bei denen die jeweils verpackten Waren bezogen werden können.

- **Jedes Sammel- und Verwertungssystem hat einen Vertrag mit allen Sammelpartnern in der Sammelregion zu schließen.**

- **Jedes Sammel- und Verwertungssystem hat Verträge mit den Gemeinden über die Nutzung der kommunalen Sammelsysteme zu schließen.**
- **Die zu schließenden Sammelverträge (mit den Sammelpartnern/Gemeinden) haben sämtliche Verpackungen eines Sammel- und Verwertungssystems zu umfassen (gesamter Marktanteil).**

Parallele Sammlungen der Sammel- und Verwertungssysteme neben einem bereits eingerichteten Sammelsystem werden dadurch ausgeschlossen (keine Duplizierung).

f) 100% Finanzierungsverantwortung

Der Entwurf zum Abfallwirtschaftsgesetz 2002 sieht vor, dass nur jene im Siedlungsabfall erfassten Verpackungen, die in Folge einer thermischen Verwertung oder nach Sortierung einem Recycling zugeführt werden, als erfasst gelten und somit der Finanzierungsverantwortung der Produzenten zuzurechnen sind (siehe § 29b Abs. 6). Damit wird eine unzulässige Differenzierung zwischen den Packstoffen vorgenommen. Die Finanzierungsverantwortung der Produzenten soll für **alle** in Österreich anfallenden Haushaltsverpackungsabfälle gelten. Das bedeutet, dass **sämtliche Packstoffe** auch zur Abgeltung der Erfassung über den Siedlungsabfall heranzuziehen sind.

Weiters sieht der Entwurf zum Abfallwirtschaftsgesetz 2002 vor, dass nur eine Abgeltung der „angemessenen“ Kosten für die im Siedlungsabfall erfassten Verpackungen erfolgen soll (siehe § 29b Abs. 2). Hier wäre klarzustellen, dass unter den angemessenen Kosten die **tatsächlich anfallenden Kosten** zu verstehen sind (im Sinne von **Vollkosten**).

g) Sammel-, Recycling- und Erfassungsquoten

Die im Entwurf der Verpackungsverordnung vorgesehenen Sammel- und Recyclingquoten übersteigen im Bereich der Kunststoffe, der Getränkeverbundkartons sowie der sonstigen Materialverbunde die derzeit in den geltenden Bescheiden vorgegebenen Quoten (siehe § 9 Abs. 4 bzw. Abs. 5).

Das bedeutet, dass bei diesen Packstoffen ein Ausbau der getrennten Sammlung zu erfolgen hätte. Die Erfahrungen aus der Vergangenheit zeigen jedoch, dass insbeson-

dere bei der gemischten Kunststoff- und Verbundstoffsammlung ein hoher Fehlwurfanteil und ein hoher Sortieraufwand vor einer tatsächlich stofflichen Verwertung gegeben sind. Demzufolge können aus der Sammelware nur vergleichsweise geringe Anteile stofflich verwertet werden. Der überwiegende Anteil ist einer thermischen Verwertung zuzuführen. In manchen Regionen ist es sogar der Fall, dass die Mischkunststoffe aus der Sortierung in der gleichen Anlage verbrannt werden wie der Restmüll aus der Region.

Ziel in der Vergangenheit war es daher, die getrennte Sammlung auf jene Kunststoff- und Verbundstoff-Verpackungen zu konzentrieren, die auch mit einem angemessenen Sortieraufwand einer sinnvollen stofflichen Verwertung zugeführt werden können (z. B. Ausbau der PET-Flaschensammlung für bottle-to-bottle Recycling). Der Rest ist im gemischten Siedlungsabfall (inkl. thermischer Verwertung in Müllverbrennungsanlagen) zu belassen. Es wird bezweifelt, dass ein Anheben der Sammel- und Recyclingquoten im Bereich der Kunststoffe und Verbundstoffe zu einem höheren ökologischen bzw. volkswirtschaftlichen Nutzen führt.

Hinsichtlich der Festlegung der zu erfassenden Massen (als Maß für die Finanzierungsverantwortung der Sammel- und Verwertungssysteme) ist im Entwurf zum Abfallwirtschaftsgesetz 2002 vorgesehen, dass diese das Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft sowie das Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend gemeinsam jährlich festlegen (siehe § 29 Abs. 5). Es bleibt jedoch völlig offen, nach welchen Gesichtspunkten bzw. Kriterien die zu erfassenden Massen dabei festgelegt werden und wäre ein eindeutiger Mechanismus zur Festlegung der zu erfassenden Massen vorzusehen.

Weiters ist vorgesehen, dass das Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft „ermächtigt“ wird, die Marktinputmasse je Tarifkategorie alle drei Jahre zu ermitteln (siehe § 29b Abs. 5). Die Marktinputmasse stellt allerdings eine ganz wesentliche Planungsgröße zur Festlegung weiterer Maßnahmen im Bereich der Verpackungssammlung dar, weshalb diese daher vom Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft **verpflichtend** alle drei Jahre zu ermitteln ist.

In diesem Zusammenhang wird daher gefordert:

- **Die Quoten im Bereich der Leichtverpackungen (LVP) sind** im Vergleich zu den derzeitigen Vorgaben zu senken. Dadurch soll die Möglichkeit geschaffen werden, die LVP-Sammlung im haushaltsnahen Bereich im gesamten Bundesgebiet auf eine weit sinnvollere Flaschensammlung umzustellen.
- **Die LVP-Quoten im Haushaltsbereich sollen auf ein Niveau reduziert werden, die ein Erfüllen der EU-Vorgaben unter Berücksichtigung der Gewerbesammlung sicherstellen.**
- **Aufnahme von eigenen Erfassungsquoten in die Verpackungsverordnung**, wodurch das Ausmaß der Kosten-Verantwortung der Sammel- und Verwertungssysteme klar festgelegt werden kann.
- **Verpflichtende Erhebung der Marktinputmasse als Basis für die Evaluierung der Lizenzierungsgrade und Erfassungsquoten**

II. Abfallvermeidung - Mehrweg:

Mehrweggetränkeverpackungen sind eine klassische Abfallvermeidungsmaßnahme. Seit dem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 8. Oktober 2002, V 82/01, werden von den Ländern, den Kommunen und anderen Institutionen verbindliche Abfallvermeidungsmaßnahmen für den Bereich der Getränkeverpackungen gefordert.

Sowohl der vorliegende Gesetzes- als auch der vorliegende Verordnungsentwurf enthält - entgegen mehreren Beschlüssen der LandesumweltreferentInnenkonferenz - **weder keine verbindlichen Regelungen zum Erhalt und Ausbau von Mehrwegsystemen für Getränkeverpackungen.** Die Nachhaltigkeitsagenda der österreichischen Getränkewirtschaft hat nicht zu einer Stärkung des Angebotes von Mehrweg geführt, sondern im Gegenteil - der bereits drastisch gesunkene Anteil an Mehrweggetränkeverpackungen geht weiter zurück.

Das Land Wien hält daher seine Forderung nach verbindlichen Rahmenbedingungen zum Erhalt und Ausbau von Mehrwegsystemen für Getränkeverpackungen inklusive konkreter und sanktionierbare Ziele aufrecht.

Zu den einzelnen Bestimmungen:

a) **AWG-Novelle 2013**

Zu Z 6 (§ 13g bis 13i)

Zur ausreichenden Klarstellung wäre entsprechend den Erläuterungen zur Verpackungsverordnung 2013 anzuführen, dass auch für Paletten und Packmittel (Flaschen, Kisten etc.), die im direkten Austausch den Besitzer wechseln, ohne dass bei diesem Vorgang Pfandbeträge verrechnet werden (z. B. Europaletten), und die als bepfandet anzusehen sind, **die Teilnahmeverpflichtung entfällt**. Als Konsequenz wäre die Definition von Mehrwegverpackungen um diese Verpackungen zu erweitern, idealerweise im Rahmen der Begriffsbestimmungen.

Darüber hinaus wäre im § 13g Abs. 3 eine Ergänzung hinsichtlich Verpackungen, die lediglich beim erstmaligen In-Verkehr-Setzen bei einem Sammel- und Verwertungssystem zu entpflichten sind, vorzunehmen. Das sind entsprechend den Erläuterungen zur Verpackungsverordnung 2013 Verpackungen, die wiederverwendet werden, die aber weder bepfandet noch im direkten Austausch geführt werden.

Zu Z 10 (§ 29 Abs. 4 Z 4)

Eine Erhöhung der Aufwendungen zur Förderung von Abfallvermeidungsprojekten und eine Bündelung wird prinzipiell begrüßt, jedoch erscheint der Prozentsatz, der für die Förderung vorgesehen ist, nicht ausreichend, um einen nachhaltigen Beitrag zur Abfallvermeidung zu leisten. In diesem Zusammenhang weisen wir auf den Beschluss der LandesumweltreferentInnenkonferenz vom Juni 2012, Zl. VSt-30/554 hin, der eine wesentliche Erhöhung der Förderung von Abfallvermeidungsprojekten fordert, um Sammel- und Verwertungssysteme zu einer verstärkten Beachtung von Abfallvermeidungsmaßnahmen zu verpflichten.

Abfallvermeidung hat entsprechend der EU-Abfallrahmenrichtlinie oberste Priorität. Diesem Umstand und der Tatsache Rechnung tragend, dass Abfallvermeidung schwer zu kommunizieren ist und vielfach mit Recycling gleichgesetzt wird, **sollte der Abfallvermeidungstopf der Sammel- und Verwertungssysteme weit höher dotiert werden: Fünf Prozent** der eingenommenen Entgelte erscheinen aus Sicht des Landes Wien angemessen.

Weiters sollten die Sammel- und Verwertungssysteme verpflichtet werden, die Informationen über geförderte Projekte in gleicher Weise auf der Homepage zu präsentieren, wie die Leistungen betreffend getrennte Sammlung.

Zu Z 11 (§ 29 Abs. 4c)

Aufgrund von unterschiedlichen abfallwirtschaftsrechtlichen Regelungen der Länder wird die Abstimmung mit einem Ländervertreter bei der Vergabe der Fördermittel für Projekte im jeweiligen Bundesland als wesentlich gehalten, um die Interessen der Bundesländer zu wahren.

Zu Z 17 (§§ 29b bis 29d)

Im Hinblick auf die Ausführungen unter dem Punkt „Allgemeines“ dieser Stellungnahme werden folgende Formulierungen vorgeschlagen:

§ 29b. (1) Eine Genehmigung eines Sammel- und Verwertungssystems für Haushaltsverpackungen gemäß § 29 darf nur unter folgenden zusätzlichen Anforderungen erteilt werden:

1. Sammel- und Verwertungssysteme für Haushaltsverpackungen sind jeweils gesamt haft für eine Sammelkategorie im Sinne einer Verordnung nach § 14 Abs. 1 zu betreiben.
- 2 Ein Sammel- und Verwertungssystem für Haushaltsverpackungen hat die Flächen deckung im Sinne einer Verordnung nach § 14 Abs. 1 sicherzustellen, wobei
 - a) für jeden politischen Bezirk (Sammelregion) ein Vertrag mit jedem Sammel partner oder mit Gemeinden/Gemeindeverbänden über die Sammlung seines jewei ligen Marktanteils der jeweiligen Sammelkategorie im Sinne einer Verordnung nach § 14 Abs. 1 besteht,
 - b) Sammelmöglichkeiten mit ausreichender Übernahmekapazitäten in zumutbarer Entfernung zur jeweiligen Anfallstelle einzurichten sind; die Entfernung zu Sam melstellen darf nicht größer sein als die jeweils regional mittlere Entfernung zu Versorgungseinrichtungen für Güter der Art, mit denen die Verpackungen abge geben werden. In jedem Gemeindegebiet ist zumindest eine getrennte Sammel möglichkeit für die Sammelkategorien einzurichten; bestehende Sammel- und Verwertungssysteme für Haushaltsverpackungen haben diese Anforderung bis

- spätestens sechs Monate nach Inkrafttreten dieser Bestimmung dem Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft nachzuweisen,
- c) die Sammlung in jeder Gemeinde hinsichtlich der Art der Sammlung sowie der technischen Spezifikationen, wie insbesondere die Anzahl, Volumina und Entleerungsfrequenz der aufgestellten Sammeleinrichtungen je politischem Bezirk mit den Gemeinden oder Gemeindeverbänden in den Sammelregionen unter Anwendung einer allfälligen Richtlinie des Bundesministeriums für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft betreffend der Abstimmung der Sammlung von Haushaltsverpackungen mit der Sammlung von Restmüll und anderer Altstoffe in den Sammelregionen abzustimmen ist und
 - d) für jede Gemeinde ein Vertrag über die Nutzung der Sammelsysteme der Gemeinden oder Gemeindeverbände zur Sammlung seines jeweiligen Marktanteils der jeweiligen Sammelkategorie besteht.

3. Vorlage von unterschriebenen Vereinbarungen gemäß Abs. 7, sofern ein unabhängiger Dritter mit den Aufgaben des Abs. 7 betraut wurde. Wird ein unabhängiger Dritter nach Erteilung der Genehmigung eines Sammel- und Verwertungssystems betraut, so hat dieses Sammel- und Verwertungssystem die unterschriebenen Vereinbarungen binnen zwei Monaten ab Betrauung dem Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft vorzulegen. Gleiches gilt, wenn die Vereinbarungen geändert oder neue Vereinbarungen abgeschlossen werden. Eine Änderung der Vereinbarungen oder der Abschluss neuer Vereinbarungen bewirkt keine Änderungsgenehmigung gemäß § 29 Abs. 1.

(2) Ein Sammel- und Verwertungssystem für Haushaltsverpackungen hat nach Maßgabe einer Verordnung gemäß Abs. 5 für die gemäß seinem jeweiligen Marktanteil gemeinsam mit gemischten Siedlungsabfällen erfassten Verpackungen Verträge über die Abgeltung der tatsächlich anfallenden Kosten der Sammlung und Behandlung mit jenen Gemeinden oder Gemeindeverbänden, die die Sammlung von gemischten Siedlungsabfällen betreiben, abzuschließen.

(5) Der Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft hat die Marktinputmasse je Tarifkategorie im Sinne einer Verordnung nach § 14 Abs. 1 alle

drei Jahre zu ermitteln. Die Marktinputmassen sind auf der Internetseite des Bundesministeriums für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft zu veröffentlichen.

(6) Sammel- und Verwertungssysteme für Haushaltsverpackungen haben für die jeweiligen Sammelkategorien im Sinne einer Verordnung nach § 14 Abs. 1 entsprechend ihrem monatlichen Marktanteil die jeweiligen Massen gemäß Abs. 5 zu erfassen. Als erfasst gilt

1. eine getrennte Sammlung,
2. die Sammlung gemeinsam mit gemischten Siedlungsabfällen, sofern in weiterer Folge eine Aussortierung für ein Recycling erfolgt, oder
3. die Sammlung und Behandlung gemeinsam mit gemischten Siedlungsabfällen, sofern in weiterer Folge über die Kostentragung eine entsprechende vertragliche Vereinbarung besteht.

(9) Das Sammel- und Verwertungssystem mit der je Sammelkategorie höchsten Teilnahmemasse hat in den Sammelregionen die Ausschreibung der Sammlung dieser Sammelkategorie bis spätestens Ende Juli des jeweiligen Kalenderjahres durchzuführen. Für die Ausschreibung und für den Zuschlag hat das jeweilige Sammel- und Verwertungssystem ein geeignetes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung gemäß Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006, zu wählen und dieses nach den Grundsätzen des Vergaberechts durchzuführen. Von der Ausschreibung ausgenommen sind Sammelsysteme der Gemeinden. Sammel- und Verwertungssysteme haben in den Sammelregionen mit den Gemeinden Entgelte zur Abgeltung der tatsächlichen Kosten der jeweiligen kommunalen Sammelleistungen zu vereinbaren. Die Bestbieter je Packstoff und Sammelregion sowie die Gemeinden, die Sammelleistungen erbringen, sind unverzüglich allen anderen Sammel- und Verwertungssystemen bekannt zu geben. Weiters sind allfällige Richtlinien des Bundesministeriums für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft nachweislich anzuwenden. In die Erstellung der Richtlinien sind Vertreter der Sammelregionen (Gemeindeverbände) sowie der Sammel- und Verwertungssysteme einzubinden.

§ 29c.

(6) Sammel- und Verwertungssysteme für Haushaltsverpackungen haben sich entsprechend ihrem jeweiligen Marktanteil bestehender Sammelinfrastrukturen für Ver-

packungsabfälle und Siedlungsabfälle zu bedienen. Eine Duplizierung von Sammeleinrichtungen, das heißt die Errichtung gleicher Sammelinfrastrukturen, wie beispielweise ein weiteres Behältersystem oder Sacksystem für den gleichen Packstoff, ist nicht zulässig.

b) **Verpackungsverordnung 2013**

Zu § 6 Abs. 1:

Zur Verbesserung der Transparenz sollte in der Verpackungsverordnung beschrieben werden, auf welcher Datenbasis das Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft in Zukunft die Mehrwegquoten ermitteln will und wie diese Zahlen erhoben werden. Die Höhe der Mehrwegquoten sind eine wichtige Größe für die Bestimmung der Abfallvermeidung durch Wiederverwendung und der Einsparung von Umweltauswirkungen sowie zur Bestimmung des Erfolgs von gesetzten Maßnahmen durch z. B. die Sozialpartnerempfehlung und die Selbstverpflichtung Mehrweg.

Vorgeschlagen wird, **die Letztvertreiber zu verpflichten, die Mehrwegquoten jährlich dem Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft zu melden**. Das Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft sollte diese Daten auswerten und die Entwicklung der Mehrwegquoten jährlich auf der Webseite des Lebensministeriums veröffentlichen.

Zu § 6 Abs. 2:

Die im Entwurf vorgesehene Bestimmung, dass Mehrwegverpackungen zur Unterscheidung von Einwegverpackungen mit Kennzeichen für Mehrweg versehen werden können, kann unterbleiben, da diese freiwillige Kennzeichnung auch ohne normative Regelung möglich ist.

Eine verpflichtende Kennzeichnung zur Unterscheidung zwischen Einweg und Mehrweg wird jedoch als **unbedingt erforderlich angesehen**, da die klare Unterscheidbarkeit Voraussetzung für eine bewusste Entscheidung der Konsumentinnen und Konsumenten zugunsten der umweltfreundlichen Verpackungsart ist.

Die verpflichtende Kennzeichnung auf den Getränkeverpackungen als Einweg- oder Mehrwegverpackung trifft auf EU-rechtliche Vorbehalte, da sie nach Auffassung der Europäischen Kommission den freien Warenverkehr im Binnenmarkt behindert. Die Einführung einer Pflicht zur klaren und eindeutigen Informationen am Verkaufsort ist jedoch **EU-rechtskonform**.

Die klare Kennzeichnung am Verkaufsregal und bei Werbeaktionen stellt eine geeignete Maßnahme dar, um die Konsumentinnen und Konsumenten mit den für ihre Kaufentscheidung wesentlichen umweltrelevanten Informationen zu versorgen. **Der Handel soll daher zu einer klaren Kennzeichnung von Einweg und Mehrweg, verbunden mit einer Information über die Umweltauswirkung, verpflichtet werden. Diese Kennzeichnungspflicht sollte auch auf Werbeaktionen wie z. B. Flugblätter, ausgedehnt werden.**

Weiters ergeben sich aus den Erläuterungen zu § 6 Unklarheiten betreffend Mehrweg-Verpackungen. Es wird daher vorgeschlagen, den Satz in den Erläuterungen *„Selbst wenn Verpackungen wieder verwendet werden, die weder bepfandet noch im direkten Austausch geführt werden, ist nur beim erstmaligen In-Verkehr-Setzen eine Entpflichtung bei einem Sammel- und Verwertungssystem erforderlich.“* umzuformulieren in:

„Für Verpackungen, die wiederverwendet werden, die aber weder bepfandet noch im direkten Austausch geführt werden, ist nur beim erstmaligen In-Verkehr-Setzen eine Entpflichtung bei einem Sammel- und Verwertungssystem erforderlich.“

Der Satz in den Erläuterungen *„Auch Paletten und Packmittel (Flaschen, Kisten, etc), die im direkten Austausch den Besitzer wechseln, ohne dass bei diesem Vorgang Pfandbeträge verrechnet werden (z. B. Europaletten), sind als bepfandet anzusehen“*, sollte um den **Zusatz, dass diese Paletten und Packmittel wiederverwendet werden**, ergänzt werden.

Zu § 9 Abs. 4 und 5:

Im Hinblick auf die Ausführungen unter dem Punkt „Allgemeines“ dieser Stellungnahme werden folgende Formulierungen vorgeschlagen:

(4) Sammel- und Verwertungssysteme haben folgende Anteile je Packstoffe bezogen auf die Teilnahmemasse aller Sammel- und Verwertungssysteme für Haushaltsverpackungen gemäß § 29b (6) AWG 2002 zu erfassen:

1. Papier	xx%
2. Glas	xx%
3. Metalle	xx%
4. Leichtverpackungen	xx%

[Anmerkung: Die erforderlichen Erfassungsgrade (xx%) werden sich aus dem zwischen Wirtschaftskammer, Gemeindebund und Städtebund vereinbarten Abgeltungs/Verpflichtungsmodell ableiten und sollen dann in den Verordnungstext eingefügt werden. Dieses Modell der Erfassungsgrade wurde auf Anregung des Bundesministeriums für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft von diesen Interessensvertretungen gemeinsam erarbeitet.]

(4a) Sammel- und Verwertungssysteme für Haushaltsverpackungen haben ausreichende Übernahmekapazitäten in jeder Sammelregion zur Verfügung zu stellen und insgesamt zumindest folgende Anteile je Packstoff bezogen auf die Teilnahmemasse aller Sammel- und Verwertungssysteme für Haushaltsverpackungen im Rahmen der getrennten Sammlung zu erfassen:

1. Papier, Karton, Pappe und Wellpappe	80%
2. Glas	80%
3. Metalle	50%
4. Kunststoffe	35%
5. Holz	25%
6. Getränkeverbundkarton	35%

Für den Erfassungsanteil sind Fremdstoffe und Stoffe, die nicht dieser Verordnung unterliegen, nicht zu berücksichtigen.

(5) Sammel- und Verwertungssysteme für Haushaltsverpackungen haben unabhängig von ihrem Genehmigungsumfang die getrennt gesammelten und die gemeinsam mit Siedlungsabfällen gesammelten und in weiterer Folge aussortierten Verpackungen zu

verwerten, wobei zumindest folgende Anteile in eine Recyclinganlage nach dem Stand der Technik einzubringen sind:

1. Papier, Karton, Pappe und Wellpappe	95%
2. Glas	100%
3. Metalle	100%
4. Kunststoffe	60%
5. Holz	60%
6. Getränkeverbundkarton	45%
7. sonstige Materialverbunde	30%

Für den Recyclinganteil sind Fremdstoffe und Stoffe, die nicht dieser Verordnung unterliegen, nicht zu berücksichtigen. Sofern die Anteile der in § 3 Z 8 genannten Packstoffe in der getrennten Sammlung unter 1 % der Gesamtmasse einer Sammelfraktion liegen, entfällt die Verpflichtung diesen Anteil zu recyceln.

Zum Entfall des geltenden § 15 Abs. 2:

Gefordert wird eine Beibehaltung der Informationspflicht des BMLFUW über den richtigen Umgang mit Verpackungsabfällen, Rücknahmeverpflichtungen und vor allem die **abfallwirtschaftlichen Auswirkungen von Einweg- und Mehrwegverpackungssystemen**.

Diese wichtigen Informationen sollten den Letztverbrauchern nicht nur von den Sammel- und Verwertungssystemen zur Verfügung gestellt werden.

Zu § 20:

Um der Abfallvermeidung auch im Bereich der Bewusstseinsbildung erste Priorität einzuräumen, wird vorgeschlagen, die Sammel- und Verwertungssysteme zu verpflichten, die Öffentlichkeit **vorrangig** und regelmäßig **über Abfallvermeidung** zu informieren. Es wird daher vorgeschlagen, den ersten Satz des § 20 folgendermaßen umzuformulieren:

Sammel- und Verwertungssysteme haben regelmäßig, in Abstimmung mit der jeweiligen kommunalen Abfallwirtschaft, die Letztverbraucher vorrangig über Abfallvermeidung und Wiederverwendung und darüber hinaus auch über die getrennte Sammlung

von Verpackungsabfällen, die Rückgabemöglichkeiten für Letztverbraucher, die Zweckmäßigkeit einer ordnungsgemäßen Rückgabe von Verpackungsabfällen und die Verwertungsmöglichkeiten zu informieren.

Auch in diesem Zusammenhang wird auf den Beschluss der LandesumweltreferentInnenkonferenz vom Juni 2012, Zl. VSt-30/554 hingewiesen, wonach neben der **vorrangigen** Information der Öffentlichkeit über Abfallvermeidung die verpflichtende Verankerung eines **Konzeptes für die Öffentlichkeitsarbeit** gefordert wurde, welches unter Einbeziehung der Länder zu genehmigen ist.

Weiters wird angeregt, die Sammel- und Verwertungssysteme zu verpflichten, dem Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft jährlich über die durchgeführte Öffentlichkeitsarbeit zu berichten, wobei eine gemeinsame Vorlage mit der Liste der geförderten Abfallvermeidungsmaßnahmen nach § 29 Abs. 4b AWG 2002 zweckmäßig erscheint.

Zu Anhang 1 Z 3 d)

Es ist zu hinterfragen, warum die Anforderungen an biologisch abbaubare Verpackungen für die Verwertung sich nicht nur auf die Zersetzung durch biologische Prozesse beschränken, sondern auch die physikalische und chemische Zersetzung erfasst ist (z. B. Verpackungsabfälle, die durch UV-Licht zersetzt werden), zumal unter „biologisch abbaubar“ für gewöhnlich nur die Zersetzung durch Lebewesen bzw. deren Enzyme bis hin zur Mineralisierung, so dass die organischen Verbindungen zu Stoffen wie Kohlendioxid, Sauerstoff und Ammoniak zerlegt werden, verstanden wird.

Darüber hinaus wird darauf hingewiesen, dass in den Begriffsbestimmungen lediglich der Begriff „organische Verwertung“ nicht aber der Begriff „biologisch abbaubar“ definiert wird.

Für den Landesamtsdirektor:

Beilage

Mag. Petra Martino

Dr. Peter Krasa
Obersenatsrat

Ergeht an:

1. Präsidium des Nationalrates

2. alle Ämter der Landes-
regierungen

3. Verbindungsstelle der
Bundesländer

4. MA 22
(zu MA 22 - 31070/2013)

mit dem Ersuchen um Weiter-
leitung an die einbezogenen
Dienststellen

Rechtsgutachten

**zur Frage, ob das im Entwurf der AWG-Novelle 2013 nicht vorgesehene
„Marktführermodell“ (Leitsystemmodell) für die haushaltsnahe
Verpackungssammlung wettbewerbsrechtlich zulässig ist**

erstattet
im Auftrag des Österreichischen Städtebundes

von
o. Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher
Dr. Aicher Unternehmensforschung OG
Wiener Neudorf / St. Veit an der Gölsen

I. Ausgangslage: Zielsetzung der AWG-Novelle und der Verpackungsverordnung 2013

(1)

Das AWG 2002, zuletzt geändert durch BGBl I Nr 35/2012 soll im Hinblick auf eine zu ermöglichende Co-Existenz mehrerer Sammel- und Verwertungssysteme zwecks Sicherstellung eines fairem Wettbewerbs, der auch den EU-Wettbewerbsvorgaben entspricht, novelliert werden. In diesem Kontext soll auch die VerpackungsVO neu erlassen werden.

(2)

Nach Einschätzung des federführenden BMLuFUuW ermöglichen die bestehenden Regelungen für **Verpackungen im Haushaltsbereich** „zwar prinzipiell die Co-Existenz mehrerer Sammel- und Verwertungssysteme“. Im Hinblick auf die beabsichtigte Marktöffnung bedarf es jedoch einer „detaillierten Neuregelung“. Diese soll „einerseits Wettbewerbsverletzungen und Marktzutrittschranken verhindern sowie andererseits die Aufrechterhaltung der bestehenden Qualität der getrennten Sammlung und Verwertung absichern“. ¹ Ziel der Neuregelung ist die Schaffung „eingeschränkter Möglichkeiten der (öffentlichen) Sammlung von Haushaltsverpackungen durch mehrere Sammel- und Verwertungssysteme zugleich“. ²

(3)

Im Haushaltsbereich ist derzeit das ARA-System das einzige flächendeckende und alle Materialfraktionen (außer Getränkeverbundkartons³) umfassende Sammel- und Verwertungssystem in Österreich⁴. Im Kern trachtet die AWG-Novelle 2013 iVm der neuen VerpackungsVO 2013 den **Markt für Sammel- und Verwertungssysteme** für

¹ Erl Entw AWG-Nov 2013, Vorblatt.

² Erl Entw AWG-Nov 2013, S 3.

³ Im Haushaltsbereich betreibt neben ARA lediglich die Öko-Box-Sammel GmbH ein flächendeckendes Sammel- und Verwertungssystem für Getränkeleichtverpackungen und kooperiert dabei mit der ARA, um eine flächendeckende Sammlung gewährleisten zu können.

⁴ Entscheidung der Kommission v. 16.10.2003, ABI L 75/79 v. 13.2.2004, COMP D3/35470 – ARA, COMP D3/35473 – ARGEV, ARO, Rz 176.

Haushaltsverpackungen zu **öffnen**. Es wird erwartet, dass neben dem etablierten ARA-System auch die Systemanbieter Interseroh (Berlin), Reclay (Köln) und Bonus (Kufstein) für diesen Markt Interesse zeigen.⁵

(4)

Die intendierte Marktöffnung setzt auf zwei Ebenen an: Zum einen auf der **Ebene der Systeme**, die mit den Verursachern der Abfallfraktionen (Papier, Glas, Metall- und Leichtverpackungen), den „Primärverpflichteten“, Lizenzverträge abschließen, wodurch diese verpflichtend an einem gemäß den §§ 29 ff AWG genehmigten Sammel- und Verwertungssystem teilnehmen (§ 13g Abs 2 Entw AWG). Das ist die **Marktstufe der „Entpflichtungsverträge“**, die nicht mehr vom ARA-System „monopolisiert“ werden soll. Die Primärverpflichteten sollen nach Preis- und Qualitätsmerkmalen zwischen den Lizenzangeboten mehrerer Anbieter von Sammel- und Verwertungssystemen wählen können.

(5)

Dem Systemdienstleister (derzeit: ARA AG), mit dem die Verursacher die Entpflichtungs- und Lizenzverträge abschließen, obliegt – wie bisher – die Organisation des Sammelns und Verwertens der Haushaltsverpackungen. Der Systemdienstleister nimmt die Verpackungen nicht selbst zurück und führt sie auch nicht selbst einer Verwertung zu. Vielmehr schließt der Systemdienstleister zur Erfüllung seiner Aufgaben für alle politischen Bezirke Österreichs Verträge entweder mit privaten Regionalpartnern, den Sammlern, oder – wie in größeren Städten – mit den Kommunen, welche die **Sammlung auftrags des ARA-Systems** vornehmen.

Die gesammelten Mengen, die an definierten „Übergabestellen“ dem Sammel- und Verwertungssystem übergeben werden, werden zur weiteren Verwertung von Sortier- und Verwertungsunternehmen übernommen, die ihrerseits in Vertragsbeziehungen zum ARA-System stehen.

(6)

⁵ Die Erl Entw AWG-Nov 2013, 5.8 gehen sogar davon aus, dass fünf neue Sammel- und Verwertungssysteme entstehen werden.

Für den Markt der Sammel- und Verwertungssysteme geht der Entwurf davon aus, dass jedes System, das die Voraussetzungen der §§ 29 und 29b Entw AWG erfüllt, insbesondere die „Flächendeckung“ gewährleisten kann, einen Anspruch auf Genehmigung hat und nach Genehmigung auf „Entpflichtungsebene“ durch Abschluss von Lizenzverträgen mit den Primärverpflichteten **Marktanteile akquirieren** kann, wozu ein „neues System“ bis maximal Ende 2016 (dh für die maximale Laufzeit der derzeitigen Verträge) zwecks Mitbenützung auf die **Verträge zwischen der ARA-AG und den Sammelpartnern zurückgreifen** kann.⁶

(7)

Das bedeutet, dass in jeder Region pro Verpackungsfraktion (Glas, Papier, Kunststoff, Metall) bis zu fünf Sammel- und Verwertungssysteme tätig sein werden.⁷

(8)

Auf der Marktstufe der **Sammlung** setzt **die zweite Öffnungsstrategie** der AWG-Novelle 2012 an.

Gemäß § 29c Abs 6 Entw AWG haben sich die Sammel- und Verwertungssysteme bestehender Sammelinfrastrukturen für Verpackungs- und Siedlungsabfälle zu bedienen. Eine Duplizierung von Sammeleinrichtungen, das heißt die Errichtung gleicher Sammelinfrastrukturen, wie beispielsweise ein weiteres Behältersystem oder Sacksystem für den gleichen Packstoff wird ausdrücklich für unzulässig erklärt.⁸

⁶ Erl Entw AWG-Nov 2013, S 7.

⁷ Siehe dazu den Hinweis Erl Entw AWG-Nov 2013, S 11 zu § 29 Abs 4d u Abs 6, wonach sich die Notwendigkeit ergeben kann, „dass im Rahmen der Genehmigung oder auch nachträglich Auflagen hinsichtlich der Sammlung oder hinsichtlich der Sicherung des Wettbewerbs erforderlich sind“.

⁸ Siehe dazu die zutr Erwägungen in Erl Entw AWG-Nov 2013, S 4.

(9)

Damit besteht, wie die Erl Entw AWG 2012 zutreffend erkennen, eine klassische „**Engpass-Situation**“, weil sich alle Sammel- und Verwertungssysteme für Haushaltsverpackungen des jeweiligen Sammelpartners in der Region bedienen müssen, der dadurch auf diesem Teilmarkt marktbeherrschend ist („essential facility“-Markt)⁹.

(10)

Die marktbeherrschende Stellung des jeweiligen Sammelpartners hat zwei Konsequenzen: Zum einen muss der existente Sammelpartner einem **Kontrahierungszwang** mit dem jeweiligen Sammel- und Verwertungssystem unterliegen. Dieser ist in § 29c Abs 1 Entw AWG 2013 für jeden **Abfallsammler**, der einen Vertrag über die Sammlung von Haushaltsverpackungen mit einem Sammel- und Verwertungssystem für Haushaltsverpackungen abgeschlossen hat, zugunsten der anderen Sammel- und Verwertungssysteme für die jeweilige Sammelregion normiert. Gleiches gilt gemäß § 29 Abs 2 Entw AWG 2013 für **Gemeinden und Gemeindeverbände**, die über die Sammlung von Haushaltsverpackungen, die in kommunalen Sammeleinrichtungen gesammelt werden, mit jedem Sammel- und Verwertungssystem für Haushaltsverpackungen Sammelverträge abzuschließen haben. Die Kontrahierungspflicht besteht in beiden Fällen, wenn ein Sammel- und Verwertungssystem einen Vertragsabschluss wünscht und dies sachlich gerechtfertigt ist, wobei die Sammelpartner und Kommunen zur Gleichbehandlung aller Sammel- und Verwertungssysteme verpflichtet sind.

(11)

Der durch den **Kontrahierungszwang gesicherte Zugang** für ein (neues) Sammlungs- und Verwertungssystem zum jeweiligen privaten oder kommunalen Sammler (Regionalpartner) kann von einem (neuen) Sammel- und Verwertungssystem auf **zwei Wegen** in Anspruch genommen werden; Entweder schließt das Sammel- und Verwertungssystem mit den **existenten Sammelpartnern** in der Region **direkt** (vertikale) Verträge über die Sammlung oder das (neue) Sammel- oder

⁹ So Erl Entw AWG-Nov 2013, S 12.

Verwertungssystem **schließt** sich einem **bestehenden Sammel- und Verwertungssystem**, das bereits Verträge mit Sammelpartner abgeschlossen hat, **an**. Bei diesem Modell der **Mitbenutzung** hat jedes Sammel- und Verwertungssystem für Haushaltsverpackungen, das Einrichtungen zur Sammlung und Erfassung von Haushaltsverpackungen auf Basis von direkten Verträgen mit Sammelpartnern in den Gemeinden oder Gemeindeverbänden sicherstellt, eine Mitbenutzung durch andere Sammel- und Verwertungssysteme für Haushaltsverpackungen auf Basis eines **Mitbenutzungsvertrages** zu ermöglichen (Kontrahierungszwang) und die entsprechenden Voraussetzungen zu schaffen (§ 20 Abs 2 Entw AWG 2013).

Diesfalls trifft der Kontrahierungszwang das bestehende Sammel- und Verwertungssystem.¹⁰

(12)

Die **zweite Konsequenz** des „Ein-Sammler-Modells pro Region und Fraktion“ besteht darin, dass die marktbeherrschende Position des jeweiligen Regionalpartners (Sammlers) nicht auf ewige Zeiten einzementiert werden darf¹¹. Ist ein Wettbewerb der Sammler auf dem Markt durch Anbieten paralleler Sammelsysteme gegenüber den Sammlungs- und Verwertungssystemen ausgeschlossen (Duplizierungsverbot)¹², muss ein **Wettbewerb um den Markt** an dessen Stelle treten¹³. Demgemäß sieht § 29b Abs 8 Entw AWG 2013 (nach Ablauf einer maximalen Übergangsfrist bis 2016, innerhalb welcher der Zugang für neue Sammel- und Verwertungssysteme zum „Entpflichtungsmarkt“ über die Mitbenutzung des ARA-Systems und daher über bereits existente Regionalpartner (Sammler) sichergestellt werden soll¹⁴) eine regelmäßig wiederkehrende **Ausschreibung der Sammlerleistungen** vor.¹⁵

¹⁰ Siehe Erl Entw AWG-Nov 2013, S 5, 13.

¹¹ Siehe GA oben (9).

¹² Siehe GA oben (8).

¹³ Ob auch etablierte kommunale Sammler – wie zB städtische Eigenbetriebe – aus unionsrechtlichen Gründen diesem Zwang zum Wettbewerb ausgesetzt werden müssen, s GA unten (22)-(25).

¹⁴ Siehe GA oben (6).

¹⁵ Davon ausgenommen sind lediglich die Bereiche der bestehenden kommunalen Sammlung wie die Altpapiersammlung, die Sammlung von Verpackungen in Altstoffsammelzentren und

(13)

Zusammengefasst weist der Entw AWG 2013 ein durchgängiges **Leitprinzip** auf: Von der Entpflichtungsebene (Wahl des Sammel- und Verwertungssystems durch die Primärverpflichteten¹⁶) bis zur Sammlung soll der Entsorgungsprozess künftig **wettbewerblich** organisiert werden. Dem kann im Grundsätzlichen durchaus zugestimmt werden. Fraglich ist nur, ob die im Entwurf der AWG-Novelle 2013 dazu vorgeschlagenen **Modelle** dem eigenen Anspruch des Entwurfes, „die bestehenden abfallwirtschaftlichen Leistungen im öffentlichen Interesse (und wie wohl präzisiert werden darf: auch in qualitativer Hinsicht) aufrecht zu erhalten“¹⁷, gerecht wird.

Im Zentrum steht dabei die **wettbewerbliche Überwindung der Engpass-Situation auf Sammlerebene**¹⁸, die durch das sehr vernünftige Duplizierungsverbot ausgelöst wird, das seinerseits aber erst wegen der unumkehrbaren Entscheidung, den freien Zugang für alle genehmigten Systeme zum „Entpflichtungsmarkt“ zu gewährleisten¹⁹, notwendig geworden ist.

(14)

Daraus folgt für die wettbewerbliche Überwindung der Engpass-Situation auf Sammlerebene, dass für **die Organisation des Ausschreibungswettbewerbs** einem Modell der Vorzug gebührt, das den „**Entpflichtungsmarkt**“ für die „interessierten Systeme“²⁰ offen hält, ohne die Akzeptanz der getrennten Entsorgung haushaltsnaher Verpackungen, für welche die Kommunen die Verantwortung tragen bzw dafür verantwortlich gemacht werden, in der Bevölkerung zu gefährden. Letzteres wäre dann der Fall, wenn das wettbewerblich organisierte System für die Kommunen schwerer administrierbar wäre und daher auch nur kostengünstiger zur Verfügung gestellt

Recyclinghöfen sowie die Sammlung von Verpackungen in den gemischten Siedlungsabfällen,
1. Erl Entw AWG 2013, S 7.

¹⁶ Siehe GA oben (4).

¹⁷ Erl Entw AWG-Nov 2013, S 3.

¹⁸ Siehe GA oben (9).

¹⁹ Siehe GA oben (6).

²⁰ Siehe GA oben (3), (4).

werden könnte oder auch nur geringere Entsorgungssicherheit und/oder erschwerte Handhabbarkeit für die Haushalte zur Folge hätte.

II. Die Modelle organisierter Konkurrenz auf Sammlerebene nach dem Entwurf AWG-Novelle 2013

(15)

Der Entwurf AWG-Novelle 2013 schlägt in § 29b Abs 8 für das Begutachtungsverfahren zwei Varianten zur Lösung der Frage vor, **wer** künftig (ab 2016) die **Ausschreibungen der Sammelregionen** vornehmen soll: Ausschreibung durch einen **unabhängigen Dritten** oder **Zulassung von Sammelregionen** entsprechend dem Marktanteil des jeweiligen **Sammel- und Verwertungssystems**, in denen **dieses System** die Ausschreibungen durchführt.

(16)

Das Modell „**unabhängiger Dritter**“ als **Organisator** der Ausschreibungen basiert darauf, dass die Sammel- und Verwertungssysteme die Sammlung der jeweiligen Sammelkategorie in allen politischen Bezirken (Sammelregionen) auszuschreiben haben (§ 29b Abs 8, Satz 1 Entw AWG-Nov 2013). Diese Aufgabe erfüllen sie jedoch nicht selbst. Vielmehr haben sie sich dafür eines unabhängigen Dritten zu bedienen, der (wohl) die Qualifikation einer Koordinierungsstelle gem § 13 Abs 2 AWG aufweisen muss und auf den sich die Sammel- und Verwertungssysteme bei sonstiger Namhaftmachung durch den BMLuFuUW einigen müssen. Dieser führt (wohl namens der Sammel- und Verwertungssysteme) je Packstoff und Sammelregion eine Ausschreibung der Sammelleistung in einem geeigneten Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung gemäß BVergG 2006 durch und wickelt diese „nach den Grundsätzen des Vergaberechts“ ab²¹.

Mit den so ermittelten Bestbieterern je Packstoff und Sammelregion schließen die Sammel- und Verwertungssysteme die Sammelverträge.

²¹ Dies ist in § 29b Abs 8 Entw AWG-Nov 2013 so angeordnet. Klarzustellen ist, dass die Sammel- und Verwertungssysteme keine öffentlichen Auftraggeber sind und dies auch für den unabhängigen Dritten gilt, wenn mit dieser Aufgabe nicht eine Einrichtung des öffentlichen Rechts iSd § 3 Abs 1 Z 2 BVergG betraut wird.

(17)

Nach dem Modell der **Zulassung** werden jedem Sammel- und Verwertungssystem alle drei Jahre, beginnend mit 2006, entsprechend seinem Marktanteil an einer Sammelkategorie²² vom BMLuFUuW solange Sammelregionen zugelost, bis die auf die Sammelregionen entfallenden Sammelmassen den Marktanteil eines Sammel- und Verwertungssystems erreichen.²³

Sammel- und Verwertungssysteme haben bei diesem Modell in den jeweils **zugelosten Sammelregionen** die **Ausschreibung** der Sammlung vorzunehmen. Dies wiederum in einem geeigneten Verfahren nach vorheriger Bekanntmachung gemäß dem BVergG, das nach den Grundsätzen des Vergaberechts durchzuführen ist (§ 29b Abs 9 Entw AWG-Nov 2013).

Mit den so ermittelten Bestbietern je Packstoff und Sammelregion schließen die Sammel- und Verwertungssysteme die **Sammelverträge**²⁴.

(18)

Beide Modelle unterscheiden sich im Kern nur durch die **Rechtsperson**, welche das **Verfahren der Vergabe** der Sammlung durchführt. In ersterem Fall ist es (für alle Sammelregionen [für ca 100 Bezirke] Österreichs) ein unabhängiger Dritter, zweiterenfalls ist es für die zugelosten Sammelregionen das jeweilige Sammel- und Verwertungssystem.

In beiden Fällen kommt es dazu, dass in einer Sammelregion für ein und dieselbe Sammelkategorie mehrere Sammel- und Verwertungssysteme tätig sind, die sich eines einzigen Sammlers (des Bestbieters) bedienen müssen. Ausnahme: Die Sammel- und Verwertungssysteme bedienen sich über die Mitnutzung ein- und desselben Sammel- und Verwertungssystems, das als einziges die Sammelverträge innehat.

²² Siehe dazu § 3 Z 21 VerpackungsVO idF des Entw 2013.

²³ Siehe zu den näheren Modalitäten § 29b Abs 8 Z 1 bis 6, 2. Alt Entw AWG-Nov 2013

²⁴ Siehe dazu Erl Entw AWG-Nov 2013, S 7.

(19)

Festzuhalten ist, dass in beiden Varianten in jeder Sammelregion der Zugang zum „Entpflichtungsmarkt“ für die genehmigten Systeme offen ist und der Wettbewerb um den Markt der Sammlung in den Sammelregionen gewährleistet ist.

III. Die dritte Variante – Das Marktführer-Modell

A. Bedenken gegen die beiden Modelle des Entwurfes AWG-Novelle 2012

(20)

Es bestehen gegen beide Modelle berechtigte Einwände.

Soweit unter wettbewerbsrechtlichen Aspekten relevant, richtet sich die Kritik im Kern zum einen dagegen, dass in den Sammelregionen mehrere Sammel- und Verwertungssysteme pro Verpackungsfraktion tätig sind und nicht wie bisher nur ein System (für ganz Österreich). Damit verbindet sich die Befürchtung, dass ua durch Mengensplittung, unterschiedliche Dokumentationserfordernisse und Rechnungsadressaten ein erhöhter Verwaltungsaufwand entsteht, der zu Kostensteigerungen (letztlich bei den Konsumenten) führen wird. Verbesserungen der Sammlung, wie sie bisher mit einem System und dem Sammler erarbeitet wurden, seien bei mehreren Systemen kaum mehr direkt umsetzbar. Zudem werde der Sammler zum „Diener mehrerer Herren“, was ohne erheblichen Abstimmungs-, Koordinierungs- und Organisationsaufwand ins Chaos führen würde.

Zum andern wird befürchtet, dass es durch die Ausschreibung der Sammelleistungen durch im Wettbewerb erfolgreiche private Billigstbieter zu einem Qualitätsverlust bei der Sammlung kommt, erfahrene kommunale Sammler uU den Zuschlag nicht erhalten würden, die Gemeinde jedoch von den Bürgern für den Qualitätsverlust der Sammlung verantwortlich gemacht werden würde.

(21)

Die Bedenken haben unterschiedliches Gewicht. Letztere Gegenargumente zeigen mE

nur ein durchaus beherrschbares Risiko auf. Es ist keineswegs ausgemacht, dass ein Vergabewettbewerb notwendig zur Billigstbietervergabe führen muss. Sowohl der unabhängige Dritte als auch das ausschreibende Sammel- und Verwertungssystem können durch eine Richtlinie des BMLUFUuW iSd § 29b Abs 8 Entw AWG-Nov 2013 zur Vergabe an den **Bestbieter** verpflichtet werden²⁵. Für die Ausschreibung ist ein Verfahren nach vorheriger Bekanntmachung gemäß BVergG verlangt²⁶. Das kann ohne weiteres ein (zweistufiges) Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung sein, in dem die vergebende Stelle genug Möglichkeiten besitzt, ihre Qualitätsvorstellungen im Verhandlungsweg vertraglich zu verwirklichen, zumal durch die Vorgabe anspruchsvoller Eignungs- und Auswahlkriterien von vornherein (in der 1. Stufe) die „Spreu vom Weizen“ getrennt werden kann.

B. Ansätze für eine intrasystematische Lösung: Ausnahme von der Ausschreibungspflicht für kommunale Sammelstrukturen

(22)

Vor allem ist zu bedenken, dass **kommunale Unternehmen** in der Rechtsform des Eigenbetriebs der Gemeinde **nicht dem Wettbewerb ausgesetzt werden müssen**, solange sie die im Allgemeininteresse gelegene Aufgabe der Abfallsammlung fortführen (wollen). Gleiches wird für jene Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit gelten, welche die Abfallsammlung für die Gemeinde in einer vergaberechtsfreien Inhouse-Beziehung besorgen.

Denn die **Sammel- und Verwertungssysteme**, die mit den Sammlern die Sammelverträge schließen, sind ihrerseits **keine öffentlichen Auftraggeber**.²⁷ Sie sind daher vergaberechtlich zur Ausschreibung nicht verpflichtet. Diese ergibt sich nur aus dem Entw AWG-Nov 2013, welcher die Ausschreibungspflicht vorsieht. Der AWG-Gesetzgeber könnte sie jedoch auf jene Sammelregionen beschränken, in denen eine Gemeinde kein kommunales Sammelsystem betreibt. Schon jetzt sieht § 29b Abs 8

²⁵ Die Erl zum Entw AWG-Nov 2013, S 7 sprechen selbst vom Vertragsabschluss mit dem Bestbieter.

²⁶ Siehe GA oben (16), (17).

²⁷ Siehe GA oben FN 21; BVA 26.5.2004, 05F-1/04-29 für ÖKK Österreichischer Kunststoff Kreislauf.

Entw AWG-Novelle 2013 eine Ausnahme von der Ausschreibungspflicht für Sammelkategorien vor, die in kommunalen Sammeleinrichtungen gesammelt werden (Altpapiersammlung, Sammlung von Verpackungen in Altstoffsammelzentren und Recyclinghöfen)²⁸. Es **spricht nichts dagegen**, die Sammel- und Verwertungssysteme auch von der **Ausschreibungspflicht** der Sammel Tätigkeit in Sammelregionen zu **befreien**, in denen eine **kommunale** (eigenbetriebliche oder inhouse vergebene) **Einrichtung** die Sammlung durchführt.

(23)

Die Sichtweise kann auch mit der vom EuGH zuletzt in der Rs „Sea“²⁹ geäußerten Rechtsansicht begründet werden. Dort heißt es:

„Eine öffentliche Stelle hat nämlich die Möglichkeit, ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit ihren eigenen administrativen, technischen und sonstigen Mitteln zu erfüllen, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden, die nicht zu ihren Dienststellen gehören (Urteile Stadt Halle und RPL Lochau, Randnr. 48, Coditel Brabant, Randnr. 48, und Kommission/Deutschland, Randnr. 45).

Von dieser Möglichkeit, zur Erfüllung ihres gemeinwirtschaftlichen Auftrags auf ihre eigenen Mittel zurückzugreifen, können die betreffenden öffentlichen Stellen in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen Gebrauch machen (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 19. April 2007, Asemfo, C-295/05, Slg. 2007, I-2999, Randnr. 57, und Coditel Brabant, Randnr. 49).“

Letztere Aussage findet sich auch im kurz vorher ergangenen Urteil in der Rs „Stadtreinigung Hamburg“ v. 9.6.2009, Rs C-480/06:

„Der Gerichtshof hat u. a. festgestellt, dass eine öffentliche Stelle ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit ihren eigenen Mitteln und auch in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen erfüllen kann, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden, die nicht zu ihren Dienststellen gehören (vgl. Urteil Coditel Brabant, Randnrn. 48 und 49).

Die Kommission hat im Übrigen in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, dass sie, wäre die fragliche Zusammenarbeit in Form der Schaffung einer Einrichtung des öffentlichen Rechts erfolgt, die von den verschiedenen Körperschaften damit betraut worden wäre, die im Allgemeininteresse liegende Aufgabe der Abfallentsorgung wahrzunehmen, akzeptiert hätte, dass die Nutzung der Anlage durch die betreffenden

²⁸ Siehe dazu Erl Entw AWG-Novelle 2011, S 7.

²⁹ EuGH 10.9.2009, Rs C-573/07 Rn 57, 58 und die dort zitierte Vorjudikatur.

Landkreise nicht der Regelung über öffentliche Aufträge unterliege. Sie ist jedoch der Auffassung, dass ohne eine solche Einrichtung der interkommunalen Zusammenarbeit der zwischen der Stadtreinigung Hamburg und den betreffenden Landkreisen vereinbarte Dienstleistungsauftrag hätte ausgeschrieben werden müssen.

Jedoch ist festzustellen, dass zum einen das Gemeinschaftsrecht den öffentlichen Stellen für die gemeinsame Wahrnehmung ihrer öffentlichen Aufgaben keine spezielle Rechtsform vorschreibt. Zum anderen kann eine solche Zusammenarbeit öffentlicher Stellen das Hauptziel der Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen – einen freien Dienstleistungsverkehr und die Eröffnung eines unverfälschten Wettbewerbs in allen Mitgliedstaaten – nicht in Frage stellen, solange die Umsetzung dieser Zusammenarbeit nur durch Überlegungen und Erfordernisse bestimmt wird, die mit der Verfolgung von im öffentlichen Interesse liegenden Zielen zusammenhängen, und der in der Richtlinie 92/50 genannte Grundsatz der Gleichbehandlung der Interessenten gewährleistet ist, so dass kein privates Unternehmen besser gestellt wird als seine Wettbewerber (vgl. in diesem Sinne Urteil Stadt Halle und RPL Lochau, Randnrn. 50 und 51).“

(24)

Es wird nicht verkannt, dass der EuGH in beiden Rechtssachen eine von der hier zu beantwortenden Frage unterschiedliche Vorlagefrage beantwortet hat. Denn in beiden Sachverhalten ging es um die Frage, ob ein öffentlicher Auftraggeber (Commune di Ponte Nossa bzw vier Landkreise in der Umgebung der Stadt Hamburg) mit der Besorgung ihrer Abfallwirtschaft eine aus mehreren Kommunen gebildete Entsorgungs-AG ohne Vergabeverfahren auch dann betrauen können, wenn die betrauende Gemeinde an ihr nur minderheitsbeteiligt ist (Zulässigkeit der Inhouse-Vergabe durch einen beteiligten Minderheitsgesellschafter) bzw allein aufgrund einer vertraglichen (horizontalen) Kooperation eine vergaberechtsfreie Betreuung zulässig ist (also ohne Gründung einer gemeinsamen, aufgabenbesorgenden Inhouse-Tochter).

Jedoch kann den Urteilen die Rechtsansicht entnommen werden, dass sich ein öffentlicher Auftraggeber **nicht** auf den „**Markt begeben**“ muss, wenn er eine im öffentlichen Interesse gelegene Aufgabe mit **eigenen** marktfernen, dh ohne Beteiligung Privater bestehender **Strukturen** (Eigenbetrieb, Inhouse-Gesellschaft [vertikale Kooperation] interkommunale Kooperation) besorgen will.

(25)

Die hier zu beantwortende Frage ist freilich etwas anders gelagert. Sie lautet: Steht Unionsrecht einer gesetzlichen Regelung entgegen, die einem **privaten Vertragspartner** (den Sammel- und Verwertungssystemen) einen kommunalen Sammler **andient**? Dies wäre ja die Folge, wenn das Sammel- und Verwertungssystem in den Sammelregionen nicht „ausschreiben“ dürfte, in denen eine „gemeindeeigene“ Sammelstruktur besteht, mit welcher das Sammel- und Verwertungssystem (zu angemessenen Preisen) kontrahieren müsste. Die Frage lässt sich auch anders stellen: Ist es unionsrechtlich geboten, eine kommunale Entsorgungsstruktur zu privatisieren, genauer: im Wettbewerb erfolgreich zu sein, um weiter bestehen zu können?

Das ist unter Zugrundelegung der referierten Rechtsansicht des EuGH zu verneinen. Wenn eine kommunale Sammelstruktur **ohne Beteiligung eines Privaten** zur Besorgung einer im öffentlichen Interesse gelegenen Aufgabe, für welche die Gemeinde ohne Zweifel im eigenen Wirkungsbereich zuständig ist, besteht, darf sie diese Aufgabe mit eigenen Mitteln (Eigenbetrieb, Inhouse-Gesellschaft, interkommunale Zusammenarbeit) erfüllen, ohne sich dieses „Recht“ erst im Wettbewerb erkämpfen zu müssen. Dann darf aber auch der Gesetzgeber für die Sammelregion, in denen eine kommunale Sammelstruktur besteht, auf eine Ausschreibung der Sammeltätigkeit verzichten und anordnen, dass sich in solchen Sammelregionen tätige Sammel- und Verwertungssysteme der bestehenden kommunalen Sammelstruktur zu bedienen haben. Ein Zwang zum Wettbewerb besteht insofern nicht. Eine im Sinne des EuGH-Urteils in der Rs Stadt Halle³⁰ verpönte Diskriminierung privater Sammler läge nur vor, wenn an der kommunalen Sammlungsstruktur ein Privater beteiligt wäre. Dies ist indessen nicht der Fall.

³⁰ EuGH 11.1.2005, Rs C-26/03. Dort heißt es in Rn 51:

„Zweitens würde die Vergabe eines öffentlichen Auftrags an ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen ohne Ausschreibung das Ziel eines freien und unverfälschten Wettbewerbs und den in der Richtlinie 92/50 genannten Grundsatz der Gleichbehandlung der Interessenten beeinträchtigen, insbesondere weil ein solches Verfahren einem am Kapital dieses Unternehmens beteiligten privaten Unternehmen einen Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten verschaffen würde.“

C. Das Marktführer-Modell

(26)

Selbst wenn der soeben unter B. als zulässig erkannte Weg eines **Verzichts auf Ausschreibung der Sammlerleistung** in Sammelregionen, in denen eine **kommunale Sammelstruktur** besteht, vom AWG-Gesetzgeber vernünftigerweise beschränkt werden würde, änderte dies nichts an den berechtigten Befürchtungen, die im Zusammenhang mit der Tätigkeit mehrerer Sammel- und Verwertungssysteme für dieselbe Verpackungskategorie in ein und derselben Sammelregion geäußert wurden³¹.

(27)

Um auch diese Defizite auszugleichen, könnte ein sogen. **Marktführer-Modell** vorgesehen werden. Nach diesem Modell soll das System, welches den höchsten Anteil der Lizenzmenge pro Packstoff aufweist (Leitsystem), die Systemausrichtung und Vergabe der Sammelleistung pro Packstoff für ganz Österreich durchführen.

(28)

Im Kern bedeutet dieses Modell, dass das System mit dem höchsten Lizenzmengenanteil in Absprache mit den Kommunen die Sammlung ausrichtet und (soweit nicht entsprechend leistungsfähige kommunale Sammeleinrichtungen bestehen³²) die Sammelleistung im Wettbewerb vergibt. Die anderen am Markt tätigen Sammel- und Verwertungssysteme haben einen Anspruch auf Mitbenützung der Sammelinfrastruktur des Leitsystems und damit auch auf Inanspruchnahme des vom Leitsystem ausgewählten Sammlers.

Das Mitbenutzungsrecht ist ganz entscheidend, weil die anderen Sammel- und Verwertungssysteme die Chance haben müssen, durch Akquisition von Lizenzmengenanteilen bei den Primärverpflichteten selbst für die nächste Periode zum Marktführer für eine oder mehrere Verpackungskategorien zu werden.

³¹ Siehe GA oben (20) Abs 2.

³² Siehe GA oben (22)-(25).

(29)

An den definierten Übergabestellen werden die von den Sammlern aufgebrachten Sammelmengen anhand der Lizenzmengen auf die **Sortierer** und auf die **Verwerter**, die jedes Sammel- und Verwertungssystem für sich im Wege vertraglicher Vereinbarung auswählt und bezahlt, aufgeteilt. Insofern besteht auf **Verwertungsebene** Wettbewerb zwischen den Sortierern und Verwertern.

(30)

Für die **Finanzierung der Sammlung** bestehen zwei Varianten: Entweder bezahlen die mitbenützenden anderen Sammel- und Verwertungssysteme den vom Leitsystem ausgewählten Sammler lizenzanteilsabhängig direkt³³ oder das Leitsystem bezahlt den von ihm beauftragten Sammler für die gesamte Sammelmenge und erhält von den anderen Sammel- und Verwertungssystemen eine entsprechende Refundierung.

Der Weg, den die Zahlungsströme nehmen, ist jedenfalls wettbewerbsrechtlich neutral.

(31)

Vom Modell der Zulosung³⁴ unterscheidet sich das Marktführer-Modell vor allem dadurch, dass der direkt oder im Wettbewerb beauftragte Sammler im Hinblick auf die Erbringung der Sammelleistung nur **einem Vertragspartner**, nämlich dem die Sammlung ausrichtenden Sammel- und Verwertungssystem gegenübersteht, der den höchsten Anteil der Lizenzmenge pro Packstoff für ganz Österreich aufweist³⁵ und daher in jeder Sammelregion die Sammlung ausrichtet³⁶. Die Sammel- und Verwertungssysteme mit geringeren Marktanteilen stehen als Mitbenützer des Leitsystems zum Sammler in keiner Vertragsbeziehung³⁷.

³³ Neben einem an das Leitsystem zu entrichtenden Kostenbeitrag für die Ausrichtung der Sammlung.

³⁴ Siehe GA oben (17), (18).

³⁵ Siehe GA oben (27), (28).

³⁶ Das lässt Effizienzvorteile und Synergieeffekte erwarten und vermeidet die oben unter ((20), Abs 2) angeführten Schwierigkeiten.

³⁷ Das ist jedenfalls so bei der Refundierungslösung (siehe GA oben unter (30), 2. Alt), kann aber auch für die Variante, nach der die mitbenützenden Systeme den Sammler bezahlen, im

D. Wettbewerbsrechtliche Beurteilung

(32)

Vorab ist festzuhalten, dass das Marktführer-Modell auf den Wettbewerb auf **Verwertungsebene** keine beschränkenden Auswirkungen hat³⁸.

Aber auch auf **Sammelebene** erweist sich das Marktführer-Modell als wettbewerbsneutral. Für ein privates Sammelunternehmen macht es keinen Unterschied, ob es in einem Vergabewettbewerb Bestbieter werden muss, den für die jeweilige Sammelregion ein unabhängiger Dritter³⁹ oder ein zugelostes Sammel- oder Verwertungssystem⁴⁰ oder ein marktführendes Sammel- oder Verwertungssystem veranstaltet. Dass kommunale Sammeleinrichtungen vom Gesetzgeber dadurch „privilegiert“ werden dürfen, dass sie als zu angemessenen Bedingungen kontrahierungsverpflichtete Einrichtungen einem Sammel- und Verwertungssystem angedient werden dürfen⁴¹, hat mit dem Marktführer-Modell nichts zu tun.

Auf dem ersten Blick ließe sich zwar sagen, dass das Marktführer-Modell die Handlungsalternativen des Sammlers insofern beschränkt, als er bei diesem Modell nur einem Vertragspartner, dem Leitsystem, (kontrahierungsverpflichtet) gegenübersteht, während bei den Modellen „unabhängiger Dritter“ und „Zulassung“ mehrere Sammel- und Verwertungssysteme seine Vertrags- (und zunächst Verhandlungs-)partner sind. Das gibt aber nicht ein „Mehr“ an marktbezogenen Handlungsalternativen. Die Qualitätsanforderungen der Sammlung sind in der Leistungsbeschreibung des Vergabeverfahrens vorgegeben und ebenso werden die

Wege einer Anweisung so gestaltet werden, dass zwischen den mitbenützenden Systemen und dem Sammler keine Vertragsbeziehung entsteht: Das Leitsystem (Anweisender) weist die mitbenützenden Systeme (Angewiesenen) an, den Sammler (Anweisungsempfänger) mit schuldbefreiender Wirkung zugunsten des Leitsystems entsprechend deren Aufteilungsmenge zu bezahlen.

³⁸ Siehe GA oben (29).

³⁹ Siehe GA oben (16).

⁴⁰ Siehe GA oben (17).

⁴¹ Siehe GA oben (22)-(25).

„Sammlungspreise“, die ein Sammler angeboten hat, für den Bestbieter im Vergabeverfahren, obwohl es nicht mit einem Vertragsschluss, sondern nur mit einer Bestbieterfeststellung endet, für den nachträglichen Abschluss der Sammelverträge mit den Sammel- und Verwertungssystemen verbindlich sein. Andernfalls hätte eine Bestbieterermittlung, die den potentiellen Sammlungspartner erweisen soll, wohl keinen Sinn. Zudem ist der ausgewählte Sammler zur Gleichbehandlung der Sammel- und Verwertungssysteme verpflichtet (§ 29c Abs 1 Entw AWG-Nov 2012).

Alles in Allem hat der ausgewählte Sammler schon aufgrund der gesetzlichen Rahmenbedingungen keinen nennenswerten Handlungsspielraum, der ihm durch das Marktführer-Modell genommen werden könnte.

(33)

Eingehenderer Betrachtung bedarf jedoch das Marktführer-Modell hinsichtlich seiner Auswirkungen auf der **Systemebene**.

(34)

Die Auswirkung des Marktführer-Modells auf dem „Entpflichtungsmarkt“⁴² und damit die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit dieses Modells ist im Lichte des **Art 106 iVm Art 102 AEUV** zu würdigen und zu beantworten.

Gemäß Art 106 Abs 1 ist es den Mitgliedstaaten verboten, in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf **Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren**, Maßnahmen zu setzen oder beizubehalten, durch die staats- und/oder unternehmensbezogenes Unionsrecht verletzt wird. Im Wege der Unterbindung mitgliedstaatlicher Vertragsverletzung normiert Art 106 Abs 1 AEUV ein **Besserstellungsverbot** für öffentliche und **privilegierte** Unternehmen⁴³.

Um der Verbotszone des Art 106 Abs 1 AEUV zu unterfallen⁴⁴, muss der Staat einem

⁴² Siehe GA oben (4).

⁴³ Mit der Folge, dass eine Entscheidung der Kommission gegen die Republik Österreich ergehen könnte, die inkriminierte Maßnahme binnen bestimmter Frist bei sonstiger Vertragsverletzungsklage zurückzunehmen.

⁴⁴ Vgl etwa *Kühling*, in: Streinz, EUV/AEUV² (2012) Art 106 AEUV, Rn 2.

privilegierten Unternehmen (**Unternehmen mit Sonderstatus**) durch **unionsrechtswidrige** Vorgangsweisen die **Möglichkeit eröffnen**, unter Bedingungen auf dem relevanten Markt zu agieren, die den dort (normalerweise) bestehenden Rahmenbedingungen nicht entsprechen, und daher eine ungerechtfertigte Begünstigung für das dem Staat besonders verbundene Unternehmen bedeutet⁴⁵, ohne dass es darauf ankommt, dass sich das begünstigte Unternehmen eigenverantwortlich wettbewerbswidrig verhält.

(35)

Art 106 Abs 1 AEUV ist für sich genommen nicht unmittelbar anwendbar, da es lediglich eine Verweisungsnorm darstellt. Es partizipiert jedoch gegebenenfalls an der unmittelbaren Geltung der Einzelnormen, auf die er verweist. Von großer praktischer Bedeutung – und auch hier einschlägig – sind Verstöße gegen **Art 102 AEUV** in Verbindung mit ausschließlichen oder besonderen Rechten.

Art 102 AEUV verbietet Unternehmen die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil derselben.

(36)

Dabei ist umstritten, ob bereits in dem konstituierenden Akt, also der Privilegierung des Unternehmens, eine Maßnahme gesehen werden kann, oder ob Art 106 Abs 1 AEUV nur auf bereits bestehende privilegierte Unternehmen Anwendung findet. An sich handelt es sich beim konstituierenden Akt nicht um eine Maßnahme „in Bezug auf“ ein Unternehmen⁴⁶. Daher hat der EuGH festgestellt, dass die Gewährung des ausschließlichen oder besonderen Rechts iSv Art 106 Abs 1 AEUV als solches noch keinen Verstoß gegen Art 102 AEUV darstellt, auch wenn diese zu einer

⁴⁵ Vgl *Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd 2, Rz 1994.

⁴⁶ *Ehricke*, EuZW 1993, 211 (212); *Hochbaum/Klotz*, in: von der Groeben/Schwarze, Art 86 EGV Rn 14.

marktbeherrschenden Stellung bzw zu einem Monopol führt⁴⁷. In seiner Rechtsprechung zu den gesetzlichen Monopolen hat der EuGH die unterschiedliche Beurteilung von Bestand und Begründung der ausschließlichen Rechte und deren Ausübung jedoch relativiert und die Anforderungen an die Gewährung besonderer bzw ausschließlicher Rechte in der Folgerechtsprechung kontinuierlich verschärft⁴⁸. So liegt ein Verstoß gegen das Verbot des Art 106 Abs 1 iVm Art 102 AEUV nach der EuGH-Rechtsprechung dann vor, wenn eine Situation entsteht, die ein **missbräuchliches Verhalten zwangsläufig herbeiführt⁴⁹ oder zumindest begünstigt⁵⁰**.

Ein Verstoß gegen Art 102 iVm Art 106 Abs 1 AEUV kann damit unabhängig von einem tatsächlichen Verstoß des Unternehmens, das von dem gewährten Recht Gebrauch macht, gegen das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung festgestellt werden.⁵¹ Eine konsequente Fortentwicklung dieser strengen Anwendung des Art 106 Abs 1 AEUV wirft die grundsätzliche Frage der Rechtmäßigkeit von ausschließlichen (und besonderen) Rechten auf, die nicht aufgrund objektiver, angemessener und nicht diskriminierender Kriterien vergeben werden.

Gleichwohl ist mit dem **EuG** daran festzuhalten, dass sich zwar aus der

⁴⁷ St RspR vgl EuGH Rs C-41/90, Höfner und Elsner, Slg 1991, I-1979 Rn 29; Rs C-203/96, Dusseldorp, Slg 1998, I-4075 Rn 60 f; Rs 266/96, Corsica Ferries France, Slg 1998, I-3949 Rn 40 f; EuGH verb Rs C-180-184/98, Pavlov, Slg 2000, I-6451 Rn 127.

⁴⁸ Im Sinne der traditionellen Rechtsprechung siehe EuGH Rs 155/73, Sacchi, Slg 1974, 409 Rn 14; zum Wandel in der Rechtsprechung vgl insbesondere EuGH Rs C-202/88, Frankreich/Kommission, Slg 1991, I-1223 Rn 22; EuGH Rs C-260/89, ERT, Slg 1991, I-2925 Rn 35; EuGH Rs C-179/90, Merci convenzionali porto di Genova, Slg 1991, I-5889 Rn 16 f und EuGH Rs C-320/91, Corbeau, Slg 1993, I-2533 Rn 11 ff.

⁴⁹ EuGH Rs C-41/90, Höfner und Elsner, Slg 1991, I-1979 Rn 31 ff; Rs C-323/93, Centre d'insémination de la Crespelle, Slg 1994, I-3077 Rn 18, 20 ff; Rs C-242/93, GT-Link, Slg 1997, I-4449 Rn 33 f; EuGH Rs C 163/96 Raso u.a., Slg 1998, I-533 Rn 29 f; EuGH Rs C-203/96, Dusseldorp, Slg 1998, I-4075 Rn 61; Rs C-209/98, Sydhavnens Sten & Grus, Slg 2000, I-3743 Rn 66; EuGH Rs C-340/99, TNT Traco, Slg 2001, I-4109 Rn 44.

⁵⁰ EuGH Rs C-260/89, ERT, Slg 1991, I-2925 Rn 37; EuGH Rs C-179/90, Merci convenzionali porto di Genova, Slg 1991, I-5889 Rn 19 f; EuGH Rs C-18/88, GB-Inno-BM SA, Slg 1991, I-5941 Rn 24 f; EuGH Rs C-209/98, Sydhavnens Sten & Grus, Slg 2000, I-3743 Rn 66; EuGH verb Rs C-180-184/98, Pavlov, Slg 2000, I-6451 Rn 127; EuGH Rs C-475/99, Ambulanz Glöckner, Slg 2001, I-8089 Rn 39.

⁵¹ Ebenso *Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker, Art 31, 86 Rn 72 ff; *Burmeister/Staebe*, EuR 2004, 810 (819 f); *Kühling*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art 106 Rz 27.

Rechtsprechung des EuGH ergibt, dass ein Mitgliedstaat schon dann gegen Art 106 iVm Art 102 AEUV verstößt, wenn das betreffende Unternehmen bereits durch die Ausübung der ihm übertragenen ausschließlichen oder besonderen Rechte dazu gebracht wird, seine beherrschende Stellung missbräuchlich auszunutzen, oder wenn durch diese Rechte ein Lage geschaffen werden könnte, in der dieses Unternehmen zur Begehung eines solchen Missbrauches gebracht wird, jedoch sich **aus dieser Rechtsprechung noch nicht ergibt**, „**dass allein die Tatsache, dass das betreffende Unternehmen sich aufgrund einer staatlichen Maßnahme in einer gegenüber seinen Wettbewerbern vorteilhaften Lage befindet, an sich schon ein Missbrauch einer beherrschenden Stellung darstellt**“⁵².

Ist die staatliche Maßnahme, die ein Unternehmen privilegiert, für sich allein noch kein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung iSd Art 102 AEUV, muss die Kommission den Nachweis führen, **welches missbräuchliche Marktverhalten** dem marktbeherrschenden Unternehmen durch die Privilegierung ermöglicht wird⁵³.

(37)

Fallgruppen, in denen ein Verstoß gegen Art 102 iVm Art 106 Abs 1 AEUV bejaht wurde, betreffen eine staatliche Maßnahme, die das Unternehmen durch Auferlegung überhöhter Tarife zu Wettbewerbsverstößen zwingen⁵⁴ oder ihm Rechte einräumen, Gebühren für nicht selbst erbrachte Leistungen zu fordern⁵⁵ sowie die Fälle der ungerechtfertigten Erweiterung des Monopols auf einen benachbarten Markt⁵⁶, der Behinderung des Marktzugangs für potenzielle Konkurrenten⁵⁷, der Hemmung der

⁵² EuG 20.9.2012, T-169/08, DEI Rn 103.

⁵³ Ganz in diesem Sinne EuGH 22.5.2003, Rs C-462/99, Connect Austria, Rn 43-45, 86 f, ebenso EuGH 25.6.1998, Rs C-203/96, Dusseldorp, Rn 61-63.

⁵⁴ EuGH Rs 30/87, Bodson, Slg 1988-2479 Rn 34; EuGH Rs C-147 und C-148/97, Deutsche Post, Slg 2000, I-825 Rn 58, 61; KomE v. 26.7.2000, Rabatte für Start- und Landegebühren auf spanischen Flughäfen, ABI 208/36, Ziff 56, 62.

⁵⁵ EuGH Rs C-340/99, TNT Traco, Slg 2001, I-4109, Rn 45 ff.

⁵⁶ EuGH Rs 311/84, CBEM/CLT und IPB, Slg 1985, 3261 Rn 25 f; EuGH verb Rs C-271/90, C-281/90 u C-289/90, Telekommunikationsdienste, Slg 1992, I-5833, Rn 36 ff; EuGH Rs C-475/99, Ambulanz Glöckner, Slg 2001, I-8089 Rn 40 ff; Kom E v. 21.12.2000, Neue postalische Dienste in Italien, ABI 2001 L 63/59, Ziff 24.

⁵⁷ Etwa, indem wesentliche Betriebsmittel vorenthalten werden, wobei nicht erforderlich ist, dass die Wettbewerber auf den gleichen Märkten aktiv sind: EuG, Rs T-128/98, Aéroport de

technischen Entwicklung⁵⁸, der ungenügenden Bedienung der Leistungsnachfrage⁵⁹, der Erzeugung von Interessengegensätzen⁶⁰ oder des Fehlens von angemessenen und nicht diskriminierenden Verhaltensregeln für die Betätigung des Monopols im Wettbewerb⁶¹.

(38)

Wendet man die **vorstehenden Grundsätze** auf das Marktführer-Modell an, ist zunächst festzuhalten, dass der Gutachter (ungeprüft) davon ausgeht, dass der „Entpflichtungsmarkt“ für auf Haushaltsverpackungen bezogene Sammel- und Verwertungssysteme in Österreich ein **eigener Markt** iSd Art 102 AEUV ist und dass das **ARA-System** auf diesem **marktbeherrschend** ist.

Die Anwendungsvoraussetzung des Art 102 AEUV ist sohin gegeben.

(39)

Sodann ist zu prüfen, ob mit einer gesetzlichen oder verordnungsmäßigen Verankerung des Marktführer-Modells, dem **ARA-System eine privilegierte Stellung** iSd Art 106 AEUV eingeräumt werden würde.

Die ARA-AG ist kein öffentliches Unternehmen. Nach der üblichen Definition eines **ausschließlichen Rechts** würde dem ARA-System damit kein solches eingeräumt.

Paris/Kommission, Slg 2000, II-3929 Rn 164 ff; KomE v. 21.12.1999, Zugang zum Hafen von Rødby, ABI 1994 L 55/52, Ziff 12; XXX. Wettbewerbsbericht der Kommission (2000), SEK(2001) 694 endg, Rn 98; vgl auch *Schnelle*, EuZW 1994, 556.

⁵⁸ KomE v. 18.12.1996, Spanische Bedingungen für GSM-Mobilfunknetzbetreiber, ABI 1997 L 76/19, Ziff 10, Rn 21.

⁵⁹ EuGH Rs C-41/90, Höfner und Elsner, Slg 1991-1979 Rn 34; EuGH Rs C-202/88, Frankreich/Kommission, Slg 1991, I-1223 Rn 35, 42; EuGH Rs C-55/96, Job Centre, Slg 1997, I-7119 Rn 32 ff; siehe auch EuGH Rs C-475/99, Ambulanz Glöckner, Slg 2001, I-8089 Rn 63 ff.

⁶⁰ ZB wenn die Vertriebstätigkeit und die Befugnis zur Festlegung von technischen Spezifikationen für Endgeräte sich in der Hand des alleinigen Netzbetreibers vereinen, EuGH Rs C-18/88, GB-Inno-BM SA, Slg 1991, I-5941 Rn 25; EuGH Rs C-91/94, Tranchant, Slg 1995, I-3911 Rn 18 f; EuGH Rs C-163/96, Raso u.a., Slg 1998, I-533 Rn 28 ff; KomE v. 21.10.1997, Italienisches Hafentarbeitsgesetz, ABI 1997 L 301/17, Ziff 30; KomE v. 23.10.2001, La Poste, ABI 2002 L 120/19, Ziff 87.

⁶¹ Dies ist jedenfalls mittelbar der Rechtsprechung EuGH Rs C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova*, Slg 1991, I-5889 Rn 19 zu entnehmen.

Denn die ARA-AG hätte mit dem Marktführer-Modell kein Recht erhalten, das ihr durch staatliche Maßnahme im gesamten Hoheitsgebiet oder für einen wesentlichen Teil desselben in ausschließlicher Weise derart gewährt wurde, dass es nicht mit anderen um Marktanteile konkurriert⁶².

Ein **besonderes Recht** liegt vor, wenn die Ausübung einer Tätigkeit in einem bestimmten Gebiet aufgrund von Rechts- oder Verwaltungsvorschriften einer begrenzten Anzahl von Unternehmen vorbehalten sind⁶³.

(40)

Nun ist es ein Faktum, dass aufgrund der Funktionsweise der bestehenden Sammel- und Verwertungsorganisation das ARA-System **derzeit** das einzige System ist, das nach den Kriterien des Marktführer-Modells diese Position für alle Verpackungsfractionen „besetzen“ würde. Das ARA-System nähme damit auf Systemebene eine Position ein, die ihre Mitbewerber derzeit nicht erlangen können. Diese Position ist dadurch gekennzeichnet, dass der Marktführer das Sammelsystem für jede Sammelregion und für jede Verpackungskategorie ausrichtet und einziger Vertragspartner der Sammler ist, während die Mitbewerber für eine Übergangsfrist sein System mitbenützen dürfen. Das hat für diese zur Folge, dass die Mitbenutzungskosten, die vom Marktführer im Rahmen der Angemessenheit festgelegt werden, ein „Kalkulationsdatum“ sind, das sie bei der Festlegung der Lizenzgebühr zu berücksichtigen haben und damit in der Gestaltung der Lizenzgebühr gegenüber den entpflichtungswilligen Lizenznehmern in gewisser Weise eingeschränkt sind. Anders gesagt: Die Kosten des Sammelsystems können sie nicht selbst gestalten, wohl aber die Kosten der Verwertungsebene (Sortierer, Verwerter). Man kann es auch so sagen: Der Preiswettbewerb (nicht aber der Qualitätswettbewerb) auf dem Entpflichtungsmarkt wird durch das Marktführer-Modell zu Lasten der Mitbewerber beschränkt. Es bleibt aber den Mitbewerbern gleichwohl noch ein preislicher Gestaltungsspielraum.

⁶² Vgl. *Kühling*, in: Streinz EUV/AEUV Art 106 Rn 20.

⁶³ Vgl. *Kühling*, in: Streinz EUV/AEUV Art 106 Rn 21.

(41)

Für die Frage, ob dem ARA-System durch die Verankerung des Marktführer-Modells (zumindest) ein **besonderes Recht** eingeräumt wird, ist zu berücksichtigen, dass der Vorteil der „Marktführerschaft“ für das ARA-System Ergebnis des bisherigen Organisationsmodells ist, das jetzt dem Wettbewerb geöffnet wird.

Wenn verbliebende Vorteile aus vormals gewährten ausschließlichen oder besonderen Rechten von Art 106 Abs 1 AEUV nicht erfasst werden⁶⁴, kann umso weniger angenommen werden, dass eine nach dem bisherigen Organisationssystem rein tatsächlich aufgebaute Marktstellung, die jetzt dazu führt, dass dieses Unternehmen die sachlich gerechtfertigten und objektiven Kriterien eines **Leitsystems** erfüllt, von Art 106 AEUV erfasst wird. Insofern kann mit guten Gründen bezweifelt werden, dass mit der Einführung des Marktführer-Modells der ARA-AG ein besonderes Recht iSd Art 106 Abs 1 AEUV verliehen wird.

(42)

Hinzu kommt, dass das Marktführer-Modell nicht dazu führt, dass die bevorzugte Stellung des ARA-Systems einzementiert wird. Die Mitbenützungsregelung führt dazu, dass die anderen (genehmigten) Systeme im Preis-, Konditionen- und Qualitätswettbewerb mit dem ARA-System auf dem „Entpflichtungsmarkt“ Marktanteile (Lizenzanteile) hinzugewinnen können und im Laufe der Zeit die ARA-AG für einzelne Verpackungskategorien von ihrer Marktführerstellung verdrängen können.

(43)

Selbst wenn man – entgegen der hier vertretenen Position – annehmen möchte, dass mit der Verankerung des Marktführer-Modells dem ARA-System aufgrund der faktischen Situation ein besonderes Recht verliehen wäre, ist nicht ersichtlich, wie durch die mit dem Marktführermodell verbundenen Rechte eine Situation entstehen sollte, die ein **missbräuchliches Verhalten des begünstigten Unternehmens zwangsläufig herbeiführt oder zumindest begünstigt**.⁶⁵

⁶⁴ So zutr. *Kühling*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art 106 Rn 23.

⁶⁵ Siehe dazu GA oben (36), (37).

Auf dem Systemmarkt (Entpflichtungsmarkt) ist die ARA-AG ausreichendem Wettbewerb durch die anderen zugelassenen Systeme ausgesetzt. Sie wird dort keine unangemessenen Lizenzbedingungen erzwingen können. Gegenüber der nachgelagerten Wirtschaftsstufe der Sammler ist der Marktführer zwar der einzig mögliche Vertragspartner. Doch sind die kommunalen Sammeleinrichtungen ihrerseits Verhandlungspartner „von Gewicht“. Soweit der Marktführer verpflichtet ist, die Sammler im Ausschreibungswettbewerb zu beauftragen, wird der Ausschreibungswettbewerb für ein Preis- und Konditionenniveau, das der Marktführer bei sonstiger Verletzung fundamentaler Vergabegrundsätze nicht mit Preisdumping-Verhandlungen unterlaufen darf, sorgen.

(44)

Aus **Gründen der Vorsicht** wird freilich empfohlen, das Marktführermodell so auszugestalten, dass der Marktführer gehindert wird, auf dem Sammlermarkt selbst oder durch abhängige Gesellschaften eine Sammeltätigkeit auszuüben. Zudem sollte eine sachverständige Schlichtungsstelle eingerichtet werden, die für Beschwerden betreffend die Angemessenheit des Mitbenützungsentgelts zuständig und unbürokratisch zugänglich ist.

IV. Ergebnis

(45)

Das Marktführer-Modell ist sachlich begründet und wettbewerbsrechtlich zulässig. Insoweit spricht daher nichts dagegen, dieses Modell im Zuge der AWG-Novelle gesetzlich zu verankern.

St. Veit an der Gölsen
14.2.2013



o. Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher