

Workshop 2: Von der Praxis ins Gesetz: Vergaberecht im Verpackungsgesetz

Statement



Oberregierungsrat Dr. Matthias Klein

Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit, Bonn

1. Einleitung: Besondere Wettbewerbssituation auf dem Markt der haushaltsnahen Verpackungsentsorgung

Die Verpackungsverordnung (VerpackV) und das künftige Verpackungsgesetz (VerpackG) regeln die Umsetzung der Produktverantwortung in Bezug auf alle in Deutschland in den Verkehr gebrachten Verpackungen. Während die Produktverantwortung im industriellen/großgewerblichen Bereich durch individuelle Rücknahme- und Wertungspflichten umgesetzt wird, besteht für Hersteller von befüllten Verkaufs- und Umverpackungen, die typischerweise bei privaten Endverbrauchern als Abfall anfallen, eine Pflicht zur Beteiligung an einem oder mehreren (dualen) Systemen. Die Systeme übernehmen dann die Sammlung bei den privaten Endverbrauchern sowie die anschließende Sortierung und Verwertung. In den ersten Jahren der VerpackV gab es nur ein duales System, die Duales System Deutschland GmbH (DSD). Mittlerweile existieren um die zehn Systeme, die miteinander in einem intensiven Wettbewerb stehen.

Als „Flaschenhals“ in diesem Wettbewerb hat sich seit jeher die haushaltsnahe Sammlung herausgestellt. Ein echter Wettbewerb zwischen den Systemen ist bei der Sammlung praktisch nicht möglich. Denn ein solcher würde voraussetzen, dass jedes System seine eigene Sammelstruktur bei den privaten Endverbrauchern errichtet und betreibt, sprich eine eigene gelbe Tonne vor jedes Haus stellt. Das wäre zwar mit der VerpackV und dem zukünftigen VerpackG vereinbar, aber in dem meisten Gebieten bereits aus

Platzgründen kaum realisierbar – und wohl auch den Bürgerinnen und Bürgern nicht vermittelbar.

Aus diesem Grunde gestattet das Gesetz – gewissermaßen als kartellrechtliche Ausnahme – im Hinblick auf die Verpackungssammlung ein Zusammenwirken der Systeme, wovon bisher auch in aller Regel Gebrauch gemacht wurde. Die Systeme verwenden daher nur eine gemeinsame gelbe Tonne, die im Auftrag aller Beteiligten geleert wird. Das hat jedoch die – wettbewerbsrechtlich nachteilhafte – Folge, dass die Systeme bei der Vergabe der Sammelleistung in einem bestimmten Entsorgungsgebiet immer als ein monopolartiger Nachfrageblock auftreten, weshalb der Gesetzgeber hier keine freie Auftragsvergabe zulassen wollte, sondern im neuen § 23 VerpackG die Durchführung eines förmlichen Ausschreibungsverfahrens angeordnet hat.

Die vorgenannten wettbewerbsrechtlichen Besonderheiten gelten im Übrigen nicht für die nachfolgende Sortierung und Verwertung der Verpackungsabfälle, weil die Verpackungsabfälle nach der Sammlung problemlos entsprechend den Marktanteilen auf die einzelnen Systeme aufgeteilt werden können, sodass jedes System anschließend seinen Verpackungsanteil eigenverantwortlich verwerten kann. Im Hinblick auf die Sortierung und Verwertung konkurrieren die Systeme nicht nur untereinander, sondern auch mit den Sammlern anderer Abfallarten, so dass ein Ausschreibungsverfahren hier nicht erforderlich ist. Kartellrechtlich wäre es sogar unzulässig, die Ausschreibung der Sammelleistung mit der anschließenden Sortierung und Verwertung zu verknüpfen, weil dadurch der Wettbewerb zwischen den Systemen zu stark beschränkt würde.

2. Bisherige Ausschreibung nach der VerpackV

Die VerpackV enthält keine konkreten Vorgaben für die Durchführung einer Ausschreibung von Sammelaufträgen durch die Systeme. Gleichwohl geht auch schon die VerpackV von einer Vergabe der Entsorgungsdienstleistungen im Wettbewerb aus. Dementsprechend wird die „wettbewerbsneutrale Koordination der Ausschreibungen“ in § 6 Abs. 7 Satz 2 Nr. 3 VerpackV als eine Aufgabe der Gemeinsamen Stelle der Systeme festgelegt. Da die Systeme – wie oben beschrieben – eine monopolartige Stellung bei der haushaltsnahen Sammlung der Verpackungsabfälle innehaben, wurde diese Pflicht materiell-rechtlich vor allem aus dem Kartellrecht hergeleitet, insbesondere aus den §§ 19 und 20 GWB, aber auch aus dem europäischen Wettbewerbsrecht.

Das genaue Ausschreibungsverfahren für die Glas- und Leichtverpackungen hatten die Systeme in Abstimmung mit dem Bundeskartellamt in einem eigenen „Vertrag über die Grundlagen der Ausschreibung von Verträgen über die Erfassung von Glas- und Leichtverpackungen“ (sog. Ausschreibungsvertrag) geregelt. Die Erfassung der PPK-Verpackungen wurde dagegen grundsätzlich nicht durch die Systeme ausgeschrieben. Da diese in der Regel zusammen mit dem kommunalen Altpapier gesammelt werden, be-

auftragten die Systeme das vom öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger für die Altpapiersammlung ausgewählte Entsorgungsunternehmen jeweils individuell für ihren eigenen Verpackungsanteil.

Die bisherige Praxis sorgte zwar für ein einigermaßen transparentes Ausschreibungsverfahren, erforderte jedoch für jede Anpassung und Konkretisierung des Verfahrens ein Einvernehmen aller Systeme bei gleichzeitiger Billigung durch das Bundeskartellamt. Hinzu kamen Beschwerden von Seiten der kommunalen, aber auch der privaten Entsorgungswirtschaft, wonach es häufig zu Unregelmäßigkeiten bei der Ausschreibung gekommen sei, z. B. zu Nachverhandlungen mit dem Bestbieter, und der Bieterschutz nur unzureichend ausgestaltet sei, was sich nicht zuletzt anhand der geringen Anzahl von Rechtsschutzverfahren zeigte.

3. Überlegungen im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens

Das Bundesumweltministerium als federführendes Ressort für das Gesetzesvorhaben wurde mit zwei gegensätzlichen Ansätzen im Hinblick auf die Regelung der Vergabe der Sammelleistung konfrontiert. Auf der einen Seite war die, vor allem von den Systemen vorgetragene, Forderung, das bisherige Ausschreibungsverfahren so zu belassen wie es ist. Diese schlanke Lösung hätte auf dem bereits existierenden Ausschreibungsvertrag der Systeme aufbauen und gegebenenfalls grobe Rahmenbedingungen im VerpackG verankern können. Eines eigenen Vergaberechtsparagrafen hätte es dafür aber vermutlich nicht bedurft. Die Kontrolle über die Rechtmäßigkeit der vertraglichen Regelungen hätte dann weiterhin beim Bundeskartellamt gelegen.

Auf der anderen Seite standen Forderungen, vor allem von den Kommunen und Ländern, die Systeme weitestgehend wie öffentliche Auftraggeber nach dem GWB zu behandeln, so dass sie grundsätzlich dem Kartellvergaberecht unterworfen wären. Diese Forderungen waren vor allem begründet mit der Erwartung, dass es dadurch zu transparenteren und faireren Vergabeverfahren kommen würde. Auch erhofften sich die Kommunen und Länder eine stärkere Berücksichtigung von ökologischen und sozialen Kriterien bei der Auftragsvergabe, was insbesondere nach der Vergaberechtsnovelle in noch größerem Maße zulässig ist und im Ergebnis die Chancen der kommunalen Bieter gegenüber denjenigen der privaten Entsorgungsunternehmen erhöht hätte. Schließlich würde eine vollumfängliche Anwendung des Kartellvergaberechts auch das Nachprüfungsverfahren beinhalten, welches die Durchsetzung der Bieterrechte im Vergleich zu dem bisherigen Schiedsverfahren deutlich erleichtert hätte.

Diesen Forderungen nach einer Gleichbehandlung der dualen Systeme mit öffentlichen Auftraggebern im Sinne des GWB hielt jedoch das Bundeskartellamt erhebliche wettbewerbsrechtliche Bedenken entgegen. So müsse der Auftraggeber im öffentlichen Vergabeverfahren grundsätzlich eine genaue Auswertung aller eingegangenen Angebote

vornehmen, insbesondere, wenn er eine komplexe Bewertungsmatrix vorgegeben hat. Das sei jedoch höchst problematisch im Hinblick auf die Tatsache, dass es sich bei den dualen Systemen um Wirtschaftsunternehmen handele, die zum Teil eigene Entsorgungsunternehmen im Konzern eingebunden haben (sog. vertikal integrierte Systeme). Durch eine Angebotsauswertung nach dem Vergaberecht könnten solche Systeme wettbewerbsrelevante Informationen, vor allem die Kostenkalkulation, von Bietern und zugleich potentiellen Wettbewerbern im Entsorgungsbereich erhalten. Außerdem wurde eingewandt, dass ein förmliches Vergabeverfahren für private Unternehmen zu umständlich und aufwändig sei (z. B. EU-weite Ausschreibung, Dokumentationspflichten etc.) und auch das Nachprüfungsverfahren des GWB dem Bedürfnis einer raschen Klärung von Streitigkeiten im Wirtschaftsverkehr, insbesondere in der Entsorgungswirtschaft, nicht entspreche.

4. „Kompromisslösung“ im VerpackG

Der Gesetzgeber hat sich in § 23 VerpackG am Ende für eine eigene Lösung entschieden, welche die Bedenken des Bundeskartellamtes größtenteils aufgreift, im Ergebnis aber gleichwohl eine sehr weitgehende Angleichung des verpackungsrechtlichen Ausschreibungsverfahrens an das Kartellvergabeverfahren erreicht. Die Systeme werden also weder wie öffentliche Auftraggeber nach dem GWB behandelt noch erfolgt eine vollumfängliche Verweisung in das Kartellvergaberecht. Vielmehr enthält § 23 VerpackG in seinen 11 Absätzen zunächst ein eigenes Vergabeverfahren, sozusagen ein Vergaberecht sui generis. Dieses ist jedoch fast genauso aufgebaut wie das offene Verfahren nach § 15 VgV. Bei genauem Hinsehen fällt sogar auf, dass viele Formulierungen eins zu eins mit den entsprechenden Passagen im GWB bzw. der VgV übereinstimmen.

An einigen Stellen weicht § 23 VerpackG jedoch auch deutlich von seinem kartellvergaberechtlichen Pendant ab, nämlich dort, wo dies aus den oben genannten wettbewerbsrechtlichen Gründen geboten ist. So muss beispielsweise die Auftragsbekanntmachung gemäß § 23 Abs. 4 Satz 2 VerpackG unabhängig vom Schwellenwert immer über eine spezielle elektronische Ausschreibungsplattform erfolgen; eine EU-weite Auftragsbekanntmachung ist dagegen nicht zwingend vorgesehen. Außerdem hat der Zuschlag nicht auf das wirtschaftlichste Angebot zu erfolgen, sondern gemäß § 23 Abs. 5 VerpackG ausschließlich auf das preislich günstigste Angebot. Dadurch muss der Auftraggeber nicht alle eingegangenen Angebote sichten und bewerten, sondern ihm wird vom Betreiber der Ausschreibungsplattform lediglich das preisgünstigste Angebot vorgelegt, welches er dann nur noch auf die Eignung des Bieters und die Vollständigkeit sowie fachliche und rechnerische Richtigkeit prüfen muss. Schließlich wurde auch auf ein staatliches Nachprüfungsverfahren vor einer Vergabekammer mit anschließender Beschwerdemöglichkeit zum Oberlandesgericht verzichtet. Stattdessen wird der Pri-

märrechtsschutz gegen Ausschreibungsfehler von einem privaten Schiedsgericht wahrgenommen.

Ergänzend dazu werden in § 23 Abs. 11 VerpackG zahlreiche Vorschriften des Kartellvergaberechts für entsprechend anwendbar erklärt. Da sich der Verweis auf die jeweils geltende Fassung des GWB und der VgV bezieht (sog. gleitende bzw. dynamische Verweisung), werden mögliche Änderungen der Bezugsnormen automatisch mit übernommen. Außerdem kann die zu den in Bezug genommenen Normen ergangene Rechtsprechung und vorhandene Literatur ebenfalls entsprechend herangezogen werden. Auf diese Weise erhält das neue „Verpackungsvergaberecht“ eine deutlich höhere Regelungsdichte und lässt sich aufgrund der vielen Bezüge zum bereits bekannten Kartellvergaberecht auch in der Praxis rechtssicher anwenden. Die entsprechende Anwendbarkeit nach § 23 Abs. 11 VerpackG endet allerdings dort, wo in den Absätzen 1-10 ausdrücklich etwas anderes geregelt ist. In diesen Fällen treten die Vorschriften des GWB und der VgV als subsidiär hinter den spezielleren Vorgaben des § 23 VerpackG zurück.

Workshop 2: Von der Praxis ins Gesetz: Vergaberecht im Verpackungsgesetz

Statement



Dr. Hendrik Reffken

Schindler Deutschland AG & Co. KG, Berlin

Übersicht

Die folgenden drei Fragen zum Thema Vergaberecht im Verpackungsgesetz sollen nachfolgend näher beleuchtet werden:

1. Gab es einen Bedarf für die gesetzliche Regelung dieser Materie im Verpackungsgesetz?
2. Ist das öffentliche Vergaberecht die passende Lösung für die Ausschreibungen der dualen Systeme?
3. Das Verpackungsgesetz sieht als Rechtsschutzmittel für unterlegene Bieter ein Schiedsverfahren unter Ausschluss des ordentlichen Rechtsweges vor. Was ist hierbei aus Sicht der dualen Systeme zu bedenken?

Gab es einen Bedarf für eine gesetzliche Regelung?

Die dualen Systeme haben schon in der Vergangenheit die Erfassungsleistungen in einem an das öffentliche Vergaberecht angelehnten Verfahren ausgeschrieben. Die Leistungen wurden nicht freihändig vergeben, sondern im Rahmen eines transparenten und diskriminierungsfreien offenen Ausschreibungsverfahrens, an dessen Ende der Bieter mit dem preislich niedrigsten Angebot den Zuschlag erhielt. Ungeeignete Bieter konnten ausgeschlossen werden. Grundlage für dieses Verfahren bildete ein 2010/2011

zwischen den dualen Systemen geschlossener Ausschreibungsvertrag, in dem die Einzelheiten des Ausschreibungsverfahrens geregelt waren. Da das Bundeskartellamt für eine kartellrechtskonforme Kooperation der dualen Systeme bei der Erfassung der Verpackungsabfälle die Existenz eines entsprechenden diskriminierungsfreien und transparenten Vergabeverfahrens verlangte, konnten sich die dualen Systeme auch nicht ohne Weiteres wieder von dem geschlossenen Ausschreibungsverfahren lossagen. Dieser hatte für die Beteiligten aufgrund der kartellrechtlichen Rahmenbedingungen faktisch einen Stellenwert, der dem eines Gesetzes sehr nahe kam. Der Ausschreibungsvertrag könnte insofern auch als „gesetzsetzendes Vertragsrecht“ bezeichnet werden. Soweit ersichtlich, funktionierte das im Ausschreibungsvertrag geregelte Verfahren recht gut und gab keinen Anlass für größere Kritik.

Gegenüber dem EU-Vergaberecht wies der Ausschreibungsvertrag jedoch eine gravierende Lücke auf: Er kannte keinen speziellen an die engen zeitlichen Fristen angepassten Vergaberechtsschutz für unterlegene Bieter. Diese Lücke schließt nun der § 23 Verpackungsgesetz (VerpackG), der die vergaberechtlichen Vorschriften des Verpackungsgesetzes enthält. Unterlegene Bieter, die eine Verletzung ihrer Rechte durch Nichtbeachtung der Bestimmungen zum Ausschreibungsverfahren geltend machen, können nun die Ausschreibung und die beabsichtigte Zuschlagserteilung durch ein Schiedsgericht im Rahmen eines Verfahrens nach der DIS-Schiedsgerichtsordnung prüfen lassen (§ 23 Abs. 8 und 9 VerpackG).

Damit wird das bestehende Ausschreibungsrecht der dualen Systeme um ein ganz wesentliches Element erweitert. Eine gesetzliche Regelung dieser Materien bietet gegenüber der bisherigen Hilfskonstruktion „gesetzsetzendes Vertragsrecht“ für alle Beteiligten zudem ein höheres Maß an Rechtssicherheit. Die Frage, ob ein Bedarf für eine gesetzliche Regelung bestanden hat, lässt sich daher im Ergebnis wohl mit Ja beantworten.

Ist das öffentliche Vergaberecht die passende Lösung?

Wie in allen anderen Wirtschaftsbereichen auch, gibt es unter den dualen Systemen sogenannte vertikal integrierte Unternehmen. Die Unternehmensgruppe betreibt somit nicht nur ein duales System, sondern sie ist mit anderen Tochtergesellschaften auch auf den nachgelagerten Märkten der Erfassung und Sortierung von Verpackungsabfällen tätig. Dass eine solche vertikale Integration nicht nur zulässig, sondern auch verfassungsrechtlich geschützt ist, steht vor dem Hintergrund der Existenz der Grundrechte der Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 Grundgesetz) und der Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz) außer Frage. Diese vertikale Integration hat zur Konsequenz, dass bei der Ausschreibung eines dualen Systems unter den Bietern auch solche sein können, die mit dem jeweils ausschreibenden dualen System gesellschaftsrechtlich

verbunden sind. Dies führt aus Sicht eines Dritten zu einem gewissen Spannungsverhältnis, insbesondere unter den Gesichtspunkten der Diskriminierungsfreiheit und des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen.

Im öffentlichen Vergaberecht stellt sich ein solches Spannungsverhältnis in der Regel bereits deshalb nicht ein, weil öffentliche Auftraggeber im Falle der Existenz eines rein kommunalen Unternehmens dieses direkt und ohne die Durchführung eines Vergabeverfahrens beauftragen dürfen (Inhouse-Vergabe). Bei den Systemausschreibungen ist die Inhouse-Vergabe für vertikal integrierte Systeme hingegen derzeit nicht vorgesehen, sodass das Spannungsverhältnis anderweitig zu minimieren ist. Dies ist ein Grund, warum das öffentliche Vergaberecht auch nicht 1:1 auf die Systemausschreibungen übertragen werden konnte, sondern im Rahmen des § 23 VerpackG an einigen wesentlichen Stellen modifiziert werden musste.

Folgende Abweichungen sind in diesem Zusammenhang u.a. zu nennen: Anders als das öffentliche Vergaberecht erlaubt der § 23 Abs. 5 VerpackG kein anderes Wertungskriterium als den Preis. In den Prozess der Auswertung der Angebote ist zudem ein unabhängiger Dritter eingeschaltet, der die Angebote entgegennimmt und dem Auftraggeber nur Einblick in das Angebot des Bestbieters bieten darf. Eine Aufteilung in Fach-Lose (wie etwa eine Losaufteilung in Behältergestaltung und Logistik) sieht der § 23 VerpackG nicht vor. Der entsprechende Verweis auf § 97 Abs. 4 GWB fehlt. Diese wesentlichen Änderungen zeigen, dass sich das öffentliche Vergaberecht nur bedingt für die Systemausschreibungen eignet. Abzuwarten bleibt überdies, ob es zukünftig zu Konflikten an den Stellen kommen wird, an denen dem Auftraggeber aufgrund der Anwendung von Vorschriften aus dem öffentlichen Vergaberecht ein Ermessen bzw. ein Beurteilungsspielraum eingeräumt wird, etwa beim Ausschluss von Bestbieter gemäß der §§ 124, 125 GWB, auf die der § 23 Abs. 11 VerpackG ausdrücklich verweist.

Was ist im Zusammenhang mit dem DIS-Schiedsverfahren zu beachten?

Nach § 23 Abs. 8 und 9 VerpackG können unterlegene Bieter die beabsichtigte Zuschlagserteilung durch ein Schiedsgericht im Rahmen eines DIS-Schiedsverfahrens überprüfen lassen. Der ordentliche Rechtsweg soll nach § 23 Abs. 9 VerpackG insoweit ausgeschlossen sein. Ob eine solche gesetzlich angeordnete «Privatisierung der Rechtsprechung», die den Kernbereich hoheitlicher Tätigkeit betrifft, mit dem Grundgesetz vereinbar ist, bedarf noch einer intensiveren verfassungsrechtlichen Diskussion. Um verfassungsrechtlichen Risiken zu begegnen, sollten die dualen Systeme sich jedenfalls nicht nur auf die gesetzliche Zuweisung in § 23 Abs. 8 und 9 VerpackG verlassen, sondern eine entsprechende Schiedsabrede auch zum Gegenstand ihrer Ausschreibungsbedingungen machen. Die Zuständigkeit des Schiedsgerichtes ergibt sich dann zumindest auch aus der Abrede der Parteien, so dass es auf die Wirksamkeit des § 23 Abs.

8 und 9 VerpackG gegebenenfalls nicht mehr ankäme. Da die dualen Systeme gemäß § 23 Abs. 10 VerpackG ohnehin aufgefördert sind, Einzelheiten zum Ausschreibungsverfahren per Vertrag zu regeln, könnte dieser Punkt im neuen Ausschreibungsvertrag mitgeregelt werden.

Dort müsste auch noch eine Lösung für das folgende Problem gefunden werden: Schiedsverfahren und ihre Verfahrensordnungen sind primär zur Lösung von Konflikten zwischen zwei oder mehreren Vertragsparteien konzipiert. Vergaberechtliche Streitigkeiten über die beabsichtigte Zuschlagserteilung betreffen hingegen grundsätzlich drei Parteien: den Auftraggeber, den unterlegenen Bieter und den Bestbieter, wobei zwischen dem unterlegenen Bieter und dem Bestbieter kein Vertragsverhältnis und damit auch keine Schiedsabrede existiert.

Da der Ausgang eines vom unterlegenen Bieter eingeleiteten vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens gemäß der §§ 155 ff. GWB zu Lasten des Bestbieters gehen kann, ist dieser in der Regel zwingend beizuladen. Das Instrument der Beiladung ist der DIS-Schiedsordnung jedoch fremd. Auch hier dürfte es für die dualen Systeme hilfreich sein, im Rahmen der Ausschreibungsbedingungen und im Rahmen des neu abzuschließenden Ausschreibungsvertrags nach § 23 Abs. 10 VerpackG eine Regelung zu treffen, wonach es dem Bestbieter ermöglicht wird, an einem etwaigen Schiedsverfahren nach § 23 Abs. 8 und 9 VerpackG teilzunehmen.