

BVGer B-5194/2020 vom 10. November 2023

Bundesverwaltungsgericht, 2023-11-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-5194_2020

FR: TAF B-5194/2020 du 10 novembre 2023

IT: TAF B-5194/2020 del 10 novembre 2023

Regeste

Preisüberwachung

Erwägungen

E. 1.1

Bei der angefochtenen Verfügung betreffend Verbrennungspreise für die Entsorgung von Siedlungsabfall wegen Preismissbrauchs nach Art. 12 PüG handelt es sich um eine Verfügung gemäss Art. 5 VwVG, die von einer Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. d VGG erlassen wurde. Da keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der Beschwerde zuständig.

E. 1.2

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

E. 1.3

Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen und ist durch den angefochtenen Entscheid vom 16. September 2020 besonders berührt. Sie hat zudem ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an deren Aufhebung oder Änderung, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert ist (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

E. 1.4

Im Übrigen hat die Beschwerdeführerin die Beschwerde frist- und formgerecht erhoben (Art. 50 und Art. 52 VwVG). Die Rechtsvertretung hat sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG) und der Kostenvorschuss wurde rechtzeitig geleistet (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

E. 1.5

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

E. 2.1

Mit der Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht können die Verletzung von Bundesrecht (Art. 49 Bst. a VwVG) - einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens - sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 49 Bst. b VwVG) gerügt werden. Zudem prüft das Bundesverwaltungsgericht die Verfügung auf Angemessenheit hin (Art. 49 Bst. c VwVG).

E. 2.2

Bei der Prüfung der Angemessenheit geht es um die Frage, ob der zu überprüfende Entscheid, den die Verwaltungsbehörde nach dem ihr zustehenden Ermessen im Einklang

mit den allgemeinen Rechtsprinzipien in einem konkreten Fall getroffen hat, nicht zweckmässigerweise anders hätte ausfallen sollen (Moser/Beusch/Kneubühler/Kayser, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Aufl. 2022, Rz. 2.192). Das Bundesverwaltungsgericht überprüft dabei den Entscheid der unteren Instanz, setzt sich aber nicht an deren Stelle. Handelt wie vorliegend als Vorinstanz eine gesetzlich vorgesehene unabhängige Fachinstanz mit besonderen Fachkenntnissen, so kann und soll das Gericht deren Ermessen respektieren. Von ihrer Beurteilung soll das Gericht nicht aus eigenem Gutdünken, sondern nur aus triftigen Gründen abweichen, jedenfalls soweit die Fachinstanz die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend durchgeführt hat (BGE 142 II 451 E. 4.5.1 m.w.H.). Das Gericht korrigiert eine unangemessene Entscheidung der Vorinstanz, überlässt ihr aber die Wahl unter mehreren sachgerechten Lösungen (vgl. BGE 136 I 184 E. 2.2.1; BVGE 2010/19 E. 4.2).

E. 2.3

Ebenfalls erhebliches Gewicht kommt den Stellungnahmen zu, die die vom Gericht beigezogenen Fachbehörden AWEL, BAFU und WEKO im vorliegenden Verfahren eingereicht haben. Auch davon weicht das Gericht nicht leichthin, sondern nur bei Vorliegen gewichtiger Gründe ab. Dies gilt insbesondere für methodische Fragen in Bereichen, in denen die Fachbehörden Vollzugshilfen erlassen haben (BGE 145 II 70 E. 5.5).

E. 3.1

Grundsätzlich finden in einem Beschwerdeverfahren diejenigen Rechtssätze Anwendung, die bei der Erfüllung des rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestands Geltung hatten, es sei denn, der Gesetzgeber habe eine davon abweichende (Übergangs-)Regelung getroffen (BGE 126 II 522 E. 3b/aa; Urteil des BVGer B-1014/2019 vom 24. Juli 2020 E. 3.2; Tschannen/Müller/Kern, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2022, § 24 Rz. 541 ff.).

E. 3.2

Eine von diesem Grundsatz abweichende übergangsrechtliche Regelung liegt - soweit vorliegend interessierend - nicht vor. Der Fall ist deshalb nach dem Recht zu beurteilen, welches zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung, d.h. am 16. September 2020, galt. Da sich die massgebenden Bestimmungen, insbesondere diejenigen PüG, des USG, der Verordnung über die Vermeidung und die Entsorgung von Abfällen (Abfallverordnung, VVEA, SR 814.600) sowie des Gemeindegesetzes des Kantons Zürich vom 20. April 2015 (GG/ZH, LS 131.1), seit 2020 allerdings nicht geändert haben, werden sie im Folgenden in der aktuell gültigen Fassung zitiert.

E. 4

Die Beschwerdeführerin bestreitet im vorliegenden Fall als erstes die Entscheidkompetenz der Vorinstanz. Beim streitbetroffenen Verbrennungspreis für Siedlungsabfall handle es sich um einen Sachverhalt bzw. eine Rechtsbeziehung, welche weder vom sachlichen (Art. 1 PüG; s. E. 7) noch vom persönlichen Geltungsbereich des PüG (Art. 2 PüG; s. E. 8-12) erfasst werde. Die Beschwerdeführerin sei insbesondere kein Unternehmen i.S.v. Art. 2 PüG und die wettbewerbsrechtliche Analyse der Vorinstanz sei nicht korrekt, denn die Beschwerdeführerin sei auf dem falsch abgegrenzten Markt nicht marktmächtig. Der Verbrennungspreis werde im Sinne von Art. 14 PüG von einer Exekutive genehmigt, so

dass der Vorinstanz vorliegend auch deshalb keine Entscheidkompetenz zukomme (s. E. 14). Schliesslich werde der streitbetroffene Verbrennungspreis abschliessend nach den Vorgaben der Umweltschutzgesetzgebung festgelegt und gemäss Art. 15 PüG durch die für deren Vollzug zuständigen Behörden überwacht (s. E. 15). Weiter verstösst die angefochtene Verfügung nach Auffassung der Beschwerdeführerin gegen diverse Vorschriften des Umweltschutzrechts. Die Vorschriften über die Eigenfinanzierung von KVA sowie das Verursacherprinzip würden von der Vorinstanz nicht korrekt angewendet. Die Vorinstanz greife in unzulässiger Weise in das Ermessen von Kantonen, Gemeinden und KVA-Betreibern im Bereich der Abfallentsorgung ein. Schliesslich wehrt sich die Beschwerdeführerin gegen den ihr vorgeworfenen angeblichen Preismissbrauch. Ein solcher könne nicht vorliegen, wenn der Preis in Umsetzung des relevanten Bundesrechts und des massgeblichen kantonalen Rechts festgesetzt worden sei. Die Trägergemeinden würden den Preis sogar selber bestimmen und derselbe Preis gelte auch für die «übrigen» Zürcher Gemeinden. Sodann sei die dem streitbetroffenen Verbrennungspreis zugrundeliegende Kostenrechnung falsch, weil sie von zu geringen Investitionskosten und einer rechtswidrigen Eigenfinanzierungsquote ausgehe. Die Alternativberechnung der Vorinstanz lasse die Investition in die Anlagenerweiterung zu einem Hochrisikogeschäft werden. Gemäss Ausführungen der Beschwerdeführerin enthält die Plausibilisierungsrechnung der Vorinstanz überdies mehrere Fehler. Der Vergleich mit anderen KVA hält die Beschwerdeführerin für unzulässig. Sie fasst die Preisanalyse der Vorinstanz, die von zu optimistischen Annahmen ausgehe, Risiken nicht hinreichend berücksichtige und fundamentale Fehler enthalte, als äusserst einseitig zusammen.

E. 5.1

Bevor diese Rügen nachfolgend geprüft werden, werden zum besseren Verständnis vorab die relevanten rechtlichen Grundlagen wiedergegeben.

E. 5.2

Preise für Waren und Dienstleistungen (Art. 1 PüG) von marktmächtigen Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts (Art. 2 PüG) werden grundsätzlich vom Preisüberwacher überwacht (Art. 3 PüG), wobei die Überwachung bestimmter Preise durch andere Behörden vorbehalten wird (Art. 4 Abs. 2 i.V.m. Art. 15 PüG). Bei einer Preiserhöhung, die von der Legislative oder Exekutive des Bundes, eines Kantons oder einer Gemeinde festgesetzt oder genehmigt wird, ist der Preisüberwacher zuvor anzuhören (Art. 14 PüG). Der Preisüberwacher bzw. die Vorinstanz verhindert oder beseitigt die missbräuchliche Erhöhung und Beibehaltung von Preisen (Art. 4 Abs. 2 PüG). Ein Preismissbrauch kann nur vorliegen, wenn die Preise auf dem betreffenden Markt nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs sind (Art. 12 PüG). Bei der Prüfung, ob ein Preismissbrauch vorliegt, hat der Preisüberwacher insbesondere die in Art. 13 PüG festgehaltenen Beurteilungselemente zu berücksichtigen. Falls der Preisüberwacher einen Preismissbrauch feststellt, strebt er mit den Betroffenen eine einvernehmliche Regelung an (Art. 9 PüG). Kommt keine solche einvernehmliche Regelung zustande, verfügt er eine Preissenkung (Art. 10 PüG). Bei Fragen bezüglich des persönlichen Geltungsbereichs und des wirksamen Wettbewerbs hat der Preisüberwacher die Wettbewerbskommission zu konsultieren (Art. 5 Abs. 4 PüG).

E. 5.3

Das USG enthält die Grundsätze zur Entsorgung von Abfällen. Es regelt unter anderem die Entsorgungspflicht für die verschiedenen Abfallkategorien und legt die Kostentragung fest. Die Abfallverordnung bezweckt gemäss Art. 1 VVEA den Schutz vor schädlichen oder lästigen Einwirkungen, die durch Abfälle erzeugt werden, die vorsorgliche Begrenzung der Belastung der Umwelt durch Abfälle und die Förderung der nachhaltigen Nutzung der natürlichen Rohstoffe durch die umweltverträgliche Verwertung von Abfällen. Sie definiert Siedlungsabfälle in Art. 3 Bst. a Ziff. 1 VVEA als Abfälle, die aus Haushalten stammen. Seit dem 1. April 2020 gelten auch Abfälle, die aus Unternehmen mit weniger als 250 Vollzeitstellen oder die aus der öffentlichen Verwaltung stammen, als Siedlungsabfälle, sofern deren Zusammensetzung betreffend Inhaltsstoffe und Mengenverhältnisse mit Abfällen aus Haushalten vergleichbar ist (Art. 3 Bst. a Ziff. 2 und 3 VVEA). Diese Siedlungsabfälle - sowie alle anderen Abfälle - sind zu vermeiden, zu verwerten und umweltverträglich zu entsorgen (vgl. Art. 30 USG; Ursula Brunner, in: Kommentar zum Umweltschutzgesetz [nachfolgend zit. {Autor}, in: USG-Kommentar], 2. Aufl. 2004, Art. 30 USG N. 9). Die Entsorgung von Siedlungsabfällen obliegt gemäss Art. 31b USG den Kantonen, wobei diese Einzugsgebiete festlegen und für einen wirtschaftlichen Betrieb der Abfallanlagen sorgen (Art. 31b Abs. 2 USG und Art. 4 VVEA). Die Inhaber der Abfälle werden gemäss Art. 31b Abs. 3 USG verpflichtet, die Abfälle den von den Kantonen vorgesehenen Sammlungen oder Sammelstellen zu übergeben. Die Kantone haben dafür zu sorgen, dass die Kosten für die Entsorgung der Siedlungsabfälle mit Gebühren oder anderen Abgaben den Verursachern überbunden werden (Art. 32a Abs. 1 USG). Bei der Ausgestaltung der Abgaben sind gemäss Art. 32a Abs. 1 USG insbesondere folgende Faktoren zu berücksichtigen: Art und Menge des übergebenen Abfalls (Bst. a); Kosten für Bau, Betrieb und Unterhalt der Abfallanlagen (Bst. b); zur Substanzerhaltung solcher Anlagen erforderlichen Abschreibungen (Bst. c); Zinsen (Bst. d); geplanter Investitionsbedarf für Unterhalt, Sanierung und Ersatz, für Anpassungen an gesetzliche Anforderungen sowie für betriebliche Optimierungen (Bst. e).

E. 5.4

Der Kanton Zürich regelt die Abfallwirtschaft im Abfallgesetz des Kantons Zürich vom 25. September 1994 (AbfG/ZH, LS 712.1). In § 16 AbfG/ZH ist vorgesehen, dass Siedlungsabfälle, sofern sie nicht separat gesammelt werden, dem öffentlichen Sammelwesen zu übergeben sind und in öffentlichen Anlagen behandelt werden. Der Standort von Deponien und Abfallanlagen wird, soweit erforderlich, in den Richtplänen festgelegt (§ 24 Abs. 1 AbfG/ZH). Der Regierungsrat legt nach Anhörung der Gemeinden das Einzugsgebiet von Anlagen zur Behandlung von Siedlungsabfällen fest (§ 24 Abs. 2 AbfG/ZH). Die Direktion ordnet nötigenfalls im Einzelfall an, welche Abfälle einer bestimmten Anlage zuzuführen sind und sie kann auch anordnen, dass einer Abfallanlage Abfälle aus einem anderen Einzugsgebiet zuzuführen sind (§ 24 Abs. 3 AbfG/ZH). Die Gemeinden sorgen für die Erstellung sowie den Betrieb von Anlagen für die Behandlung von Siedlungsabfällen. Sie regeln weiter das Sammelwesen, die Behandlung der Siedlungsabfälle sowie die Gebühren in einer Abfallverordnung, die der Genehmigung der Direktion bedarf (§ 35 Abs. 1 AbfG/ZH). Die Gemeinden können sich zur Lösung ihrer Aufgaben zu Zweckverbänden zusammenschliessen, sich anderen Organisationen anschliessen oder ihre Aufgaben an Private übertragen (§ 35 Abs. 6 AbfG/ZH). Die von den Gemeinden zu erhebenden kostendeckenden Gebühren müssen nach Volumen oder Gewicht bemessen sein und sie können mit oder ohne pauschale Grundgebühr ausgestaltet werden. Die Gebühren haben die Kosten für Bau, Betrieb, Unterhalt, Verzinsung und

Abschreibung der Abfallanlagen sowie die übrigen Kosten der Abfallwirtschaft einschliesslich der kantonalen Abgabe zu decken (§ 37 Abs. 2 AbfG/ZH).

E. 6

Zwischen den Parteien ist als erstes strittig, ob das PüG auf den vorliegenden Sachverhalt überhaupt anwendbar ist. Das PüG unterscheidet zwischen dem sachlichen (Art. 1 PüG; s. E. 7) und dem persönlichen Geltungsbereich (Art. 2 PüG; s. E. 8-12).

E. 7

Der sachliche Anwendungsbereich des PüG umfasst - wie erwähnt - Preise von Waren und Dienstleistungen einschliesslich der Kredite (Art. 1 PüG). Ausgenommen sind Löhne und andere Leistungen aus dem Arbeitsverhältnis sowie die Kreditfähigkeit der Schweizerischen Nationalbank.

E. 7.1

Die Beschwerdeführerin bringt diesbezüglich vor, dass die Trägergemeinden, die DILECA-Gemeinden und die Zürcher Vertragsgemeinden keine Kunden oder Nachfrager der Beschwerdeführerin seien, denn diese würden sich in diesem Zusammenhang nicht als Privatrechtssubjekte bewegen. Es handle sich vielmehr um eine öffentlich-rechtliche Zusammenarbeit zur Erfüllung gesetzlicher Gemeindeaufgaben. Deshalb biete die Beschwerdeführerin für die Zürcher Gemeinden keine Dienstleistungen im Sinne des PüG an.

E. 7.2

Was unter einer Dienstleistung im Sinne des PüG zu verstehen ist, ergibt sich aus Art. 1 PüG selbst nicht. Der Sinngehalt des Begriffs ist deshalb durch Auslegung zu ermitteln. Nach Lehre und Rechtsprechung ist bei der Auslegung zunächst vom Wortlaut der auszulegenden Norm auszugehen (grammatikalische Auslegung). Ist dieser nicht klar oder sind verschiedene Interpretationen möglich, muss nach dem wahren Sinn der Norm gesucht werden, unter Berücksichtigung aller weiteren Auslegungselemente (sog. Methodenpluralismus). Dabei ist insbesondere auch auf den Zweck der Regelung (teleologisches Element), die ihr zugrundeliegenden Wertungen und ihre Bedeutung im Kontext mit anderen Bestimmungen (systematisches Element) sowie auf die gegenwärtigen tatsächlichen Gegebenheiten und herrschenden Wertvorstellungen (zeitgemässes Element) abzustellen. Die Entstehungsgeschichte (historisches Element) dient als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm aufgrund der Absichten der an der Gesetzgebung beteiligten Organe zu ermitteln. Bleiben bei nicht klarem Wortlaut letztlich mehrere Auslegungen möglich, so ist jene zu wählen, die der Verfassung am besten entspricht (BGE 138 II 217 E. 4.6; 141 II 262 E. 4; BVGE 2018 IV/8 E. 5.3; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl. 2020, Rz. 152; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 175 ff.).

E. 7.2.1

Der Begriff der Dienstleistung ist in allen drei Amtssprachen identisch («Dienstleistung»; «service»; «servizi»). Gemäss Wörterbuch ist eine Dienstleistung eine Leistung bzw. Arbeitsleistung in der Wirtschaft, die nicht der Herstellung von Waren dient (Renate Wahrig-Burfeind, Brockhaus, Wahrig Deutsches Wörterbuch, 9. Aufl. 2011, S. 370). Dieser negativen Umschreibung kann nicht hinreichend klar entnommen werden, was unter dem Begriff «Dienstleistung» gemäss Art. 1 PüG zu verstehen ist.

E. 7.2.2

Gemäss Entwurf des PüG, welcher der Botschaft vom 30. Mai 1984 zu einem Preisüberwachungsgesetz (PüG, BBl 1984 II 755, 779, nachfolgend: Botschaft zum PüG 1984) zugrunde lag, sollte das Gesetz für Preise von Waren, Krediten und Leistungen gelten, soweit sie nicht das Arbeitsverhältnis (Löhne) betreffen (Botschaft zum PüG 1984, BBl 1984 II 755, 779). Im Verlauf ihrer Beratungen nahmen National- und Ständerat zwar mehrere Änderungen am bundesrätlichen Gesetzesentwurf vor, so unter anderem die Ausklammerung der Kredite aus dem sachlichen Geltungsbereich des PüG (Botschaft zum PüG 1984, BBl 1984 II 755, 760; vgl. z.B. AB 1985 I N 60 ff. und AB 1985 IV S 551 ff.) sowie den Ersatz des Begriffs «Leistung» durch «Dienstleistung». Eine Diskussion darüber, dass andere Sachgebiete oder Wirtschaftszweige ebenfalls vom Geltungsbereich hätten ausgeschlossen werden sollen, fand - soweit ersichtlich - jedoch nicht statt. Das im Entwurf des PüG verwendete Wort «Leistungen» war Art. 31septies aBV entnommen worden und sollte umfassend verstanden werden (René A. Rhinow, Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, 1996, Art. 31septies aBV N. 41). In den Materialien und in der Lehre finden sich keine Hinweise darauf, dass mit der Begriffsänderung von «Leistung» zu «Dienstleistung» eine Einschränkung des Umfangs oder eine Beschränkung auf bestimmte Märkte bezweckt worden wäre. Daraus folgt, dass der Gesetzgeber den Begriff «Dienstleistung» beim Erlass des PüG weit verstanden haben wollte, auch wenn er gewisse Dienstleistungen vom Geltungsbereich ausschloss. Bereits mit der per 1. Oktober 1991 in Kraft getretenen Revision des PüG wurden die Kredite im Übrigen ebenfalls in den sachlichen Geltungsbereich des PüG aufgenommen (Botschaft vom 27. November 1989 zur Volksinitiative «zur Überwachung der Preise und der Kreditzinsen» und zur Revision des Preisüberwachungsgesetzes, BBl 1990 I 97, 113, nachfolgend: Botschaft zum PüG 1990). Seither blieb die Formulierung von Art. 1 PüG unverändert.

E. 7.2.3

Bei der systematischen Auslegung wird der Sinn einer Rechtsnorm bestimmt durch ihr Verhältnis zu anderen Rechtsnormen und ihre Stellung im Gefüge der Rechtsordnung (Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, a.a.O., Rz. 97). In der Botschaft zum PüG wird diesbezüglich erwähnt, dass der Geltungsbereich des PüG demjenigen des Kartellgesetzes, welches den Begriff «Dienstleistung» ebenfalls verwendet, entsprechen soll (Botschaft zum PüG 1984, BBl 1984 II 755, 756 und 779; Botschaft zum PüG 1990, BBl 1990 I 97, 102 und 113). So gelten gemäss Art. 2 Abs. 1bis des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) als Unternehmen sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform. Im Kartellgesetz findet sich jedoch ebenfalls keine Definition des Begriffs «Dienstleistung». Gemäss Lehre lässt der offene Wortlaut darauf schliessen, dass weder die Art, die Eigenschaften noch die Erzeugung der Dienstleistungen massgeblich sei, solange diese marktfähig sind. Als marktfähig gelten (private oder öffentliche) Individualgüter, somit Güter, die im Anschluss an ein Austauschgeschäft einer individuellen Nutzung zuführbar sind (Heizmann/Meyer, in: DIKE Kommentar Kartellgesetz [nachfolgend zit.: {Autor}, in: DIKE KG], 2018, Art. 2 KG N. 14 f.; Sophie Henckel von Donnersmarck, Art. 2 Abs. 1bis KG, Die Unternehmensdefinition des Schweizer Kartellgesetzes, 2008, S. 91 ff. m.w.H.; Walter A. Stoffel, Wettbewerbsrecht und staatliche Wirtschaftstätigkeit, 1994, S. 9 f.). Auch dem KG liegt demnach ein weites

Verständnis des Begriffs «Dienstleistung» zugrunde. Es umfasst sowohl private als auch öffentliche Dienstleistungen. Weiter regelt Art. 14 PüG die Massnahmen bei Preisen, die behördlich festgesetzt oder genehmigt werden (vgl. dazu hinten E. 14). Der Preisüberwacher soll demgemäss auch im «öffentlichen Bereich» tätig sein, ohne aber die staatsrechtlichen Grenzen zu überschreiten (Botschaft zum PüG 1984, BBl 1984 II 755, 775). Aus dem systematischen Aufbau des PüG und dem Verhältnis zum KG ergibt sich somit, dass öffentliche Dienstleistungen der Preisüberwachung ebenfalls unterstehen.

E. 7.2.4

Bei der teleologischen Auslegung des Begriffs «Dienstleistung» ist zu untersuchen, welcher Zweck dem PüG insgesamt zugrunde liegt. In der Botschaft zum Gesetzesentwurf des PüG wird dazu festgehalten, im Sinne des Verfassungsauftrages sei eine wettbewerbspolitische Preisüberwachung zu schaffen, um missbräuchliche Preise zu verhindern (Botschaft zum PüG 1984, BBl 1984 II 755, 771; Botschaft zum PüG 1990, BBl 1990 I 97, 100). Dass Preismissbräuche nur bei bestimmten Dienstleistungen verhindert werden sollen, ist dem PüG nicht zu entnehmen. Auch in den Materialien ist eine solche Absicht nicht erkennbar. Die offene Formulierung von Art. 1 PüG bezweckt somit einen umfassenden Geltungsbereich des PüG sowie ein weites Verständnis des Begriffs «Dienstleistung».

E. 7.2.5

Dieses Ergebnis wird durch die verfassungskonforme Auslegung gestützt. In Art. 96 Abs. 2 Bst. a BV (ehemals auf Art. 31septies aBV), auf den sich die Preisüberwachung heute stützt, wird der Bund im Sinne einer wettbewerbspolitischen Zielsetzung ermächtigt und verpflichtet, Massnahmen zur Verhinderung von Preismissbräuchen zu erlassen (Reto Jacobs, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl. 2023, Art. 96 BV N. 30 f.). Sämtliche Preise für Waren und Dienstleistungen sind von Art. 96 Abs. 2 Bst. a BV erfasst (zur aBV: Rhinow, a.a.O., Art. 31septies BV N. 41 ff.). Auch die verfassungskonforme Auslegung spricht sich demnach für ein weites Verständnis des Begriffs «Dienstleistung» aus.

E. 7.3

In einer Gesamtbetrachtung führen die verschiedenen Auslegungsmethoden somit zum Ergebnis, dass der Begriff der «Dienstleistung» weit zu verstehen ist. Sämtliche marktfähigen Dienstleistungen sind darunter zu subsumieren, sofern sie gemäss PüG nicht ausdrücklich ausgeschlossen sind.

E. 7.4

Ob die Beschwerdeführerin eine Dienstleistung i.S.v. Art. 1 PüG anbietet, ist nachfolgend zu prüfen.

E. 7.4.1

Der Beschwerdeführerin wird der Siedlungsabfall bestimmter Zürcher Gemeinden gegen ein Entgelt zur Entsorgung, also zur individuellen Nutzung, übergeben. Die Entsorgung von Siedlungsabfall ist demnach marktfähig und stellt damit eine Dienstleistung dar. Da diese Dienstleistung nicht explizit vom Geltungsbereich des PüG ausgenommen wurde, liegt aufgrund des weiten Begriffsverständnisses eine Dienstleistung i.S.v. Art. 1 PüG vor.

E. 7.4.2

Wie die Auslegung des Begriffs «Dienstleistung» vorne ergeben hat, ist beim sachlichen Geltungsbereich nicht zu prüfen, gegenüber wem die Beschwerdeführerin diese Dienstleistung erbringt. Dementsprechend ist der Beschwerdeführerin nicht zu folgen, wenn sie vorbringt, ihrer Tätigkeit fehle es bereits deshalb am Charakter der Dienstleistung, weil sich die Gemeinden nicht als Privatrechtssubjekte auf dem Markt der Abfallverwertung bewegen würden. Auch eine öffentlich-rechtliche Zusammenarbeit zur Erfüllung von gesetzlichen Gemeindeaufgaben kann Dienstleistungen (oder Waren) zum Gegenstand haben. Die Verbrennungspreise von Kehrichtverwertungsanlagen haben im Übrigen bereits mehrmals Anlass zu Interventionen der Vorinstanz gegeben (vgl. dazu u.a. die Übersicht der Preisüberwachung über die Einvernehmlichen Regelungen im Bereich Abfall, < <https://www.preisueberwacher.admin.ch/pue/de/home/themen/infrastruktur/abfall.html/> >, abgerufen am 9.11.2023).

E. 7.4.3

Die Rüge der Beschwerdeführerin, sie erbringe keine Dienstleistung, widerspricht darüber hinaus auch der von ihr gewählten Terminologie in diversen bei den Akten liegenden Dokumenten. So erbringt die Beschwerdeführerin gemäss Zweckartikel im Gründungsvertrag (Art. 2) «Dienst- und Sachleistungen» im Bereich des Abfallwesens und der Abwasserreinigung. Für diese «Dienstleistungen» legt sie gemäss Art. 26 des Gründungsvertrags Preise bzw. Gebühren fest. Weiter trägt der Vertrag zwischen der Zürcher Abfallverwertungs AG und der Beschwerdeführerin sowie weiteren KVA im Kanton Zürich für die Entsorgung von Marktkehricht den Namen «Dienstleistungsvereinbarung». Selbst wenn die Entsorgung von Siedlungsabfall - entgegen der eindeutigen Benennung ihres Angebots durch die Beschwerdeführerin - nicht als Dienstleistung, sondern als Ware zu qualifizieren wäre, wäre diese im Übrigen ebenfalls unter Art. 1 PüG zu subsumieren, da das PüG - wie vorne erwähnt - für Preise von Waren und Dienstleistungen einschliesslich der Kredite gilt.

E. 7.5

Zusammen mit der Vorinstanz ist deshalb festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin eine Dienstleistung i.S.v. Art. 1 PüG erbringt. Dass das dafür von den Gemeinden bezahlte Entgelt als Preis i.S.v. Art. 1 PüG zu qualifizieren ist, wird auch von der Beschwerdeführerin nicht substantiiert bestritten. Die Vorinstanz hat den sachlichen Geltungsbereich gemäss Art. 1 PüG folglich zu Recht bejaht.

E. 7.6

Die Beschwerdeführerin vermisst in der angefochtenen Verfügung jedoch eine ausführliche Prüfung des sachlichen Geltungsbereiches durch die Vorinstanz und eine diesbezüglich umfassendere Begründung in der angefochtenen Verfügung. Obwohl sich die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung effektiv nur kurz zum sachlichen Geltungsbereich geäußert hat, ist das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin deswegen nicht verletzt worden. Ohnehin wäre eine Verletzung des rechtlichen Gehörs als geheilt zu betrachten, nachdem sich die Beschwerdeführerin im vorliegenden Beschwerdeverfahren umfassend äussern konnte und das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden im Bereich des PüG mit voller Kognition überprüft (vgl. E. 2.1).

E. 8

Die Parteien sind sich weiter uneinig, ob die Beschwerdeführerin dem persönlichen Geltungsbereich des PüG untersteht. Das PüG gilt gemäss Art. 2 PüG in persönlicher Hinsicht für Wettbewerbsabreden im Sinne des KG und für marktmächtige Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts. Die Beschwerdeführerin rügt in diesem Zusammenhang, dass sie kein Unternehmen sei (s. E. 9) und auf dem Markt, der falsch abgegrenzt worden sei (s. E. 10), nicht marktmächtig sei (s. E. 11-12).

E. 9

Ob die Beschwerdeführerin als Unternehmen im Sinne von Art. 2 PüG zu qualifizieren ist, ist nachfolgend zu prüfen.

E. 9.1

Dabei ist zuerst zu untersuchen, was unter dem Begriff «Unternehmen» im Sinne des PüG zu verstehen ist.

E. 9.1.1

Im PüG fehlt auch dazu eine Definition. Die erste Fassung des aPüG (1986) umschrieb den persönlichen Geltungsbereich in Art. 2 Abs. 1 wie folgt: «Das Gesetz gilt für Kartelle und kartellähnliche Organisationen des privaten und öffentlichen Rechts im Sinne des Kartellgesetzes». Zusammen mit der Totalrevision des KG wurden im PüG ebenfalls einige Anpassungen vorgenommen. So wurde der Wortlaut von Art. 2 aPüG (1986) per 1. Februar 1996 wie folgt geändert: Das Gesetz gilt für Wettbewerbsabreden im Sinne des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 und für marktmächtige Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts. Diese bis heute unveränderte Formulierung verweist zwar streng genommen nur bei Wettbewerbsabreden auf das KG. Es lassen sich den Materialien jedoch keine Hinweise entnehmen, dass der Gesetzgeber den Begriff des (marktmächtigen) Unternehmens im PüG nicht mehr an das KG anlehnen wollte. Vielmehr handelte es sich diesbezüglich gemäss Botschaft um «rein formelle Anpassungen» des PüG (Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG], BBl 1995 I 468, 627, nachfolgend: Botschaft zum KG 1995). Es ist daher davon auszugehen, dass in Art. 2 PüG auch für den Begriff «Unternehmen» auf den Unternehmensbegriff des KG verwiesen wird. Diese Ansicht vertritt auch die Lehre. Unternehmen im Sinne des KG gälten auch als Unternehmen im Sinne des PüG (Pierre-Alain Killias, in: *Commentaire romand, Droit de la concurrence* [nachfolgend zit.: {Autor}], in: *CR Concurrence*], 2. Aufl. 2013, Art. 2 PüG N. 9; Künzler/Lötscher, in: *Oesch/Weber/Zäch* [Hrsg.], *OFK-Wettbewerbsrecht II*, 2. Aufl. 2021, Art. 2 PüG N. 3; Rudolf Lanz, in: *Cottier/Oesch* [Hrsg.], *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XI, Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht*, 3. Aufl. 2020, Rz. 20; Rolf H. Weber, in: *SHK-Preisüberwachungsgesetz, 2009*, Art. 2 PüG N. 4).

E. 9.1.2

Gemäss der in Art. 2 Abs. 1bis KG enthaltenen Definition gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform, als Unternehmen. Der dort vorgesehene funktionale Ansatz und die weite sprachliche Fassung der gesetzlichen Regelung machen deutlich, dass vom KG alle denkbaren Organisationseinheiten erfasst werden sollen, deren wirtschaftlichen Verhaltensweisen zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen könnten (vgl. Urteil des BVer B-831/2011 vom 18. Dezember 2018, SIX, E. 36 m.w.H.). Das KG geht

demnach von einem weiten Unternehmensgriff aus (Urteil des BVGer B-3332/2012 vom 13. November 2015, BMW, E. 2.1.1). In Lehre und Rechtsprechung besteht zudem Konsens darüber, dass die wirtschaftliche Selbständigkeit ein konstitutives Merkmal des kartellgesetzlichen Unternehmensbegriffs darstellt (Amstutz/Gohari, in: Basler Kommentar Kartellgesetz [nachfolgend zit. {Autor}, in: BSK KG], 2. Aufl. 2021, Art. 2 KG N. 82 m.w.H.; Heizmann/Meyer, in: DIKE KG, Art. 2 KG N. 20 m.w.H.; Martenet/Killias, in: CR Concurrence, Art. 2 KG N. 38). Als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes sind alle wirtschaftlich selbständigen Organisationseinheiten zu qualifizieren, die ungeachtet ihrer Rechts- und Organisationsform als Teilnehmer am Wirtschaftsprozess auftreten (Urteil B-831/2011, SIX, E. 36 m.w.H.).

E. 9.1.3

Die Begriffe «Kartell» und «kartellähnliche Organisationen», die sowohl im aPüG (1986) als auch im Kartellgesetz vom 20. Dezember 1985 (aKG, AS 1986 874) verwendet worden sind, umfassen die massgeblichen Formen des Markteinflusses, die zu einem wettbewerbspolitisch motivierten Preismissbrauch führen können (Botschaft zum PüG 1984, BBl 1984 II 755, 780). Schliesslich kann es unter Berücksichtigung des Zwecks des PüG, welcher in der umfassenden Verhinderung von Preismissbräuchen besteht, nicht darauf ankommen, ob der Preismissbrauch von einem öffentlichen oder privaten Unternehmen ausgeht (vgl. Jacobs, a.a.O., Art. 96 BV N. 6; Weber, a.a.O., Vorbemerkungen PüG N. 67). Es ist daher auch im PüG von einem weiten Verständnis des Begriffs «Unternehmen» auszugehen (Künzler/Lötscher, a.a.O., Art. 2 PüG N. 3; Weber, a.a.O., Art. 2 PüG N. 5).

E. 9.1.4

Die historische, systematische und teleologische Auslegung des Begriffs «Unternehmen» in Art. 2 PüG ergibt somit, dass dieser dem Unternehmensbegriff in Art. 2 Abs. 1bis KG entspricht und einem funktionalen Ansatz folgt. Vorausgesetzt ist die Teilnahme am Wirtschaftsprozess und wirtschaftliche Selbständigkeit, wobei die Rechts- oder Organisationsform unerheblich ist.

E. 9.2.1

Die Beschwerdeführerin bestreitet eine Teilnahme am Wirtschaftsprozess, wie sie in Art. 2 Abs. 1bis KG vorausgesetzt wird. Die Entsorgung von Siedlungsabfällen gemäss Art. 31b Abs. 1 USG sei Sache der Kantone. Es handle sich um ein rechtliches Monopol, welches dem Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit entzogen sei. Bei der Verwertung von Monopolkehricht mangle es bereits an einem wettbewerblichen Wirtschaftsprozess. Die Trägergemeinden, die DILECA-Gemeinden und die Vertragsgemeinden seien nicht Kunden oder Nachfrager der Beschwerdeführerin. Es liege vielmehr eine öffentlich-rechtliche Zusammenarbeit zur Erfüllung von gesetzlichen Gemeindeaufgaben vor. Weiter sind nach Ansicht der Beschwerdeführerin Tatbestände von gesetzlich ausgeschlossenen Wettbewerb vom Geltungsbereich des PüG sowieso nicht erfasst. Somit falle auch der streitbetreffende Verbrennungspreis für die gesetzlich zugewiesene hoheitliche Tätigkeit der Gemeinden bzw. der Beschwerdeführerin nicht in den Geltungsbereich des PüG. Die Beschwerdeführerin führt zudem aus, sie könne weder frei entscheiden, welche Gemeinden bei ihr den Siedlungsabfall entsorgen, noch dürfe sie das diesbezügliche Entgelt frei bestimmen. Es gelte keine Vertragsfreiheit, sondern sie sei durch den Kanton Zürich - namentlich durch den Regierungsrat, der die Gemeinden zuweise, und durch das AWEL,

welches die Betriebsrechnung und somit auch die Verbrennungspreise der Beschwerdeführerin überprüfe - fremdbestimmt.

E. 9.2.2

Die Vorinstanz hält dem entgegen, dass die Verbrennung von Siedlungsabfall eine wirtschaftliche Tätigkeit darstelle. Diese liege zwar im öffentlichen Interesse, stelle aber keine hoheitliche Tätigkeit dar. Die Beschwerdeführerin nehme als eine aus der Zentralverwaltung ausgegliederte interkommunale Anstalt als Anbieterin am Wirtschaftsprozess teil und sei damit als Unternehmen i.S.v. Art. 2 PüG zu qualifizieren. Die staatliche Marktordnung für die Entsorgung von Siedlungsabfall ändere an der Unternehmenseigenschaft der Beschwerdeführerin nichts. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nehme der Ausschluss des freien Marktes (und damit weitgehend auch des Wettbewerbs) diese Dienstleistung vom Geltungsbereich des PüG nicht aus, sondern rechtfertige diesen gerade. Die Vorinstanz stellt sich weiter auf den Standpunkt, dass die Beschwerdeführerin die Verbrennungspreise im Rahmen des FFS frei festsetzen könne. Das FFS stelle nur eine Richtlinie eines kantonalen Amtes dar, der kein Rechtskraftcharakter zukomme und die daher formell nicht verbindlich sei. Im FFS seien auch keine konkreten Verbrennungspreise vorgegeben. Die Beschwerdeführerin könne deshalb die Verbrennungspreise selbst festlegen und sei wirtschaftlich selbständig.

E. 9.3

Eine Teilnahme am Wirtschaftsprozess ist dann zu bejahen, wenn mit einer auf dem Markt ausgeübten Tätigkeit das Potenzial einhergeht, das Spiel von Angebot und Nachfrage zu beeinflussen (Amstutz/Gohari, in: BSK KG, Art. 2 KG N. 66). Unter wirtschaftlicher Selbständigkeit wird die Fähigkeit verstanden, das eigene Verhalten autonom zu bestimmen (Amstutz/Gohari, in: BSK KG, Art. 2 KG N. 82 m.w.H.; Heizmann/Meyer, in: DIKE KG, Art. 2 KG N. 21 m.w.H.). Hoheitliches Handeln des Gemeinwesens stellt wegen mangelnder unternehmerischer Tätigkeit grundsätzlich keine Teilnahme am Wirtschaftsprozess dar (Heizmann/Meyer, in: DIKE KG, Art. 2 KG N. 15 f.; Henckel von Donnersmarck, a.a.O., S. 110 m.w.H.).

E. 9.4.1

Es trifft zu, dass mit Art. 31b USG ein staatliches Entsorgungsmonopol statuiert wurde (rechtliches Monopol; vgl. BGE 123 II 359 E. 5b). Die Entsorgung der Siedlungsabfälle wurde damit dem Tätigkeitsbereich der Privatwirtschaft grundsätzlich entzogen und in die ausschliessliche Kompetenz des Gemeinwesens gelegt (Pierre Tschannen, in: USG-Kommentar, Art. 31b USG N. 10). Das Entsorgungsmonopol erscheint überwiegend als Polizeimonopol. Es rechtfertigt sich aus umweltschützerischen, organisatorischen und teils auch finanziellen Gründen. Aus Gründen des Umweltschutzes drängt sich eine Monopolisierung auf, weil ein obligatorisch zu benutzender öffentlicher Entsorgungsdienst am ehesten Gewähr bietet, dass Siedlungsabfälle nicht in polizeiwidriger Weise beseitigt werden (Tschannen, in: USG-Kommentar, Art. 31b USG N. 13). Der Kanton als Träger des Monopols ist verpflichtet, die Siedlungsabfälle der Verwertung oder Ablagerung zuzuführen und für den Bau und Betrieb der erforderlichen Abfallanlagen zu sorgen (Tschannen, in: USG-Kommentar, Art. 31b USG N. 18). Der Kanton kann den soeben beschriebenen Entsorgungsauftrag aber auch an Gemeinden delegieren (BGE 123 II 359 E. 5a) oder Private mit der Wahrnehmung von Entsorgungsaufgaben betrauen (Tschannen, in: USG-Kommentar, Art. 31b USG N. 12). Dementsprechend hat der Kanton Zürich die

Gemeinden unter anderem damit beauftragt, für die Erstellung und den Betrieb von Anlagen für die Behandlung von Siedlungsabfällen zu sorgen und das Sammelwesen sowie die Behandlung der Siedlungsabfälle zu regeln (§ 35 Abs. 1 AbfG/ZH). Dass sich der Staat eine wirtschaftliche Aufgabe selber übertragen und diese damit der Wirtschaftsfreiheit entzogen hat, bedeutet jedoch - entgegen der Ansicht des BAFU und des AWEL - nicht, dass die entsprechende Tätigkeit nicht mehr am Wirtschaftsprozess partizipiert und kein Raum mehr für wettbewerbliches Verhalten besteht. Entsprechende Hinweise lassen sich der Botschaft zum USG nicht entnehmen (vgl. Botschaft vom 31. Oktober 1979 zu einem Bundesgesetz über den Umweltschutz [USG], BBl 1979 III 749, 809). Das soeben beschriebene Entsorgungsmonopol steht der Einführung von Marktelementen somit nicht entgegen (Hans-Peter Fahrni, Abfallplanung und Entsorgungspflicht, in: Umweltrecht in der Praxis, 1999, S. 23).

E. 9.4.2

Im Kanton Zürich verfügen derzeit fünf KVA, darunter auch die Beschwerdeführerin, über eine Betriebsbewilligung für Verbrennungsanlagen, wie sie in § 4 AbfG/ZH vorgesehen ist. Für Wettbewerb zwischen diesen fünf KVA sorgt seit dem Jahr 2004 das sogenannte Flexibilisierungsmodell (Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrates des Kantons Zürich, Sitzung vom 3. November 1999, Nr. 1969, S. 2). Dieses ermöglicht den Gemeinden, alle fünf Jahre unter den drei nächstgelegenen KVA im Kanton Zürich eine KVA für die Entsorgung ihres Siedlungsabfalls auszuwählen, sofern die Gemeinden nicht einem Verband angehören bzw. längerfristig vertraglich gebunden sind. Durch dieses Flexibilisierungsmodell soll, in den Worten des Zürcher Regierungsrats, «die flexiblere Gestaltung der KVA-Einzugsgebiete und damit in der Bewirtschaftung der Siedlungsabfälle ein Wettbewerbselement [eingeführt werden]» (Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrates des Kantons Zürich, Sitzung vom 1. Oktober 2003, Nr. 1467, S. 1). Es kann folglich keine Rede davon sein, dass die Entsorgung von Siedlungsabfall nicht wettbewerblich ausgestaltet ist. Der Kanton Zürich hat im Bereich der Abfallentsorgung vielmehr gerade Raum für wettbewerbliches Verhalten geschaffen.

E. 9.4.3

Im Flexibilisierungsmodell werden die drei Auswahlmöglichkeiten der Zürcher Gemeinden durch den Regierungsrat des Kantons Zürich festgelegt (vgl. Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrates des Kantons Zürich, Sitzung vom 25. Juli 2001, Nr. 1130, S. 5). Auf Anfrage einer Gemeinde unterbreiten die jeweiligen KVA ein Angebot. Jede KVA kann dieses Angebot unter Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben autonom gestalten. Nachdem sich die Gemeinde für eine KVA entschieden hat, finden zwischen der Gemeinde und der gewählten KVA Vertragsverhandlungen statt. Anschliessend stellt die Gemeinde einen Antrag zur Zuweisung an den Regierungsrat. Der Regierungsrat entscheidet definitiv über die Zuteilung einer Gemeinde zu einer KVA, wobei er, wenn immer möglich, die Anträge der Gemeinden berücksichtigt (Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrates des Kantons Zürich, Sitzung vom 3. November 1999, Nr. 1969, S. 3). Die WEKO hat deshalb in ihrem Fachbericht zurecht ausgeführt, dass die Gemeinden in den Grenzen des Flexibilisierungsmodells die KVA frei wählen können und die Gemeinden der Beschwerdeführerin nicht ohne Grundlage zugeteilt werden. Die Autonomie der Beschwerdeführerin wird im Flexibilisierungsmodell zwar teilweise eingeschränkt, aber nicht gänzlich ausgeschlossen. Zudem erbringt die Beschwerdeführerin ihre Dienstleistungen nicht nur für Gemeinden im Flexibilisierungsmodell, sondern auch für

andere Nachfrager. Die Trägergemeinden, die vorliegend nicht am Flexibilisierungsmodell teilnehmen, entsorgen ihren Siedlungsabfall ebenfalls bei der Beschwerdeführerin. Weiter hat sie auch mit einigen Gemeinden aus dem Kanton Aargau Verträge abgeschlossen und sie entsorgt sogenannten «Marktkehricht», welcher aus Abfällen von Gewerbe- und Industriebetrieben besteht. Gemäss Ausführungen der Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren würden die Erlöse für die Kehrichtentsorgung der Trägergemeinden rund (...) % des Umsatzes ausmachen und die ihr zugewiesenen Vertragsgemeinden aus dem Kanton Zürich würden lediglich (...) % zum Umsatzes beitragen. Der restliche, überwiegende Teil des Umsatzes ([...] %) ergebe sich «aus dem Kräftespiel von Angebot und Nachfrage» (act. 12, S. 2). Es kann der Beschwerdeführerin daher nicht gefolgt werden, wenn sie behauptet, sie könne überhaupt nicht bestimmen, welche Gemeinden bzw. Kunden bei ihr den Siedlungsabfall entsorgen.

E. 9.4.4

Das Unternehmen der Beschwerdeführerin wird nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen geführt (Art. 2 Gründungsvertrag). Das Budget, welches auch die Verbrennungspreise für die gefangenen Kunden enthält, wird von ihrem Verwaltungsrat bestimmt (Art. 18 Gründungsvertrag) und vom Kontrollorgan genehmigt (Art. 11 Gründungsvertrag). Gemäss Angaben der Beschwerdeführerin im vorinstanzlichen Verfahren ist die Geschäftsleitung für die individuellen Vertragsverhandlungen mit den Aargauer Gemeinden, an welchen mutmasslich auch der Preis diskutiert wird, zuständig. Bei der Festlegung der Preise und Gebühren orientiert sie sich gemäss Art. 26 des Gründungsvertrags an den anwendbaren Richtlinien der zuständigen kantonalen Fachstellen und Ämter. In diesem Zusammenhang bringt die Beschwerdeführerin vor, dass die Verbrennungspreise gestützt auf das FFS berechnet und vom AWEL für gut befunden worden seien. Wie die WEKO korrekt darlegt, prüft das AWEL jedoch lediglich die Einhaltung der Vorgaben des FFS. Das FFS selbst gibt keine konkreten Preise vor. Auch der Regierungsrat greift in die Preisverhandlungen zwischen der KVA und der Gemeinde grundsätzlich nicht ein. Nur dann, wenn eine Gemeinde und die KVA keine Einigung erzielen, entscheidet der Regierungsrat über die Höhe der Entsorgungskosten (Urteile des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2014.00291 vom 9. Dezember 2014 E. 4.4; VB.2004.00034 vom 26. Mai 2004 E. 3.3.2). Dies ist jedoch die Ausnahme. Dass der Regierungsrat jemals in ihre Preisbildung eingegriffen hätte, macht die Beschwerdeführerin im Übrigen nicht geltend.

E. 9.4.5

Der Beschwerdeführerin kommt deshalb bei der Preisgestaltung zumindest ein gewisser Handlungsspielraum zu, wie die WEKO richtig ausführt. Diese Ansicht wird auch im Gutachten von swissplan.ch, welches von der Beschwerdeführerin eingereicht wurde, vertreten: Bei den Preisen für die Behandlung von Siedlungsabfall von Zürcher Gemeinden bestehe für die Beschwerdeführerin eine «Stellschraube». Sogar die Beschwerdeführerin gibt an einer anderen Stelle in der Beschwerde an, die Preise in den letzten Jahren nicht erhöht zu haben. Die Möglichkeit, die Preise zu erhöhen, besteht wohlgemerkt erst dann, wenn das Unternehmen die Preise selber bestimmen kann. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, sie könne den Preis nicht selber bestimmen, zielt deshalb ins Leere. Der Preis ist offensichtlich ein Wettbewerbsparameter (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 10.1.1; 147 II 72, Hors-Liste-Medikamente, E. 3.5) und kann von der Beschwerdeführerin - unter Berücksichtigung von (gesetzlichen) Vorgaben - festgelegt werden. Damit kann sie das Spiel von Angebot und Nachfrage auf dem Markt für die Entsorgung Siedlungsabfall

beeinflussen und nimmt deshalb selbständig am Wirtschaftsprozess teil.

E. 9.4.6

Für diese Teilnahme am Wirtschaftsprozess ist im Übrigen nicht relevant, ob es sich bei der Entsorgung von Siedlungsabfall um eine öffentliche Aufgabe handelt, weil lediglich hoheitliches Handeln vom persönlichen Geltungsbereich ausgenommen ist. Der Begriff der hoheitlichen Tätigkeit ist enger gefasst als derjenige der öffentlich-rechtlichen Aufgabe (BGE 141 II 182 E. 3.4). Für die Unterscheidung zwischen hoheitlicher und nicht hoheitlicher Verwaltungstätigkeit ist auf das Vorliegen eines Subordinationsverhältnisses abzustellen. Hoheitliches Verwaltungshandeln ist einseitiges staatliches Handeln, das sich aus der Überordnung des Staates, seiner Anordnungs- und Zwangsbefugnis gegenüber den Privaten ergibt (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 30). Es umfasst die Befugnis, von Amtes wegen oder auf Gesuch hin öffentlich-rechtliche Rechte oder Pflichten von Privaten zu verfügen. Vorliegend fehlt es an einem Subordinationsverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und den Gemeinden, die bei ihr den Siedlungsabfall entsorgen. Auch die Beschwerdeführerin legt nicht dar, inwiefern sie gegenüber den Gemeinden einseitige Anordnungen treffen und diese zwangsweise durchsetzen könnte. Die Beschwerdeführerin handelt bei der Entsorgung von Siedlungsabfall daher nicht hoheitlich, wie dies auch die Vorinstanz und die WEKO so festgehalten haben. Für die Anwendung des PüG ist ebenfalls unerheblich, ob es sich um ein Unternehmen des privaten oder des öffentlichen Rechts handelt. Das Argument der Beschwerdeführerin, sie sei eine öffentlich-rechtliche Anstalt, hat deshalb keinen Einfluss auf den Geltungsbereich des PüG. Wie bereits vorne erwähnt (E. 9.1.3), können auch selbständige Unternehmen des öffentlichen Rechts privatwirtschaftlich und unabhängig am Wirtschaftsprozess teilnehmen.

E. 9.5

Nach dem Gesagten ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin selbständig am Wirtschaftsprozess teilnimmt. Die gesetzlichen und kantonalen Vorgaben, die bei der wirtschaftlichen Tätigkeit einzuhalten sind, sowie die Eingriffsmöglichkeiten des Kantons ändern daran vorliegend nichts. Die Beschwerdeführerin ist daher als Unternehmen i.S.v. Art. 2 PüG zu qualifizieren.

E. 10

Damit das PüG anwendbar ist, ist gemäss Art. 2 PüG weiter vorausgesetzt, dass das Unternehmen marktmächtig ist. Um die verlangte Marktmacht beurteilen zu können, muss analog zum Kartellrecht zuerst der relevante Markt abgegrenzt werden (BGE 129 II 18 E. 7.2; 130 II 449 E. 5.1). Die Vorinstanz und die WEKO bestimmten den Markt für die Entsorgung von Siedlungsabfall (brennbarer, nicht verwertbarer Abfall) in einer KVA als sachlich relevanten Markt. Die Beschwerdeführerin bestreitet dies nicht. Ebenfalls unbestritten ist die zeitliche Marktabgrenzung. Gemäss angefochtener Verfügung sind für die Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen die Marktverhältnisse im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung (Herbst 2020) massgebend. Zwischen den Parteien strittig ist jedoch, ob die Vorinstanz den räumlich relevanten Markt korrekt abgegrenzt hat, weshalb nachfolgend nur darauf einzugehen ist.

E. 10.1

Das Kartellgesetz definiert den Begriff des räumlich relevanten Markts nicht näher. Der Bundesrat formulierte in der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) jedoch eine Legaldefinition, welche

nach ständiger Rechtsprechung nicht nur für Unternehmenszusammenschlüsse, sondern auch für Wettbewerbsabreden und das Verhalten marktbeherrschender Unternehmen gilt (vgl. BGE 146 II 217, Preispolitik Swisscom ADSL, E. 9.2.1; 139 I 72, Publigroupe, E. 9.1; Urteile des BVGer B-4003/2016 vom 10. Mai 2022, Swisscom Sport TV, E. 7.1; B-506/2010 vom 19. Dezember 2013, Gaba, E. 9). Demnach umfasst der räumlich relevante Markt das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU). Relevant ist die Marktgegenseite, die vom potentiell missbräuchlichen Preis betroffen ist (vgl. zum Kartellrecht BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 9.2.3.1; Stäubli/Schraner, in: DIKE KG, Art. 4 Abs. 2 KG N. 26).

E. 10.2.1

Die Vorinstanz geht in der angefochtenen Verfügung von einem regionalen Markt für die Entsorgung von Siedlungsabfällen aus. Dieser umfasse das faktische Einzugsgebiet der Beschwerdeführerin, somit alle Zürcher Gemeinden, die im Verfügungszeitpunkt ihren Siedlungsabfall effektiv bei der Beschwerdeführerin entsorgt hätten. Sie begründet dies einerseits mit den bestehenden vertraglichen Beziehungen zwischen den Gemeinden und der Beschwerdeführerin und beruft sich andererseits auf einen Distanzschutz: Die einzig theoretisch mögliche innerkantonale Alternative für die Gemeinden im Einzugsgebiet der Beschwerdeführerin, welche am Flexibilisierungsmodell überhaupt teilnehmen könnten, stelle die KVA Hagenholz dar, welche aber aufgrund der prekären Strassenverhältnisse auf der Nordumfahrung von Zürich (hohe Stau- und Transportkosten) faktisch keine echte Ausweichmöglichkeit sei. Prekäre Strassenverhältnisse könnten natürliche Hindernisse darstellen, welche KVA jenseits dieser natürlichen Grenzen gegenüber solchen, welche innerhalb dieser natürlichen Grenzen ihren Sitz hätten, benachteiligten, da derartige natürlichen Grenzen die Transport- und Koordinationskosten erheblich erhöhen könnten. Die isolierte Lage des Limmattals spreche dafür, den in räumlicher Hinsicht relevanten Markt auf das tatsächliche Einzugsgebiet der Beschwerdeführerin zu begrenzen.

E. 10.2.2

Die Beschwerdeführerin vertritt demgegenüber die Ansicht, dass der räumliche Markt das gesamte Gebiet des Kantons Zürichs umfasst. Die Aussage der Vorinstanz, dass die Gemeinden aus Gründen des Umweltschutzes auf längere Transportwege verzichten würden, sei eine unbelegte Mutmassung. Zudem befinde sich das Limmattal weder in einer isolierten Lage noch seien die Strassenverkehrsverhältnisse prekär.

E. 10.2.3

Die WEKO wiederholte im Fachbericht ihre bereits im vorinstanzlichen Verwaltungsverfahren geäusserte Kritik an dem von der Vorinstanz geltend gemachten Distanzschutz. Eine konkrete Abklärung der zu prüfenden Kriterien (z.B. bezüglich der Fahrzeiten und Transportkosten pro zusätzlichen Fahrkilometer) habe die Vorinstanz unterlassen. Es lägen deshalb keine Zahlen und Auswertungen zu den Transportkosten vor. Nach Auffassung der WEKO ist aber auch die Marktabgrenzung der Beschwerdeführerin unzutreffend. Die Beschwerdeführerin verkenne, dass das Flexibilisierungsmodell den rechtlichen Rahmen bilde und die Zürcher Gemeinden in der Wahl der KVA einschränke. Gemäss Flexibilisierungsmodell stünden den Gemeinden nur drei innerkantonale KVA zur Auswahl. Der räumlich relevante Markt sei aufgrund dieser eingeschränkten Wahlmöglichkeiten auf die Nachfrage nach Entsorgung von Siedlungsabfall, der im

potentiellen Einzugsgebiet der Beschwerdeführerin entsteht, einzugrenzen. Das potentielle Einzugsgebiet umfasse nicht nur die Gemeinden im Kanton Zürich, die ihren Siedlungsabfall (wie von der Vorinstanz angenommen) im Verfügungszeitpunkt effektiv bei der Beschwerdeführerin einlieferten, sondern alle Zürcher Gemeinden, bei welchen im Verfügungszeitpunkt im Flexibilisierungsmodell die KVA der Beschwerdeführerin als Auswahlmöglichkeit zur Verfügung stehe, die nicht dem Zweckverband «ZVHo» (heute: «Entsorgung Zimmerberg») angehörten und die potentiell von der allfälligen Wettbewerbsbeschränkung betroffen seien.

E. 10.3.1

Die WEKO kritisiert an der Marktabgrenzung der Vorinstanz zurecht, dass für den Distanzschutz keine überzeugenden Argumente oder empirische Grundlagen vorliegen. Eine strikte Beweisführung ist für die Abgrenzung des relevanten Marktes zwar nicht möglich, weil die Analyse der Marktverhältnisse komplex, die Datenlage oft unvollständig und die Erhebung ergänzender Daten schwierig ist. Eine gewisse Logik der wirtschaftlichen Analyse und Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit müssen aber überzeugend und nachvollziehbar erscheinen (vgl. BGE 139 I 72, Publigroupe, E. 8.3.2; Urteil des BGer 2C_113/2017 vom 12. Februar 2020, Hallenstadion, E. 5.2.6). Ein vollständiger Distanzschutz bestünde, wenn die Gemeinden nie von der erstmals gewählten KVA zu einer anderen KVA wechseln würden. Dies ist vorliegend jedoch nicht der Fall: In den letzten Jahren haben zwei Gemeinden zur KVA der Beschwerdeführerin gewechselt. Zudem hat die WEKO bereits im vorinstanzlichen Verwaltungsverfahren anhand von Beispielen aufgezeigt, dass Gemeinden für die Entsorgung des Siedlungsabfalls auch längere Transportwege in Kauf nehmen. Wie die Beschwerdeführerin richtig vorbringt, hätte die Vorinstanz deshalb näher untersuchen müssen, ob der Transportweg und die Transportkosten die Bedeutung haben, die sie ihnen zumessen will. Ohne diese Abklärungen bestehen nicht vernachlässigbare Zweifel daran, dass dieser Distanzschutz tatsächlich eine enge Abgrenzung des Marktes auf die Gemeinden, die im Verfügungszeitpunkt den Siedlungsabfall bei der Beschwerdeführerin entsorgen, zu rechtfertigen vermag.

E. 10.3.2

Bei der räumlichen Marktabgrenzung hat die WEKO ihrerseits korrekt berücksichtigt, dass die Gemeinden im Verfügungszeitpunkt aufgrund des Flexibilisierungsmodells in der Auswahl der KVA eingeschränkt waren. Die Beschwerdeführerin bringt keine konkreten Anhaltspunkte vor, dass der Regierungsrat künftig eine Anpassung dieses Modells beabsichtigt, weshalb auf die Verhältnisse im Verfügungszeitpunkt abzustellen ist. Das Argument der Beschwerdeführerin, dass die Gemeinden ihren Siedlungsabfall auch bei einer anderen KVA entsorgen können, wenn sie sich einem Zweckverband anschliessen, überzeugt ebenfalls nicht. Die WEKO legt zutreffend dar, dass der Kanton Zürich mit dieser zusätzlichen Möglichkeit kaum eine Ausweitung der Wahlmöglichkeiten der Gemeinden auf den ganzen Kanton angestrebt hat. Die Marktabgrenzung der Beschwerdeführerin, wonach der räumliche Markt das gesamte Gebiet des Kantons Zürich umfassen soll, ist deshalb zu weit. Die Beschwerdeführerin bringt vorliegend keine substantiierte Begründung vor, weshalb die von der WEKO vorgenommene Marktabgrenzung auf das potentielle Einzugsgebiet zu eng wäre. Eine solche ist auch nicht ersichtlich.

E. 10.3.3

Der räumlich relevante Markt ist deshalb mit der WEKO zumindest auf das potentielle Einzugsgebiet der Beschwerdeführerin im Kanton Zürich zu beschränken. Für die von der Vorinstanz vorgenommene weitere Eingrenzung dieses Marktes auf das Gebiet der Gemeinden, die im Verfügungszeitpunkt ihren Siedlungsabfall effektiv bei der Beschwerdeführerin entsorgt haben, bedürfte es - wie erwähnt - weitergehender Untersuchungsmaßnahmen. Eine solche Untersuchung kann aber unterbleiben, da die Beschwerdeführerin bereits in ihrem potentiellen Einzugsgebiet i.S.v. Art. 2 PüG marktmächtig ist, wie sich nachstehend zeigen wird.

E. 11

Die Beschwerdeführerin bestreitet, auf dem soeben abgegrenzten Markt marktmächtig i.S.v. Art. 2 PüG zu sein. Sie hält es für bundesrechtswidrig, dass Marktmacht gemäss PüG eine niedrigere Eingriffsschwelle darstellen soll als Marktbeherrschung gemäss KG.

E. 11.1

Der Begriff der «Marktmacht» wird sowohl im PüG als auch im KG unter dem Titel des Geltungsbereichs erwähnt, wird aber in beiden Gesetzen nicht definiert.

E. 11.2

In der kartellrechtlichen Literatur wird zwischen verschiedenen Intensitätsstufen des Markteinflusses unterschieden, wobei die Übergänge zwischen den Intensitätsstufen fließend sind (vgl. Stäuble/Schraner, in: DIKE KG, Art. 4 Abs. 2 N. 143 ff. m.w.H.). Gewöhnlicher Markteinfluss kommt grundsätzlich jedem in einem Markt tätigen Unternehmen zu (Clerc/Kellezi, in: CR Concurrence, Art. 4 Abs. 2 KG N. 116; Heizmann/Meyer, in: DIKE KG, Art. 2 KG N. 50). Marktmacht wird demgegenüber regelmässig als qualifizierter Markteinfluss bezeichnet (vgl. u.a. Reto A. Heizmann, Der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 KG, 2005, Rz. 26; Stäuble/Schraner, in: DIKE KG, Art. 4 Abs. 2 N. 148; Weber/Volz, Fachhandbuch Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2023, Rz. 2.453). Mit Marktmacht wird ein Zustand umschrieben, bei dem ein Unternehmen dem Wettbewerb in ungenügendem Mass ausgesetzt ist, ohne sich deswegen auf dem Markt unabhängig verhalten zu können (Clerc/Kellezi, in: CR Concurrence, Art. 4 Abs. 2 KG N. 116; Bruno Schmidhauser, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 1997, Art. 2 KG N. 20 und Art. 4 KG N. 64). Das KG definiert schliesslich in Art. 4 Abs. 2 KG den Begriff der Marktbeherrschung: Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form von Marktmacht dar. Die beiden Begriffe sind demnach klar zu unterscheiden (Heizmann, a.a.O., Rz. 26 m.w.H.; vgl. Botschaft zum KG 1995, BBl 1995 I 468, 547 f.).

E. 11.3

Wie bereits vorne erwähnt, sah der Gesetzgeber beim PüG einen umfassenden Geltungsbereich vor, der in Konkordanz zum Kartellrecht steht (Botschaft zum PüG 1990, BBl 1990 I 97, 102 und 113; vgl. E. 7.2.3 vorne). Das KG findet bereits bei marktmächtigen und nicht erst bei marktbeherrschenden Unternehmen Anwendung (Urteile des BVGer

B-2597/2017 vom 19. Januar 2022, Vifor, Galenica et. al., E. 2.2.1; B-2798/2018 vom 16. Februar 2021, Naxoo SA, E. 5.1.2). Dass das PüG ebenfalls bereits bei marktmächtigen Unternehmen zur Geltung gelangen soll, ist aufgrund der angestrebten Konkordanz offensichtlich und stimmt mit der ratio legis des PüG ohne Weiteres überein. Denn das PüG bezweckt die Preisüberwachung bei allen Unternehmen, die über einen «bestimmten Markteinfluss» verfügen, weshalb bei ihnen die Gefahr besteht, dass sie die Preise «unbesehen des Verhältnisses von Angebot und Nachfrage» festlegen (Botschaft zum PüG 1984, BBl 1984 II 755, 767). Dass mit der Formulierung des «bestimmten Markteinflusses» eine Preisüberwachung nur bei den Unternehmen, die den Markt beherrschen, bezweckt werden soll, ergibt sich daraus entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht.

E. 12

Bei der Beurteilung der Frage, ob die Beschwerdeführerin über Marktmacht und damit über qualifizierten Markteinfluss verfügt, untersuchten die Vorinstanz und die WEKO zuerst den aktuellen Wettbewerb (s. E. 12.2), dann den potentiellen Wettbewerb (s. E. 12.3) und schliesslich die Stellung der Marktgegenseite (s. E. 12.4).

E. 12.1

Die Gemeinden im Flexibilisierungsmodell können, wie bereits erwähnt, nur alle fünf Jahre zwischen den drei nächstgelegenen KVA wechseln (vgl. E. 9.4.2). Die Phase kurz vor Ablauf dieser fünf Jahre wird von der WEKO als «Antragsphase» bezeichnet. In dieser Antragsphase stellen die Gemeinden einen Antrag für die Zuweisung zu einer KVA, der vom Regierungsrat zu genehmigen ist. Mit diesem Zuteilungsbeschluss wird eine Gemeinde faktisch zu einem Vertragsschluss mit der zugewiesenen KVA verpflichtet. Während der «gebundenen Phase» von fünf Jahren ist ein Wechsel zu einer anderen KVA nicht möglich und die Gemeinde hat sämtlichen Siedlungsabfall bei der ihr zugeteilten KVA zu entsorgen. Auch bei den Gemeinden, die aufgrund langfristiger Verträge, wegen ihrer Mitgliedschaft bei einem Zweckverband oder aufgrund ihrer Eigenschaft als Trägergemeinde einer KVA, nicht am Flexibilisierungsmodell teilnehmen, ist davon auszugehen, dass diese während einer bestimmten Zeit (vertraglich) gebunden sind und bei voraussehbarem Ablauf dieser Zeit oder bei Kündigung in eine Art «Antragsphase» übergehen. Da die Gemeinden in der gebundenen Phase an die zugeteilte KVA gebunden sind, ist der Wettbewerbsdruck auf die Beschwerdeführerin in dieser Phase tendenziell geringer und ihre Marktstellung entsprechend stärker. Wenn somit bereits in der Antragsphase eine marktmächtige Stellung der Beschwerdeführerin im Sinne von Art. 2 PüG nachgewiesen wird, kann - wie die WEKO in ihrem Fachbericht zu Recht ausführt - für die gebundene Phase nichts anderes gelten. Die nachstehenden Ausführungen zur Marktmacht der Beschwerdeführerin können sich deshalb auf die Antragsphase beschränken.

E. 12.2

Beim aktuellen Wettbewerb ist festzustellen, in welchem Ausmass das betreffende Unternehmen unmittelbar einem Wettbewerbsdruck durch Konkurrenten, die bereits tatsächlich auf dem relevanten Markt tätig sind, ausgesetzt ist. Ausgangspunkt für die Prüfung des aktuellen Wettbewerbs bildet der Marktanteil des betreffenden Unternehmens. Ebenfalls zu beachten sind die Anzahl und die Marktanteile der Konkurrenten, das Verhältnis zwischen dem Marktanteil des betreffenden Unternehmens und den Marktanteilen der Konkurrenten, sowie die Entwicklung der Marktanteile (vgl. zur Marktbeherrschung Urteil B-831/2011, SIX, E. 423).

E. 12.2.1

Die Vorinstanz kommt in der angefochtenen Verfügung zum Schluss, dass die Beschwerdeführerin in ihrem regionalen Einzugsgebiet im Verfügungszeitpunkt über einen Marktanteil von 100 % verfüge und sie keinem wesentlichem Wettbewerb ausgesetzt sei. Die Gemeinden im Einzugsgebiet seien «gefangen» und daher gezwungen, den von der Beschwerdeführerin autonom festgelegten Verbrennungspreis zu bezahlen. Obwohl die Beschwerdeführerin seit Jahren hohe Verbrennungspreise verrechne, habe sich das Einzugsgebiet der Beschwerdeführerin in den vergangenen Jahren nicht verkleinert, sondern sogar vergrössert. Weiter zeichne sich der Entsorgungsmarkt durch äusserst stabile Marktstrukturen/Marktverhältnisse aus. Die Beschwerdeführerin sei auf dem relevanten Markt daher sogar marktbeherrschend und damit auch marktmächtig.

E. 12.2.2

Die WEKO stellt im potentiellen Einzugsgebiet der Beschwerdeführerin im Kanton Zürich (ohne «ZVHo-Gemeinden») folgende Marktanteile fest: 39 % Beschwerdeführerin, 38 % KVA Hagenholz, 19 % KVA Winterthur, 4 % KVA Hinwil und 0 % KVA Horgen. Der Marktanteil der Beschwerdeführerin von mehr als einem Drittel sei hoch. Für die Marktmacht der Beschwerdeführerin spreche auch der Umstand, dass für die Gemeinden nur eingeschränkte Substitutionsmöglichkeiten existierten. Die Beschwerdeführerin stehe nur alle fünf Jahre mit vier KVA bzw. pro Gemeinde mit zwei KVA im Wettbewerb. Ein Indiz dafür, dass diese wenigen Wettbewerber die Beschwerdeführerin nicht ausreichend zu disziplinieren vermögen, sieht die WEKO im Umstand, dass die Gemeinden die KVA nur selten wechseln. Die WEKO führt diesbezüglich weiter aus, dass das exklusive Recht für die Entsorgung der Siedlungsabfälle der zugeteilten Gemeinden auch dazu führen könne, dass sich Marktteilnehmer an einen gewissen Anbieter gewöhnen. Grundsätzlich gelte, dass dem Inhaber von exklusiven Rechten umso mehr Marktmacht verliehen werde, je umfassender, exklusiver und langfristiger diese Rechte seien. Die WEKO sieht schliesslich in der Preisgestaltung der Beschwerdeführerin ein weiteres Indiz für die starke Marktstellung der Beschwerdeführerin. Die Aargauer Gemeinden würden für die Entsorgung des Abfalls tiefere Preise zahlen als die Zürcher Gemeinden. Auch die Preise für die Entsorgung von Marktkehricht seien tiefer als die Verbrennungspreise, die den Zürcher Gemeinden verrechnet würden. Daraus sei zu schliessen, dass die Investitionskosten hauptsächlich mittels Einnahmen durch die Zürcher Gemeinden gedeckt würden.

E. 12.2.3

Die Beschwerdeführerin rügt, die von der Vorinstanz vorgenommene Marktabgrenzung sei nicht korrekt. Folglich sei auch die Schlussfolgerung falsch, dass ihr Marktanteil 100 % betrage und sie deshalb Marktmacht habe. Die Stellungnahme der WEKO, von der die Vorinstanz ohne Begründung abgewichen sei, sei ebenso mit Fehlern behaftet. Die Beschwerdeführerin kritisiert, dass die WEKO sie trotz eines Marktanteils von bloss 39 %, welcher ihrer Ansicht nach sowieso eher bei ca. 12 % liegen soll, als marktmächtig einstuft.

E. 12.2.4

Wie vorne erwähnt, ist der räumlich relevante Markt mit der WEKO zumindest auf das potentielle Einzugsgebiet der Beschwerdeführerin im Kanton Zürich zu beschränken (vgl. E. 10.3.3). Ob der Markt räumlich noch weiter eingegrenzt werden soll, muss vorliegend nicht abschliessend beantwortet werden. Daher kann auch offenbleiben, ob die

Einschätzung der Vorinstanz, die gestützt auf eine engere Marktabgrenzung von einem Marktanteil von 100 % ausgeht, zutreffend ist. Die WEKO hat korrekt dargelegt, dass die Beschwerdeführerin selbst mit einem Marktanteil von 39 % zumindest über Marktmacht verfügt. Die Beschwerdeführerin argumentiert zwar, dass dieser Marktanteil unterhalb dem vom Bundesverwaltungsgericht vorgegebenen Grenzwert von 50 % für die widerlegbare Vermutung der Marktbeherrschung liegt. Dieser Wert wird aber, wie die Beschwerdeführerin selbst festhält, für die Beurteilung der Marktbeherrschung und nicht für diejenige der Marktmacht herangezogen. Ihr Argument zielt daher ins Leere. Im Übrigen ist die Marktstellung eines Unternehmens immer gestützt auf eine Gesamtprüfung zu beurteilen und nicht nur gestützt auf seinen Marktanteil (Urteil 2C_113/2017, Hallenstadion, E. 5.5.1; Urteil B-2597/2017, Vifor, Galenica et. al., E. 9.1.3).

E. 12.2.5

Dieser Gesamtprüfung entsprechend haben die Vorinstanz und die WEKO nachvollziehbar dargelegt, dass im relevanten Markt von den wenigen Wettbewerbern kein ausreichender Wettbewerbsdruck auf die Beschwerdeführerin ausgeht. Die Beschwerdeführerin legt nicht substantiiert dar, weshalb diese Ausführungen nicht zutreffen sollen. Die Beschwerdeführerin verfügt im aktuellen Wettbewerb aufgrund ihres hohen Marktanteils und den wenigen Konkurrenten daher zumindest über Marktmacht.

E. 12.3

Unter dem Gesichtspunkt des potentiellen Wettbewerbs ist zu untersuchen, in welchem Ausmass das in Frage stehende Unternehmen durch die Möglichkeit, dass andere Unternehmen, die dort bislang noch nicht tätig waren, auf dem relevanten Markt als neue Konkurrenten auftreten könnten, mittelbar einem Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist (vgl. zur Marktbeherrschung Urteile des BVGer B-831/2011, SIX, E. 459; B-7633/2009 vom 14. September 2015, ADSL II, E. 334; Reinert/Wälchli, in: BSK KG, Art. 4 Abs. 2 N. 311 und 342 ff.; Stäubli/Schraner, in: DIKE KG, Art. 4 Abs. 2 N. 233). Die Vorinstanz und die WEKO haben umfassend und für das Gericht nachvollziehbar dargelegt, wieso sie bezüglich der Entsorgung von Siedlungsabfall von hohen, durch strukturelle und administrative Hindernisse begründete Marktzutrittsschranken ausgehen. Dazu zählen unter anderem umfangreiche Investitionen für den Bau einer neuen KVA, die kantonale Abfallplanung bis 2035 sowie Bewilligungspflichten für den Bau und Betrieb einer KVA. Bedingt ein Neueintritt - wie vorliegend - hohe Investitionen, die sich bei fehlendem Erfolg und einem allfälligen späteren Marktaustritt nicht oder nicht ganz realisieren lassen würden (sog. sunk costs), so können diese Marktaustrittsschranken bereits vom Eintritt in den Markt abhalten. Die Beschwerdeführerin bestreitet diese Ausführungen nicht, sondern rügt bloss generell, dass die Vorinstanz und die WEKO ihrer Untersuchungs- und Begründungspflicht nicht nachgekommen seien, ohne dies jedoch substantiiert zu begründen. Ihre Rügen vermögen die Feststellung der Vorinstanz und der WEKO, dass auch die Untersuchung des potentiellen Wettbewerbs eine marktmächtige Stellung der Beschwerdeführerin aufzeigt, nicht in Frage zu stellen.

E. 12.4

Der Aspekt der Stellung der Marktgegenseite erfordert eine Abklärung, ob den Nachfragern der jeweiligen Dienstleistung aufgrund spezifischer Faktoren eine besondere Verhandlungsmacht zukommt, aufgrund der sie einen ausreichenden Wettbewerbsdruck gegenüber dem untersuchten Unternehmen ausüben können (vgl. zur Marktbeherrschung

Urteil 2C_113/2017, Hallenstadion, E. 5.5.2).

E. 12.4.1

Die Vorinstanz legt in der angefochtenen Verfügung dar, dass die Gemeinden im von ihr abgegrenzten relevanten Markt keine (echte) Wahl zwischen den Anbietern hätten. Deshalb würden diese auch nicht über eine Machtposition verfügen, um die marktmächtige Stellung der Beschwerdeführerin in Frage stellen zu können. Die hohen Verbrennungspreise der Beschwerdeführerin würden auf eine Verhandlungsmachtasymmetrie hinweisen. In der Vernehmlassung äussert sich die Vorinstanz im Zusammenhang mit der Marktstellung der Beschwerdeführerin auch zur DILECA, die für die beteiligten Gemeinden unter anderem das Einsammeln und den Transport der Siedlungsabfälle zur Beschwerdeführerin organisiere. Diese kollektive Lösung schaffe im Vergleich zu individuellen Lösungen Grössenvorteile für die einzelnen Gemeinden. Ein Austritt aus DILECA hätte demnach für eine Gemeinde höhere Kosten zur Folge. Bisher sei keine Gemeinde aus DILECA ausgetreten. Weiter würden alle Anstaltsgemeinden seit der Gründung von DILECA ihren Siedlungsabfall bei der Beschwerdeführerin entsorgen.

E. 12.4.2

Auch die WEKO kommt nach einer je einzelnen Untersuchung der Marktstellung der verschiedenen Gemeindegruppen (Träbergemeinden, Gemeinden mit Zugehörigkeit zu einem Zweckverband [u.a. DILECA], Gemeinden ohne langfristige Bindung etc.) zum Schluss, dass die Marktgegenseite eher schwach einzustufen sei.

E. 12.4.3

Die Beschwerdeführerin rügt dabei insbesondere die Beurteilung der Marktstellung der DILECA. Sie bestreitet die Ausführungen der WEKO, wonach DILECA aufgrund einer Bürgschaft die KVA nicht wechseln könne. DILECA bzw. die einzelnen Mitgliedsgemeinden seien heute frei, die KVA zu wechseln, und verfügten deshalb über beträchtliche Verhandlungsmacht.

E. 12.4.4

Die Vorinstanz und die WEKO halten korrekt fest, dass ein Wechsel der DILECA auch davon abhängt, ob eine andere KVA überhaupt noch genügend Kapazitäten für die Entsorgung des Siedlungsabfalls aller DILECA-Gemeinden verfügt. In Bezug auf die einzelnen Gemeinden, die der DILECA angehören, führt die Vorinstanz gestützt auf die aktenkundigen Ausführungen der DILECA weiter aus, dass diese Gemeinden die KVA Hagenholz oder Horgen aufgrund der längeren und mit Staurisiko behafteten Transportwege nicht als Alternative betrachten. Selbst wenn DILECA inzwischen nicht mehr durch eine Bürgschaft an die KVA Dietikon gebunden wäre - was von der Beschwerdeführerin im Übrigen nicht belegt wurde -, kann die Beschwerdeführerin nicht substantiiert darlegen, weshalb die DILECA entgegen den nachvollziehbaren Ausführungen der Vorinstanz und der WEKO ihr gegenüber über eine besondere Verhandlungsmacht verfügen soll. Mit der Vorinstanz und der WEKO ist daher davon auszugehen, dass die Marktgegenseite insgesamt schwach ist und die Marktmacht der Beschwerdeführerin nicht in Frage stellen kann.

E. 12.5

Die vorgenommene Gesamtbetrachtung des aktuellen und des potentiellen Wettbewerbs sowie der Stellung der Marktgegenseite auf dem Markt für Siedlungsabfall zeigt, dass die

Beschwerdeführerin den Markt in der Antragsphase mehr als normal beeinflussen kann. In der gebundenen Phase kommt ihr aufgrund der vertraglichen Exklusivität ein noch stärkerer Markteinfluss zu. Sie ist demzufolge, wie die Vorinstanz und die WEKO richtig festgehalten haben, marktmächtig und zwar unabhängig davon, ob der räumliche Markt noch enger als auf das potentielle Einzugsgebiet der Beschwerdeführerin eingegrenzt wird (vgl. E. 10).

E. 12.6

In Bezug auf die von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Verletzung des rechtlichen Gehörs aufgrund angeblich mangelhafter Auseinandersetzung der Vorinstanz mit dem persönlichen Geltungsbereich ist auf E. 7.6 zu verweisen. Demnach wird eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs im vorliegenden Verfahren ohnehin geheilt.

E. 12.7

Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin als marktmächtiges Unternehmen i.S.v. Art. 2 PüG zu qualifizieren ist. Der persönliche Geltungsbereich des PüG ist daher ebenfalls erfüllt.

E. 13

Die Beschwerdeführerin ist jedoch der Ansicht, dass der Vorinstanz die Verfügungskompetenz auch deshalb fehle, weil auf ihre Verbrennungspreise die Art. 14 bzw. Art. 15 PüG anwendbar seien. Bei behördlich festgesetzten oder genehmigten Preisen (Art. 14 PüG; s. E. 14) sowie bei anderen bundesrechtlichen Preisüberwachungen (Art. 15 PüG; s. E. 15) kommt der Vorinstanz keine Verfügungskompetenz, sondern bloss ein Anhörungs- bzw. Empfehlungsrecht zu.

E. 14

Ob der streitbetroffene Verbrennungspreis behördlich festgesetzt oder genehmigt wurde und damit in den Anwendungsbereich von Art. 14 PüG fällt, ist nachstehend zu untersuchen.

E. 14.1.1

Die Beschwerdeführerin rügt in diesem Zusammenhang, die Vorinstanz lege Art. 14 PüG ein zu enges Verständnis zugrunde. Von Art. 14 PüG seien auch Preisfestsetzungen oder -genehmigungen von interkommunalen Organisationseinheiten erfasst. Sie sei als interkommunale Anstalt konstituiert und die beteiligten Gemeinden seien Träger der Anstalt. Gemäss Gründungsvertrag werde zwischen den Organen der Anstalt (Verwaltungsrat, Geschäftsleitung und Revisionsstelle) und dem Kontrollorgan der Trägergemeinden unterschieden. Dem Kontrollorgan komme die unentziehbare Befugnis zu, das Budget der Beschwerdeführerin zu genehmigen, welches auch den streitbetroffenen Verbrennungspreis umfasse. Dieses Kontrollorgan setze sich aus den von den jeweiligen Gemeindevorständen gewählten Delegierten jeder Trägergemeinden zusammen. Deswegen handle es sich beim Kontrollorgan um ein demokratisch legitimes Exekutivorgan der Trägergemeinden, die den Verbrennungspreis genehmigten. Art. 14 PüG komme folglich zur Anwendung. Im Übrigen sei es mit der Rechtsgleichheit, der Organisationsfreiheit der Kantone und der Gemeindeautonomie nicht vereinbar, die Organe einer interkommunalen Anstalt anders zu behandeln als die Legislativ- und Exekutivorgane von Kantonen und Gemeinden.

E. 14.1.2

Die Vorinstanz führt demgegenüber aus, sie habe in der Verfügung begründet, wieso der Verwaltungsrat, die Geschäftsleitung und das Kontrollorgan der Beschwerdeführerin nicht als Exekutive einer Gebietskörperschaft im Sinne von Art. 14 PüG zu betrachten seien. Diese Organe trügen keine direkte politische Verantwortung und verfolgten nicht das Gesamtinteresse der vertretenen Gebietskörperschaft. Bei der autonomen Preisfestlegung durch die (Geschäftsleitung der) Beschwerdeführerin handle es sich mithin nicht um einen durch eine politische Exekutive festgelegten oder genehmigten Preis i.S.v. Art. 14 PüG, welcher die Entscheidkompetenz der Vorinstanz zurückdränge. Es fänden sich darüber hinaus und entgegen der Ausführung der Beschwerdeführerin auch keine Bestimmungen im Gründungsvertrag oder im Organisationsreglement, wonach die konkreten Verbrennungspreise vom Kontrollorgan zu genehmigen seien.

E. 14.2

Ist die Legislative oder die Exekutive des Bundes, eines Kantons oder einer Gemeinde für die Festsetzung oder Genehmigung einer Preiserhöhung zuständig, hört sie den Preisüberwacher zuvor an (Art. 14 Abs. 1 PüG). Er kann beantragen, auf die Preiserhöhung ganz oder teilweise zu verzichten oder einen missbräuchlich beibehaltenen Preis zu senken (Art. 14 Abs. 2 PüG). Nachfolgend ist als erstes zu prüfen, ob der Begriff der Exekutive einer Gemeinde in einem weiten Sinne verstanden werden muss, sodass auch Organe eines Unternehmens, welche aus Exekutivmitglieder von mehreren Gemeinden bestehen, davon erfasst werden, wie die Beschwerdeführerin geltend macht.

E. 14.2.1

Die Frage, ob behördlich festgelegte oder genehmigte Preise durch den Preisüberwacher zu beurteilen sind, wurde bereits im Rahmen der Vernehmlassung zum PüG kontrovers diskutiert (Botschaft zum PüG 1984, BBl 1984 II 755, 763). Auch im Nationalrat wurden vier Anträge zu Art. 14 PüG, welcher im Gesetzesentwurf ursprünglich als Art. 13 PüG vorgesehen war, gestellt und besprochen (AB 1985 I N 227 ff.). Thema dieser Diskussionen war insbesondere die Frage, welche Kompetenzen dem Preisüberwacher bei Preisfestsetzungen oder -genehmigungen durch Exekutiven und Legislativen zukommen sollen. Zur vorliegend interessierenden Thematik lässt sich den Ratsprotokollen aber nichts entnehmen. Eine indirekte Antwort gibt jedoch eine im Jahr 1990 eingereichte Motion von Nationalrat Titus Giger. Die Motion «Preisüberwachung behördlich festgesetzter oder genehmigter Preise» (90.571, nachfolgend: Motion Giger) sah eine Ausweitung des Anwendungsbereichs von Art. 14 PüG vor. Neu sollte dem Preisüberwacher auch dann, wenn die Preise durch das oberste Organ einer Unternehmung mit öffentlichem Leistungsauftrag, welche vollumfänglich der öffentlichen Hand gehört, festgesetzt oder genehmigt werden, keine Verfügungskompetenz mehr zukommen. Der Motionär sah die Notwendigkeit dieser Anpassung darin, dass nicht die «Zufälligkeit der gewählten Organisationsform die Möglichkeit der Einflussnahme durch den Preisüberwacher» bestimmen solle. Die obersten Organe dieser Unternehmen, in denen Mitglieder oder Vertreter der Legislative oder Exekutive vertreten seien, fielen nicht in den Anwendungsbereich von Art. 14 PüG, was zu einer Rechtsungleichheit führe. Der Bundesrat empfahl die Ablehnung dieser Motion. Er begründete dies damit, dass die obersten Organe eines Unternehmens, welches sich im Besitz der Öffentlichkeit befinde, keine direkte politische Verantwortung tragen würden. Selbst wenn sich das oberste Organ eines Unternehmens ganz oder teilweise aus Regierungsvertretern zusammensetze, ändere

dies aus Sicht des Bundesrats daran nichts. Entscheidend sei die Funktion der entscheidenden Behörde und nicht ihre Zusammensetzung. Die obersten Organe eines Unternehmens würden primär eine gesellschaftsrechtliche und nicht eine politische Funktion ausüben. Aus der Begründung der Motion und der dazugehörigen Antwort des Bundesrats muss geschlossen werden, dass sich der Anwendungsbereich von Art. 14 PüG bis anhin nicht auf die obersten Organe von Unternehmen der öffentlichen Hand erstreckte. Dies galt selbst dann, wenn sich diese Organe aus Behördenmitgliedern der Exekutive oder der Legislative zusammensetzten. Die Überweisung der Motion Giger wurde in der Folge mit 36 (zu 31) Stimmen abgelehnt (AB 1990 IV N 1846 f.). Die Motion war damit erledigt (vgl. Art. 15 des damals geltenden Geschäftsverkehrsgesetzes vom 23. März 1962 [AS 1962 773]). Der Anwendungsbereich von Art. 14 PüG blieb seither unverändert.

E. 14.2.2

Dass der Anwendungsbereich von Art. 14 PüG Entscheide der Organe von Unternehmen der öffentlichen Hand nicht umfasst, ergibt sich auch aus der teleologischen Auslegung. Sinn und Zweck der Volksinitiative zur Verhinderung missbräuchlicher Preise war u.a., die «Monopolpreise staatlicher und gemischt-wirtschaftlicher Organisationen» der Preisüberwachung zu unterstellen (Botschaft zur Volksinitiative «zur Verhinderung missbräuchlicher Preise» vom 9. September 1981; BBl 1981 III 342, 362; Botschaft zum PüG 1984 755, 775). Bei der Umsetzung dieses Anliegens waren jedoch die staatsrechtlichen Grenzen zu beachten. Es wurde als «problematisch» angesehen, den Preisüberwacher über die Exekutive und Legislative zu setzen und ihm das Recht zu nachträglichen Preiskorrekturen einzuräumen. Die Beeinträchtigung der staatlichen Führungs- und Entscheidungsstruktur könne nicht der Sinn einer Preisüberwachung sein (Botschaft zum PüG 1984, BBl 1984 II 755, 775). Die Kompetenz des Preisüberwachers wurde deshalb auf den Erlass von Empfehlungen beschränkt, wenn der Preis von einer Legislative oder Exekutive des Bundes, der Kantone oder der Gemeinden festgesetzt oder genehmigt wird. Eine solche Regelung wurde als praktikabel erachtet (Botschaft zum PüG 1984, BBl 1984 II 755, 776).

E. 14.2.3

Diesem Auslegungsergebnis entsprechend ist der Anwendungsbereich von Art. 14 PüG auf Exekutiven und Legislativen des Bundes, Kantons und der Gemeinden beschränkt. Explizit nicht erfasst sind die obersten Organe eines Unternehmens, die sich lediglich aus Mitgliedern der Legislative oder Exekutive zusammensetzen.

E. 14.3

Die Beschwerdeführerin ist als gemeinsame Anstalt i.S.v. § 74 GG/ZH konstituiert. Es handelt sich dabei um eine öffentlich-rechtliche Anstalt zur dauerhaften Erfüllung bestimmter Aufgaben (Tobias Jaag, Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, 2017, § 74 N. 3, nachfolgend: Kommentar zum GG/ZH) und nicht um eine Gemeinde oder einen Zweckverband. Sämtliche Ausführungen der Beschwerdeführerin zur Gemeindeautonomie sowie zu den Zweckverbänden und deren demokratischen Organisation gehen nur schon deswegen an der Sache vorbei und sind vorliegend unbeachtlich.

E. 14.3.1

Die Trägergemeinden nehmen ihre Aufsicht über diese Anstalt gemäss Art. 5 des Gründungsvertrags nicht über die Legislativen oder Exekutiven der jeweiligen Gemeinden, sondern durch ein gemeinsames Organ, das Kontrollorgan, wahr. Es setzt sich aus

Delegierten jeder Trägergemeinde zusammen. Die Wahl und Abberufung der Delegierten, die zwingend Mitglieder der Exekutive sein müssen (Art. 10 Gründungsvertrag), steht den Trägergemeinden zu (Art. 8 Gründungsvertrag).

E. 14.3.2

Dem Kontrollorgan kommt gemäss Art. 11 Gründungsvertrag unter anderem die unübertragbare Befugnis zu, das Budget zu genehmigen. Aus den Akten ist ersichtlich, dass auch der Verbrennungspreis im Anhang zum Budget aufgeführt ist. Weiter ist das Kontrollorgan unter anderem zur Wahrnehmung der folgenden Aufgaben befugt: Wahl und Abberufung der Mitglieder des Verwaltungsrates; Bezeichnung der Revisionsstelle; Beschlussfassung über neue Ausgaben gem. Art. 6 des Gründungsvertrags; Genehmigung des Geschäftsberichtes und der Jahresrechnung; Entlastung der Mitglieder des Verwaltungsrates; Erlass bestimmter Reglemente; Beschlussfassung über diverse Gegenstände (z.B. den Anschluss von Gemeinden, Auslagerung von Aufgaben, Beteiligung an anderen Unternehmen); sowie Antragsstellung an die Trägergemeinden betreffend Erweiterung der Anstalt oder Änderung des Gründungsvertrags. Aus dieser exemplarischen Aufzählung der unübertragbaren Befugnisse wird ersichtlich, dass dem Kontrollorgan hauptsächlich eine gesellschaftsrechtliche und nicht eine Funktion im Gesamtinteresse der vertretenen Gebietskörperschaft zukommt. Das Kontrollorgan ist daher nicht als «Gemeindeexekutive» im Sinne von Art. 14 PüG zu qualifizieren.

E. 14.4

Der strittige Verbrennungspreis wird folglich nicht von einer Exekutive oder Legislative des Bundes, des Kantons oder der Gemeinde genehmigt oder gar festgelegt, weshalb die Spezialregelung von Art. 14 PüG entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin vorliegend nicht zum Tragen kommt.

E. 15

Schliesslich ist zu prüfen, ob die Verfügungskompetenz der Vorinstanz wegen einer anderen bundesrechtlichen Preisüberwachung gemäss Art. 15 PüG verneint werden muss.

E. 15.1.1

Die Beschwerdeführerin macht diesbezüglich geltend, dass der Verbrennungspreis abschliessend nach Vorgaben der Umweltschutzgesetzgebung festgelegt und gemäss Art. 15 PüG durch die für deren Vollzug zuständigen Behörden überwacht werde. In Art. 32a USG fänden sich äusserst detaillierte Vorgaben für die Berechnung des Entgelts. Die Kantone hätten aktiv für die Einhaltung dieser Grundsätze zu sorgen. Im Kanton Zürich werde diese Aufgabe vom AWEL wahrgenommen, welches ein finanzielles Führungsinstrument, das FFS, entwickelt habe. Das FFS sei der Vorinstanz vom Kanton Zürich vorgelegt worden und die Vorinstanz habe dieses für gut befunden. Die Zuständigkeit der Vorinstanz sei aufgrund der engen bundes- und kantonrechtlichen Vorgaben deshalb zu verneinen.

E. 15.1.2

Dem hält die Vorinstanz entgegen, dass Art. 32a USG nicht als «andere bundesrechtliche Preisüberwachung» im Sinne von Art. 15 PÜG zu qualifizieren sei. Art. 32a USG sei eine Vorschrift, die das umweltrechtliche Verursacherprinzip konkretisiere und beispielhaft die zu überwältigenden Kosten definiere. Das USG gebe bloss vor, welche Kostenfaktoren zu berücksichtigen seien, schreibe aber nicht vor, wie dies im Einzelnen zu geschehen habe.

Das FFS, das keine konkreten Preise beinhaltet, sei lediglich eine Wegleitung und Vollzugshilfe für die Zürcher KVA zur Umsetzung der Finanzierungsregel von Art. 32a USG. Dieser Vollzugshilfe komme kein Rechtssatzcharakter zu und es handle sich dabei auch nicht um eine bundesrechtliche Vorschrift im Sinne von Art. 15 PüG.

E. 15.2

Einige Bundesgesetze gewährten schon vor Erlass des PüG gewisse Preisüberwachungskompetenzen und sahen eine staatliche Preisaufsicht vor (Botschaft zum PüG 1984, BBl 1984 II 755, 776). Werden Preise eines marktmächtigen Unternehmens bereits aufgrund anderer bundesrechtlicher Vorschriften überwacht, soll die zuständige Behörde diese Preise anstelle des Preisüberwachers weiterhin beurteilen (Art. 15 Abs. 1 PüG).

E. 15.3

Der Sinn und Zweck von Art. 15 PüG besteht darin, das gegenseitige Verhältnis zwischen der Preisüberwachung und anderen «speziellen Preisüberwachungsinstanzen», die sich auf Bundesgesetze stützen, zu regeln, so dass diese Frage nicht in jedem Fall individuell beantwortet werden muss (Botschaft zum PüG 1984, BBl 1984 II 755, 777; Bonvin/Schaller, in: CR Concurrence, Vor Art. 15 PüG N. 4). Die zuständigen Behörden behalten ihre Entscheidungskompetenz (Botschaft zum PüG 1984, BBl 1984 II 755, 777; Botschaft zum PüG 1990, BBl 1990 I 97, 113). Sie müssen die Überwachung der Preise aber nach dem PüG richten und den Preisüberwacher orientieren (vgl. Art. 15 Abs. 2 und 2bis PüG). Damit wird die Koordination unter den verschiedenen Preisüberwachungsvorschriften erleichtert (Botschaft zum PüG 1990, BBl 1990 I 97, 105 und 110).

E. 15.4

Der von der Beschwerdeführerin erwähnte Art. 32a Abs. 1 USG stellt ohne Weiteres eine bundesrechtliche Vorschrift dar. Fraglich ist, ob es sich dabei auch um eine andere bundesrechtliche Preisüberwachung i.S.v. Art. 15 PüG handelt.

E. 15.4.1

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist Art. 32a Abs. 1 USG eine Rahmenbestimmung, die allgemeine Grundsätze zur Finanzierung von Abfallsammel- und -entsorgungsanlagen aufstellt, welche von den Kantonen und Gemeinden in der Gesetzgebung zu konkretisieren sind (Urteil des BGer 2C_1034/2017 vom 16. Mai 2019 E. 2.1 und 4.2.1 m.w.H.). Die Kantone haben dementsprechend dafür zu sorgen, dass insbesondere die in Art. 32a Abs. 1 Bst. a-e USG aufgeführten Kosten den Verursachern von Siedlungsabfällen überbunden werden. Wie auch das BAFU in seinem Fachbericht festhält, handelt es sich bei Art. 32a Abs. 1 USG folglich bloss um einen Gesetzgebungsauftrag an die Kantone. Die Bestimmung ist nicht unmittelbar anwendbar (BGE 137 I 257 E. 6.1).

E. 15.4.2

Die Kantone haben im Rahmen ihres Vollzugsauftrags zwar mittels Gesetzgebungs- oder Aufsichtsmaßnahmen sicherzustellen, dass die Gemeinden oder andere öffentlich-rechtliche Körperschaften die Vorgaben von Art. 32a USG einhalten (Brunner, in: USG-Kommentar, Art. 32a USG N. 20; Heribert Rausch, Rechtsgutachten betreffend bundesrechtswidrigen Abfallgebühren, Umweltrecht in der Praxis [URP] 1998, S. 641).

Diese Gesetzgebungs- oder Aufsichtsmaßnahmen haben jedoch nur zu gewährleisten, dass die in Art. 32a Abs. 1 USG genannten Kosten in der zu erhebenden Abgabe enthalten sind. Eine umfassende Aufsichtskompetenz der Kantone bezüglich des Preises ist Art. 32a Abs. 1 USG hingegen nicht zu entnehmen. Es handelt sich bei Art. 32a Abs. 1 USG somit nicht um eine konkrete Tarifüberprüfung oder -überwachung durch eine Behörde. Art. 32a Abs. 1 USG ist deshalb nicht als «andere bundesrechtliche Preisüberwachung» im Sinne von Art. 15 PüG zu qualifizieren.

E. 15.4.3

Ob im kantonalen oder kommunalen Recht eine Preisaufsicht vorgesehen ist, ist für die Beantwortung der Frage, ob vorliegend eine andere bundesrechtliche Preisüberwachung i.S.v. Art. 15 PüG vorliegt, nicht relevant. Nur schon deshalb ist auch nicht näher darauf einzugehen, ob das von der kantonalen Behörde AWEL herausgegebene finanzielle Führungssystem FFS Vorschriften über die Preisüberwachung enthält. Denn beim FFS handelt es sich um ein kantonales «Instrument für die strategische finanzielle Führung und Planung» (Baudirektion Kanton Zürich, Wegleitung Finanzielles Führungssystem KVA [FFS KVA], Version 2.2, 11. Mai 2015, S. 5, nachfolgend: Wegleitung FFS) und nicht um eine bundesrechtliche Vorschrift.

E. 15.5

Damit unterliegt der Verbrennungspreis, den Gemeinden für die Verwertung von Siedlungsabfall zu zahlen haben, auch keiner anderen bundesrechtlichen Überwachung i.S.v. Art. 15 PüG, die das Verfügungsrecht der Vorinstanz zurückdrängen könnte. Die Kompetenz der Vorinstanz zum Erlass der angefochtenen Verfügung ist folglich zu bejahen.

E. 16

In einem nächsten Schritt ist zu prüfen, ob die vorliegend zuständige Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung zurecht einen Preismissbrauch festgestellt hat. Bei dieser Abklärung ist zweistufig vorzugehen: Zuerst ist zu prüfen, ob der betroffene Preis das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs i.S.v. Art. 12 PüG ist (s. E. 17). Wird dies verneint, muss untersucht werden, ob der Preis missbräuchlich erhöht oder beibehalten wird, wobei unter anderem die Beurteilungskriterien von Art. 13 PüG zu berücksichtigen sind (vgl. Bonvin/Schaller, in: CR Concurrence, Vor Art. 12-13 PüG N. 6) (s. E. 18).

E. 17.1

Preismissbrauch im Sinne des PüG kann nur vorliegen, wenn die Preise auf dem betroffenen Markt nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs sind (Art. 12 Abs. 1 PüG). Wirksamer Wettbewerb besteht gemäss Art. 12 Abs. 2 PüG insbesondere dann, wenn die Abnehmer die Möglichkeit haben, ohne erheblichen Aufwand auf vergleichbare Angebote auszuweichen. Allgemeine Kriterien, die für das Vorhandensein wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 12 PüG sprechen, sind die Zahl der Wettbewerber, der Organisationsgrad, das Vorhandensein von Aussenseitern und das Marktergebnis. Selbst wenn eine grössere Anzahl von Anbietern vorhanden ist, können das gleichförmige Verhalten, ein Referenzpreissystem oder eine grosse Reglementierungsdichte staatlicher oder privater Natur Anhaltspunkte dafür sein, dass möglicherweise kein wirksamer Wettbewerb im Sinn des Preisüberwachungsgesetzes stattfindet (Urteil des BVGer B-7407/2009 vom 7. Juli 2011 E. 3.7.5).

E. 17.2

Die Vorinstanz konsultierte im vorinstanzlichen Verfahren die WEKO auch zur Frage des wirksamen Wettbewerbs (vgl. Art. 5 Abs. 3 PüG) und kommt in der angefochtenen Verfügung gestützt auf das Gutachten der WEKO sowie eigene Untersuchungen zum Schluss, dass der betroffene Verbrennungspreis der Beschwerdeführerin für die Entsorgung von Siedlungsabfall nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs i.S.v. Art. 12 PüG sei. Dies sei einerseits darauf zurückzuführen, dass die Gemeinden im Einzugsgebiet der Beschwerdeführerin keine echte Wahl hätten, bei welcher KVA sie ihren Siedlungsabfall entsorgen wollen. Die WEKO verweist in diesem Zusammenhang zutreffend auf die gesetzlichen Regulierungen und die Ausgestaltung des Flexibilisierungsmodells, die den wirksamen Wettbewerb einschränken. Dagegen bringt die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde substantiiert nichts vor. Andererseits zeige nach Ansicht der Vorinstanz und der WEKO ein Vergleich zwischen dem Verbrennungspreis für die gefangenen Kunden (Fr. 150.-) und demjenigen, den die Beschwerdeführerin für den Siedlungsabfall der Aargauer Gemeinden (Fr. 125.-) und für den Markt-Kehricht der Zürcher Abfallverwertungs AG verlange (Fr. 118.- im Jahr 2017), dass die Beschwerdeführerin von den gefangenen Kunden höhere Preise als bei wirksamem Wettbewerb verlangen könne. Diese Preisdifferenzierung ist aktenkundig und im Grundsatz unbestritten. Die Beschwerdeführerin legt für diese Preisdifferenzierung auch keine sachlichen Gründe dar.

E. 17.3

Die Vorinstanz und die WEKO schliessen deshalb im Ergebnis zu Recht darauf, dass der Verbrennungspreis der Beschwerdeführerin, den sie für die Entsorgung von Siedlungsabfall im potentiellen Einzugsgebiet (vgl. E. 10.3.3) verrechnet, nicht das Ergebnis eines wirksamen Wettbewerbs sein kann.

E. 18

Ob die Beschwerdeführerin als Folge dieses fehlenden wirksamen Wettbewerbs bei den gefangenen Kunden einen missbräuchlichen Verbrennungspreis beibehalten kann, ist als nächstes zu prüfen.

E. 18.1

Das Gesetz enthält keine Definition des missbräuchlichen Preises, sondern nur Elemente, die bei der Beurteilung der Frage, ob eine missbräuchliche Beibehaltung eines Preises vorliegt, zu berücksichtigen sind. Zu diesen Elementen zählen nach Art. 13 Abs. 1 PüG insbesondere: die Preisentwicklung auf Vergleichsmärkten (Bst. a), die Notwendigkeit der Erzielung angemessener Gewinne (Bst. b), die Kostenentwicklung (Bst. c), besondere Unternehmerleistungen (Bst. d) und besondere Marktverhältnisse (Bst. e). Diese Elemente sind nicht abschliessend und stehen nicht in einem hierarchischen Verhältnis (BVGE 2011/32 E. 11.3.3.3). Zudem steht der Vorinstanz in der Auswahl der anzuwendenden Methode ein erheblicher Ermessensspielraum zu (vgl. BGE 130 II 449 E. 6.1 m.w.H.). Die Vorinstanz hat bei ihrer Beurteilung zudem die sektoriellen Regelungen im Umweltrecht zu beachten, die zur preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutreten (vgl. BGE 137 II 199 E. 3.4 m.w.H.).

E. 18.2

Die Vorinstanz wendete in der angefochtenen Verfügung die Kostenmethode gemäss Art. 13 Abs. 1 Bst. c PüG an und zog auch das umweltrechtliche Verursacher- und

Kostendeckungsprinzip hinzu. Sie lege die anrechenbaren Entsorgungskosten für die gefangenen Kunden auf höchstens Fr. 102.- pro Tonne Siedlungsabfall fest, ohne dabei die Investitionskosten für die neue KVA zu berücksichtigen. Der Verbrennungspreis, den die Beschwerdeführerin von den gefangenen Kunden verlange, liege mit Fr. 150.- pro Tonne deutlich über diesen anrechenbaren Kosten und sei daher aus preisüberwachungsrechtlicher Sicht missbräuchlich.

E. 18.3

Die Beschwerdeführerin rügt im Zusammenhang mit diesem Vorgehen zunächst eine Verletzung umweltschutzrechtlicher Bestimmungen. Auch das BAFU und das AWEL sind der Auffassung, dass die verfügte Preissenkung zu Ergebnissen führe, die mit diversen Vorschriften des Umweltrechts nicht vereinbar seien. Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, dass die Vorinstanz insbesondere die Investitionskosten bei den anrechenbaren Kosten hätte berücksichtigen müssen. Gemäss Art. 32a USG und den konkretisierenden kantonalen Vorschriften müssten auch für eine Erweiterung einer KVA Rückstellungen gebildet werden (s. E. 18.4). Weiter fordere das umweltrechtliche Verursacherprinzip entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht, dass alle Kunden der Beschwerdeführerin proportional zu diesen Rückstellungen beitragen müssten (s. E. 18.5). Sodann verstosse die Vorinstanz mit dem verfügten Verbrennungspreis von Fr. 102.- pro Tonne gegen die Eigenmittelvorschriften, denn die Beschwerdeführerin könne mit diesem Verbrennungspreis den im FFS vorgesehenen minimalen Eigenfinanzierungsgrad voraussichtlich nicht erreichen (s. E. 18.6).

E. 18.4

Als erstes ist zu prüfen, ob Art. 32a USG einer Finanzierung von Anlagenerweiterungen über Abgaben oder Rückstellungen entgegensteht, wie dies die Vorinstanz behauptet. Ihrer Auffassung nach wird lediglich der reine Ersatz einer Anlage von Art. 32a Abs. 1 Bst. e USG erfasst, nicht aber ein Ersatz mit einer Kapazitätserweiterung. Rückstellungen i.S.v. Art. 32a Abs. 3 USG dürften demzufolge nur für den Anlagenersatz gebildet werden.

E. 18.4.1

Demgegenüber stellt sich die Beschwerdeführerin unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung auf den Standpunkt, dass angemessene Rückstellungen für die Erneuerung oder Erweiterung bestehender und die Bereitstellung künftiger Infrastrukturanlagen in die Kostenrechnung einzubeziehen seien.

E. 18.4.2

Bei den Abgaben, die den Verursachern von Siedlungsabfällen für deren Entsorgung überbunden werden, sind gemäss Art. 32a Abs. 1 USG auch die Kosten für Bau, Betrieb und Unterhalt der Abfallanlagen (Bst. b) sowie der geplante Investitionsbedarf für Unterhalt, Sanierung und Ersatz (Bst. e) zu berücksichtigen. Die Kantone haben für eine Vollkostenrechnung zu sorgen (Botschaft vom 4. September 1996 zur Revision des Gewässerschutzgesetzes, BBl 1996 IV 1217, 1234, nachfolgend: Botschaft zum GSchG; Brunner, in: USG-Kommentar, Art. 32a N. 3 und 15). Gestützt auf Art. 32a Abs. 3 USG werden die Inhaber der Abfallanlagen zur Bildung der erforderlichen «Rückstellungen» angehalten. Darunter sind nicht Rückstellungen im handels- oder steuerrechtlichen Sinn gemeint, sondern Reserven für die geplante Investition, um eine angemessene Eigenfinanzierung zu sichern (Brunner, in: USG-Kommentar, Art. 32a N. 92). Durch diese Rückstellungen sollen sprunghafte Erhöhungen von Entsorgungsgebühren beim Ersatz

einer alten amortisierten Anlage vermieden werden (Botschaft zum GSchG, BBl 1996 IV 1217, 1235).

E. 18.4.3

In dem von der Beschwerdeführerin zitierten Leitentscheid hat das Bundesgericht festgestellt, es sei durch das Bundesrecht nicht ausgeschlossen, dass «mit den gemäss Art. 32a Abs. 1 USG zu erhebenden Abgaben auch die zukünftige Errichtung oder Erweiterung von Abfallanlagen finanziert [werde]». In der Botschaft zum GSchG (BBl 1996 IV 1217 ff., 1235) werde zwar ausgeführt, dass die Erweiterung von Anlagen nicht durch Rückstellungen finanziert werden solle, weil die Einführung verursachergerechter Gebühren eine stabile Abfallmenge bezwecke. Doch diese Zwecksetzung schliesse nicht aus, dass das Ziel verfehlt werde und daher eine Kapazitätserweiterung notwendig sei (BGE 125 I 449 E. 3b/dd). Das Bundesgericht hat im selben Urteil auch wiederholt betont, dass Art. 32a USG keine abschliessende bundesrechtliche Regelung darstelle und die Kantone bei der Ausgestaltung der Abgaben einen grossen Gestaltungsspielraum haben (BGE 125 I 449 E. 3b/bb f. m.w.H.).

E. 18.4.4

Das AWEL vollzieht Art. 32a USG mit dem bereits mehrmals erwähnten finanziellen Führungssystem FFS. Die Wegleitung dazu enthält unter anderem Regeln zur Finanzierung eines Anlagenersatzes, der auch eine Kapazitätserweiterung beinhalten kann. Vorgesehen ist, dass für die neue Anlage genügend Eigenmittel vorhanden sein müssen (vgl. E. 18.6). Das Vorliegen dieser Regeln wird von der Vorinstanz nicht bestritten. Sie argumentiert jedoch, dass im zitierten Bundesgerichtsurteil eine zweckgebundene Abgabe des kantonalen Abfallgesetzes zu beurteilen gewesen sei. Das FFS stelle demgegenüber lediglich eine Richtlinie eines kantonalen Amtes dar. Wieso dieser Unterschied für die vorliegend relevante Frage, ob Art. 32a USG einer Finanzierung von Anlagenerweiterungen entgegensteht, massgebend sein soll, vermag die Vorinstanz jedoch nicht darzulegen. Wie das BAFU korrekt ausführt, handelt es sich dabei um eine formalrechtliche Frage, die sich für die Vereinbarkeit mit Art. 32a USG nicht als entscheidend erweist.

E. 18.4.5

Die Regelung in der Wegleitung zum FFS, wonach auch für den Anlagenersatz mit einer Kapazitätserweiterung die Bildung der entsprechenden Eigenmittel vorgeschrieben ist, verstösst gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht gegen Art. 32a USG. Die Beschwerdeführerin muss deshalb für die Finanzierung der neuen Anlage die Vorgaben in der Wegleitung zum FFS berücksichtigen und diesen zufolge entsprechende Rückstellungen bilden.

E. 18.5

Die Vorinstanz begründet die Nichtberücksichtigung der Investitionskosten bei den gefangenen Kunden weiter mit dem Verursacherprinzip. Demnach müssten sich die verschiedenen Kundengruppen (Energie- und Entsorgungskunden, bisherige und neue sowie freie und gefangene Entsorgungskunden) proportional an der Bildung der Eigenmittel für die neue KVA beteiligen. Die gefangenen Kunden - d.h. die an der Beschwerdeführerin beteiligten Eigentümer- und die Vertragsgemeinden im Kanton Zürich - hätten ihren Anteil an der Reserve für diese Investition bereits geleistet.

E. 18.5.1

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz wende das Verursacherprinzip falsch an. Es sei weder geboten noch möglich, dass sich die verschiedenen Kundengruppen anteilmässig an der Bildung der Eigenmittel beteiligen.

E. 18.5.2

Das umweltrechtliche Verursacherprinzip (Art. 74 Abs. 2 BV; Art. 2 USG) will die Kosten einer bestimmten umweltrechtlich gebotenen Massnahme denjenigen auferlegen, welche die Ursache dafür gesetzt haben. Es hat eine Finanzierungs- bzw. Kostenanlastungs- oder -internalisierungsfunktion (BGE 138 II 111 E. 5.3.1 m.w.H.). Wer Verursacher ist, wird in Art. 2 USG nicht definiert. Im Abfallrecht trägt grundsätzlich der Inhaber der Abfälle die Kosten der Entsorgung; ausgenommen sind Abfälle, für die der Bundesrat die Kostentragung anders regelt (Art. 32 Abs. 1 USG). Eine solche andere Kostentragung ist in Art. 32a Abs. 1 USG für Siedlungsabfälle vorgesehen. Demnach müssen die Kantone dafür sorgen, dass die Kosten für die Entsorgung der Siedlungsabfälle durch Abgaben oder Gebühren den Verursachern überbunden werden. Das Verursacherprinzip verlangt im Zusammenhang mit der Abfallentsorgung nicht, dass die von jedem einzelnen Abfallinhaber geleistete Abgabe ausschliesslich die von ihm persönlich verursachten Entsorgungskosten deckt. Gefordert ist, dass die Gesamtheit der Abfallverursacher die Gesamtheit der Entsorgungskosten tragen soll (BGE 125 I 449 E. 3b/ff m.w.H.). Erlaubt sind auch gewisse Schematisierungen und Pauschalisierungen, solange zwischen den von jedem Einzelnen bezahlten Abgaben und dem Ausmass der Beanspruchung der Entsorgungseinrichtung ein gewisser Zusammenhang besteht. Weiter muss ein sachlicher Grund vorliegen, der es erlaubt, die mit den Preisen zu bezahlenden Aufwendungen eher einer Personengruppe anzulasten als anderen Personen bzw. der Allgemeinheit (BGE 138 II 111 E. 5.4.2 f.).

E. 18.5.3

Das von der Beschwerdeführerin beigelegte Gutachten von swissplan.ch zeigt auf, wie sie die Investitionskosten für die neue KVA durch die Bildung von entsprechenden Rückstellungen berücksichtigt. Demgemäss bilden die Betriebskosten zusammen mit den Abschreibungen und Zinsen die Bruttokosten der KVA. Von diesem Betrag werden die Energieerlöse abgezogen, um die Nettokosten zu erhalten. Dieses Vorgehen entspricht auch der Wegleitung zum FFS (Wegleitung FFS, Regel 3.2, S. 15). Die Nettokosten sind dann «über die Waage», d.h. durch die Erlöse der eingelieferten Abfälle (aus den Vertragsgemeinden im Kanton Aargau und den Marktkehricht-Kunden), zu decken. Die verbleibenden Kosten sind von den Eigentümer- und Vertragsgemeinden im Kanton Zürich zu finanzieren. Da der Preis, den diese gefangenen Kunden zu bezahlen haben, über den restlichen, noch zu tragenden Kosten (pro Tonne Abfall) liegt, wird ein Gewinn erwirtschaftet. Dieser Gewinn wird zweckgebunden den Reserven/Rücklagen für die neue Anlage zugewiesen. Gemäss AWEL beschreibt swissplan.ch den FFS-Prozess anschaulich und die getroffenen Annahmen und Ausführungen würden sich auch mit ihrem Verständnis des FFS decken. Die Beschwerdeführerin nimmt also eine gewisse Schematisierung vor, indem alle Kundengruppen zur Deckung der Bruttokosten der KVA beitragen und ein allfälliger Gewinn den Reserven/Rücklagen zugewiesen wird, um die von Art. 32a Abs. 3 USG geforderten Rückstellungen für die neue KVA zu bilden.

E. 18.5.4

Die Vorinstanz teilt hingegen die Investitionskosten und die zu bildenden Reserven den einzelnen Kundengruppen zu. Zuerst nimmt sie anhand des Rytec-Modells eine Aufteilung dieser Kosten auf die «Subsysteme» Energie und Entsorgung vor. Die Energiekunden hätten ihren Anteil an der Reserve noch nicht erreicht, weshalb diese künftig noch mehr zur Reservebildung beitragen müssten. Eine übermässige Finanzierung von Energieproduktionsinfrastrukturen durch Abfallgebühren widerspreche dem Verursacherprinzip, weil die gewonnene Energie weder der Abfallentsorgung noch allen Abfallverursachern gleichermaßen diene.

E. 18.5.4.1

Diese Argumentation überzeugt nicht. Das BAFU sowie das AWEL haben ausführlich und überzeugend dargelegt, weshalb die Energieproduktionsanlagen Teil einer KVA sind und sein müssen. Sie verweisen diesbezüglich auf das umweltrechtliche Vorsorgeprinzip und das Verwertungsgebot gemäss Art. 30 Abs. 2 USG, Art. 12, Art. 26 ff. und Art. 32 VVEA. Die Betreiber einer KVA sind gemäss Art. 32 Abs. 2 Bst. a VVEA ausdrücklich verpflichtet, ihre Anlagen so zu betreiben, dass aus den Siedlungsabfällen und den Abfällen vergleichbarer Zusammensetzung mindestens 55 % des Energiegehalts ausserhalb der Anlage genutzt werden. Daher gehört die Energieproduktion zu einer KVA. Eine Anlage ohne Energieproduktion würde nicht dem Stand der Technik entsprechen und wäre gemäss VVEA nicht bewilligungsfähig. Zwischen dem eingelieferten Abfall und der Energieproduktion aus Abfällen besteht demnach ein offensichtlicher Zusammenhang. Für den Fall, dass durch die Erlöse aus dem Verkauf der Energie die Kosten der Energieproduktion nicht gedeckt werden können, müssen diese Kosten daher von den Abfallverursachern gedeckt werden. Wie das BAFU zutreffend festhält, würde es dem Verursacherprinzip widersprechen, diese ungedeckten Kosten stattdessen der Allgemeinheit zu überwälzen.

E. 18.5.4.2

Um die Investitionskosten für die neue Anlage bei den Energiekunden zu berücksichtigen, müssten die Energiepreise aufgrund der deswegen gestiegenen Kosten über das bisherige Preisniveau erhöht werden. Dies bringt das Risiko mit sich, dass die Nachfrage nach Energie zurückgehen könnte und mit den gesamten Energieerlösen nicht mehr alle Kosten gedeckt werden können. Diese ungedeckten Kosten wären dann aus den vorgenannten Gründen durch die Abfallverursacher zu tragen. Je höher die Kosten für die Abfallverursacher ausfallen, desto weniger Gewinn wird erzielt und desto weniger kann den Reserven/Rückstellungen für die neue KVA zugewiesen werden (vgl. die Systematik gemäss FFS in E. 18.5.3). Das von der Vorinstanz vorgeschlagene Vorgehen könnte also im Ergebnis sogar dazu führen, dass der bis anhin geltende Verbrennungspreis für die gefangenen Kunden erhöht werden müsste, um noch genügend Reserven für die neue KVA bilden zu können. Die Zuweisung eines bestimmten Vorfinanzierungsanteils an die Energiekunden ist daher nicht zweckmässig.

E. 18.5.5

In einem weiteren Schritt teilt die Vorinstanz die Investitionskosten sowie die Reserven abhängig von der nachgefragten Abfallmenge den bisherigen Kunden und den Neukunden zu. Die Vorinstanz erkennt dabei, dass nicht für den gesamten Investitionsbedarf Reserven gebildet werden, sondern nur ein bestimmter Grad an Eigenfinanzierung erforderlich ist (vgl. E. 18.6). Damit wird bereits sichergestellt, dass die heutigen Kunden nicht die gesamte

Investition vorzufinanzieren haben, sondern nur einen Teil. Der Rest wird über Fremdkapital finanziert, welches üblicherweise zu verzinsen ist (vgl. Wegleitung FFS, Regel 3.2.4, S. 15). Nach der Inbetriebnahme wird eine neue Anlage in der Regel über 25 Jahre abgeschrieben (Wegleitung FFS, Regel 2.3, S. 13). Sowohl die Zinsen als auch die Abschreibungen stellen Faktoren dar, die in der Preis- und Abgabeberechnung zu berücksichtigen sind (Art. 32a Abs. 1 Bst. c und d USG und § 37 Abs. 2 AbfG/ZH). Dementsprechend sieht auch das FFS vor, dass diese Abschreibungen und Zinsen zu den Bruttokosten der KVA zählen, die - nach Abzug der Erlöse aus dem Energieverkauf - durch die Erlöse aus der Einlieferung der verschiedenen Kehrrichtarten zu decken sind (vgl. Wegleitung FFS, Beispiel Musteranlage, S. 26). Die Kunden, die nach der Inbetriebnahme Abfall in der neuen KVA entsorgen («künftige Kunden»), tragen daher ebenfalls Kosten der neuen Anlage. Wie das BAFU ausführt, findet mit den Finanzierungsvorschriften im FFS bereits ein gewisser Ausgleich zwischen den Generationen statt. Nur schon aus diesem Grund ist eine weitere Beteiligung der künftigen Kunden an den Kosten für die neue KVA, indem sie bereits zur Reservebildung beitragen sollen, bevor sie Abfall in der KVA der Beschwerdeführerin entsorgen, nicht geboten.

E. 18.5.6

Die Vorinstanz nimmt sodann eine letzte Aufteilung der Investitionskosten und Reserven vor, indem sie diese basierend auf den Abfallmengen den gefangenen Kunden und den «Wettbewerbskunden» zuweist. Wer zu diesen Wettbewerbskunden gehört, wird von der Vorinstanz nicht genauer definiert. An anderer Stelle verwendet sie den Ausdruck «freie» oder «übrige» Entsorgungskunden. Es ist deshalb davon auszugehen, dass mit dem Ausdruck «Wettbewerbskunden» die Vertragsgemeinden aus dem Kanton Aargau und die Marktkehricht-Kunden, d.h. Inhaber von übrigen Abfällen, die keine Siedlungsabfälle sind (vgl. Art. 3 Bst. a VVEA), gemeint sind.

E. 18.5.6.1

Inhaber von übrigen Abfällen müssen zwar in eigener Verantwortung für die Entsorgung dieser Abfälle sorgen (Art. 31c Abs. 1 USG) und für die damit verbundenen Kosten aufkommen (Art. 32 Abs. 1 USG). Doch soweit nötig erleichtern die Kantone die Entsorgung der übrigen Abfälle (Art. 31c Abs. 2 USG). Sie können beispielsweise vorsehen, dass die für den Siedlungsabfall vorgesehenen Anlagen auch für die Entsorgung von übrigen Abfällen zur Verfügung stehen (Tschannen, in: USG-Kommentar, Art. 31c N. 18). Zudem umfasst die Abfallplanung, zu welcher die Kantone nach Art. 32 USG verpflichtet sind, auch die Massnahmen zur Verwertung von Abfällen (vgl. Art. 4 Abs. 1 Bst. b VVEA). Das AWEL macht diesbezüglich darauf aufmerksam, dass die KVA-Betreiber im Kanton Zürich genügend Kapazität für Marktkunden, die diesen übrigen Abfall entsorgen, freihalten müssen. Auch in der kantonalen Kapazitätsplanung seien die für die Marktkunden benötigten Kapazitäten berücksichtigt (vgl. Baudirektion Kanton Zürich, Überprüfung der Kapazitäts- und Standortplanung der thermischen Verwertung von Abfällen im Kanton Zürich 2012-2035, Ergebnisbericht 2. Juli 2012, Ziffer 3.1, S. 12, https://www.zh.ch/content/dam/zhweb/bilder-dokumente/themen/umwelt-tiere/abfall-rohstoffe/abfallwirtschaft/publikationen/ergebnisbericht_kapazitaetsplanung_kva_2012-2035.pdf >, abgerufen am 9.11.2023).

E. 18.5.6.2

Im Gegensatz zu den Siedlungsabfällen ist bei diesen übrigen Abfällen weder eine Vollkostenrechnung ausdrücklich vorgesehen noch finden sich Vorschriften zur Reservebildung. Das Verursacherprinzip verlangt zwar grundsätzlich auch dort, dass die Vollkosten der Entsorgung auf den Abfallinhaber zu überwälzen sind; über die Kostenhöhe im Einzelnen können aber die Marktkräfte bestimmen (BGE 131 II 271 E. 7.2.2). Die Beschwerdeführerin und das AWEL weisen daher nachvollziehbar auf die Gefahr hin, dass die Nachfrage nach Entsorgung von übrigem Abfall sinken könnte, wenn die Preise für die Entsorgung dieses Abfalls über das Marktniveau erhöht werden. Wie bereits bei den Energiekunden erläutert (vgl. E. 18.5.4.2), könnte dies dazu führen, dass die Verbrennungspreise für die gefangenen Kunden sogar erhöht werden müssten, um trotz des Nachfrageeinbruchs bei den Wettbewerbskunden noch angemessene Reserven für die neue KVA bilden zu können.

E. 18.5.6.3

Die Vorinstanz führt in der Vernehmlassung zudem selber aus, dass auch die Wettbewerbskunden - sowohl die Aargauer Vertragsgemeinden als auch die Marktkehrlich-Kunden - bereits zur Finanzierung der neuen Anlage beitragen, indem die ihnen verrechneten Preise über den Nettokosten pro Tonne Abfall liegen. Eine systematische Querfinanzierung bei den Wettbewerbskunden durch die gefangenen Kunden kann deshalb ausgeschlossen werden. Die Wettbewerbskunden sorgen für eine volle Auslastung der KVA der Beschwerdeführerin, was für die gefangenen Kunden zu tieferen Kosten führt und eine vermehrte Reservebildung zulässt. In diesem Sinne besteht ein Zusammenhang zwischen der Auslastung der KVA durch die Wettbewerbskunden und den Verbrennungspreisen, die die gefangenen Kunden bezahlen. Ein proportionaler Beitrag zur Bildung der Reserven durch die Wettbewerbskunden lässt sich aus dem Verursacherprinzip hingegen nicht ableiten und bringt das Risiko einer schlecht ausgelasteten KVA mit sich, was sich für die gefangenen Kunden preistreibend auswirken kann.

E. 18.5.7

Im Ergebnis ist das Verursacherprinzip - entgegen der Auffassung der Vorinstanz - nicht derart eng auszulegen, als dass die gefangenen Kunden nur «ihren» proportionalen Anteil an der Reservebildung der neuen Anlage zu tragen haben und jegliche andere Schematisierung dem Verursacherprinzip widerspricht. Eine Nichtberücksichtigung der Investitionskosten für die neue Anlage bei den gefangenen Kunden lässt sich folglich durch das Verursacherprinzip nicht begründen.

E. 18.6

Die Investitionskosten für die neue KVA sind bei den gefangenen Kunden demnach grundsätzlich zu berücksichtigen. Doch ist zu beachten, dass die Anlagenbetreiber gemäss Art. 32a Abs. 3 USG nur die «erforderlichen» Rückstellungen bilden müssen.

E. 18.6.1

Die Vorinstanz stellt sich in diesem Zusammenhang auf den Standpunkt, dass mit dem verfügbaren Verbrennungspreis selbst dann noch ein Eigenfinanzierungsgrad von 22 % erreicht werden könne, wenn die Beschwerdeführerin die Preise für die Wettbewerbs- und die Energiekunden nicht erhöht. Ihre Plausibilisierungsrechnung zeige, dass dieser Eigenfinanzierungsgrad ausreiche, um sprunghafte Preisanpassungen zu vermeiden.

E. 18.6.2

Die Beschwerdeführerin kritisiert nicht nur, dass die Plausibilisierungsrechnung der Vorinstanz fundamentale Fehler enthalte, sondern insbesondere auch, dass ein Projekt mit Investitionskosten von über (...) Millionen Franken bei einer Eigenfinanzierungsquote von lediglich 22 % hochriskant sei. Diese Quote erreiche das Minimalziel von 30 % gemäss FFS nicht und sei mit Art. 32a Abs. 1 Bst. e USG unvereinbar. Der Eigenfinanzierungsgrad in der Wegleitung zum FFS solle für eine solide Finanzierung der Anlage sorgen, sodass bei einer allfälligen «Schieflage» die fehlenden Mittel nicht durch Steuern gedeckt werden müssten.

E. 18.6.3

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Beschwerdeführerin zu Recht von einem minimalen Eigenfinanzierungsgrad von 30 % ausgehen darf.

E. 18.6.3.1

Das Bundesrecht schreibt nicht vor, wie hoch die «erforderlichen» Rückstellungen gemäss Art. 32a Abs. 3 USG sein sollen. Den Kantonen steht in diesem Zusammenhang somit ein erheblicher Ermessensspielraum zu (BGE 137 I 257 E. 6.1; 125 I 449 E. 3b/bb; Urteil des BGer 2C_1034/2017 vom 16. Mai 2019 E. 2.1 und 4.2.1 m.w.H.; Botschaft zum GSchG 1996, BBl 1996 IV 1217, 1234; Beatrice Wagner Pfeifer, Umweltrecht - Besondere Regelungsbereiche, 2. Aufl. 2021, Rz. 592). Die Wegleitung zum FFS sieht als Indikator zur Beurteilung von Finanzierungszielen das Verhältnis zwischen Eigen- und Gesamtkapital (Eigenfinanzierungsgrad) vor. Im Jahr der Inbetriebnahme eines geplanten Anlagensatzes wird als Zielgrösse ein Eigenfinanzierungsgrad von 40 % festgelegt. Um Schwankungen Rechnung tragen zu können, ist eine Abweichung von dieser Zielvorgabe in der Höhe von plus/minus 10 % möglich (Wegleitung FFS, Regel 4.4, S. 18). Zeigt die Planung, dass der Eigenfinanzierungsgrad ausserhalb dieser Bandbreite von 30-50 % zu liegen kommt, sind Massnahmen nötig. Beträgt der zukünftige Eigenfinanzierungsgrad weniger als 30 %, müssten z.B. durch Preiserhöhungen zusätzliche Reserven/Rücklagen gebildet werden (Wegleitung FFS, Regel 4.4, S. 19).

E. 18.6.3.2

Die Wegleitung zum FFS richtet sich an die Inhaber von KVA und dient dem AWEL als Leitfaden zur Überprüfung der Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften (z.B. Rücklagenbildung). Es stellt inhaltlich eine Verwaltungsverordnung dar, zu deren Einhaltung sich die KVA Betreiber verpflichtet haben (vgl. Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrates des Kantons Zürich, Sitzung vom 3. November 1999, Nr. 1969, S. 1 f.), die jedoch im Unterschied zu einer Rechtsverordnung für Private keine Rechte oder Pflichten begründet. Das Bundesverwaltungsgericht ist als verwaltungsunabhängige Gerichtsinstanz nicht an Verwaltungsverordnungen gebunden (BVGE 2007/41 E. 3.3). Da die Regelungen in der Wegleitung zum FFS das Erfordernis der Rücklagenbildung gemäss Art. 32a Abs. 3 USG jedoch sachgerecht konkretisieren und dadurch eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren rechtlichen Vorgaben zulassen (vgl. BGE 146 I 105 E. 4.1 m.w.H.; 121 II 473 E. 2b), erscheint es vorliegend angezeigt, die darin vorgesehenen Regeln zur Beurteilung der erforderlichen Rückstellungen mitzubersichtigen.

E. 18.6.3.3

Es bestehen auch keine Anhaltspunkte, dass der Kanton Zürich bei einer Berücksichtigung eines minimalen Eigenfinanzierungsgrades von 30 % den ihm von Art. 32a USG

eingräumten erheblichen Ermessensspielraum überschreiten würde. So hat sich das BAFU in einer veralteten Vollzugshilfe bezüglich der Vorfinanzierung von Investitionen dahingehend geäußert, dass diese maximal ein Drittel der geplanten Investition betragen dürfe. Diese Vollzugshilfe wurde im 2018 jedoch überarbeitet und enthält neu keine Angaben über die konkrete oder maximale Höhe der Vorfinanzierung mehr. Die Praxis der Kantone habe gezeigt, dass die Vorgaben zur maximalen konkreten Höhe der Vorfinanzierung in der Realität nicht eingehalten werden könnten, ohne dass auf Steuermittel zurückgegriffen werden müsse. Zudem ergebe sich aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 32a USG, dass den kantonalen oder kommunalen Behörden bei der Bemessung der konkreten Gebührenhöhe ein erheblicher Gestaltungsspielraum zukomme (vgl. zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung E. 18.6.3.1). Auch nach Einschätzung des BAFU bewegt sich die Regelung in der Wegleitung zum FFS zur Rücklagenbildung innerhalb des Gestaltungsspielraums, der den Kantonen in Art. 32a USG gewährt wird. Es besteht für das Bundesverwaltungsgericht daher kein Anlass, vom minimalen Eigenfinanzierungsgrad, der in der Wegleitung zum FFS verlangt wird, abzuweichen.

E. 18.6.4

Nachstehend ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin mit dem aktuellen sowie mit dem verfügbaren Verbrennungspreis diesen minimalen Eigenfinanzierungsgrad von 30 % im Zeitpunkt der Inbetriebnahme der neuen KVA erreichen wird.

E. 18.6.4.1

Dabei ist zu beachten, dass der Investitionsbedarf für den Anlagensatz im Jahr 2034 erst prognostiziert werden kann. Es ist eine allgemein bekannte und anerkannte Tatsache, dass Prognosen immer erhebliche Unsicherheiten anhaften (vgl. BGE 138 I 61 E. 8.4). Vorliegend werden diese Unsicherheiten noch dadurch verstärkt, dass zum Zeitpunkt des Verfügungserlasses nicht einmal die Grösse der neuen Anlage bekannt war. Zwischen der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz besteht keine Einigkeit darüber, mit welchen Kosten schätzungsweise zu rechnen ist: Die Vorinstanz stützt ihre Berechnungen auf eine Investitionssumme von (...) Millionen Franken ab, während die Beschwerdeführerin von (...) Millionen Franken ausgeht. Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit dem Kostendeckungsprinzip darauf hingewiesen, dass der zukünftig vorhersehbare Finanzbedarf vorsichtig («avec prudence»; «con prudenza») zu berechnen sei (BGE 143 I 220 E. 5.2.1; 118 Ia 320 E. 4b). Die Vorinstanz bringt keine belegbaren Argumente vor, weshalb die Investitionskosten für die neue KVA der Beschwerdeführerin nicht vorsichtig bemessen oder gar übersetzt sein sollen. Der Hinweis der Vorinstanz, dass wirtschaftliche Überlegungen beim Bau einer künftigen KVA vermehrt betrachtet werden sollen, ist unbeachtlich, da die Bauweise der neuen KVA nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist. Aufgrund der bestehenden Unsicherheiten bezüglich benötigtem Finanzbedarf bemerkt das AWEL zutreffend, dass das FFS durch die rollende Überarbeitung und Überprüfung erlaubt, die aktuellen Erkenntnisse und Anforderungen an das Bauvorhaben miteinzubeziehen. Mit diesem Vorgehen kann eine vorsichtige Bemessung und Anpassung des Investitionsbedarfs ermöglicht sowie eine angemessene Eigenfinanzierung sichergestellt werden, ohne dass die Preise sprunghaft angepasst werden müssen.

E. 18.6.4.2

Mit dem aktuellen Verbrennungspreis von Fr. 150.- pro Tonne erzielt die Beschwerdeführerin gemäss Planungsstand von 2019 im Zeitpunkt der Inbetriebnahme der neuen Anlage im Jahr 2034 voraussichtlich eine Eigenfinanzierung von 27 %. Sie erreicht damit die Minimalvorgabe gemäss Wegleitung zum FFS von 30 % knapp nicht. Das AWEL sieht deswegen derzeit keine Notwendigkeit, die Verbrennungspreise der Beschwerdeführerin für die gefangenen Kunden zu senken. Eine Senkung der Preise für Eigentümer- und Vertragsgemeinden könne verlangt werden, wenn gesicherte Grundlagen über den Anlagenersatz vorlägen und sobald künftige Planrechnungen zeigen würden, dass das Finanzierungsziel übertroffen werde. Eine solche Preissenkung solle im besten Fall stufenweise erfolgen, weil starke Preisschwankungen die Tarifikalkulation bei den Gemeinden erschweren würden. Das Vorgehen des AWEL ist nachvollziehbar und aufgrund der erwähnten Unsicherheiten bezüglich Investitionsbedarf angezeigt. Auch das BAFU unterstützt diese Argumentation und weist darauf hin, dass die Deckung von finanziellen Lücken durch Steuermittel ein Verstoss gegen das abfallrechtliche Verursacherprinzip darstellen würde und mit Art. 32a USG nicht vereinbar sei.

E. 18.6.4.3

In der Plausibilisierungsrechnung geht die Vorinstanz davon aus, dass die gefangenen Kunden ab dem Jahr 2021 künftig einen Verbrennungspreis von Fr. 102.- pro Tonne bezahlen. Weiter senkt sie in dieser Planrechnung auch den Preis der Direktanlieferungen (Markt) von bisher Fr. (...) auf Fr. (...) pro Tonne und passt teilweise die Energiepreise an. Die Preise für die Vertragsgemeinden aus dem Kanton Aargau sowie für den «ZAV-Kehricht» entnimmt sie ohne Anpassung direkt der Planrechnung der Beschwerdeführerin. Mit diesen Preisannahmen beträgt der Eigenfinanzierungsgrad im Jahr der Inbetriebnahme voraussichtlich lediglich 22 %. Würde der Preis für die Direktanlieferungen nicht gleichzeitig auf Fr. (...) pro Tonne gesenkt werden, könnte ein leicht höherer Eigenfinanzierungsgrad erreicht werden (24 %). Doch selbst dann wird die Beschwerdeführerin mit einem Verbrennungspreis von Fr. 102.- pro Tonne für die gefangenen Kunden den minimalen Eigenfinanzierungsgrad gemäss FFS voraussichtlich nicht erreichen können.

E. 18.6.4.4

Die Vorinstanz befristete die Preissenkung zwar nur auf drei Jahre. Doch gemäss Plausibilisierungsrechnung der Vorinstanz müsste die Beschwerdeführerin nach der befristeten Preissenkung den Preis für die gefangenen Kunden für die Jahre bis zur Inbetriebnahme der neuen Anlage mindestens wieder auf Fr. 150.- erhöhen, um den minimalen Eigenfinanzierungsgrad gemäss Wegleitung zum FFS zu erreichen. Eine solche sprunghafte Anpassung der Verbrennungspreise soll durch Art. 32a Abs. 3 USG jedoch gerade vermieden werden und erschwert die Kalkulation der Abfallgebühren der Gemeinden, wie das AWEL zutreffend bemerkt. Behält die Beschwerdeführerin den verfügbaren Verbrennungspreis über die Befristung hinaus bei, erreicht sie - wie soeben erwähnt - gemäss Plausibilisierungsrechnung der Vorinstanz lediglich einen Eigenfinanzierungsgrad von 22 %. Es zeigt sich somit, dass die gemäss Wegleitung zum FFS erforderliche Eigenfinanzierung mit einem Verbrennungspreis von Fr. 102.- pro Tonne Siedlungsabfall nicht erreicht wird, sofern die Preise für die freien Entsorgungskunden und die Energiekunden nicht über das bisherige (Markt)Niveau gehoben werden.

E. 18.6.4.5

Der verfügte Verbrennungspreis ist demnach mit den Vorgaben über die Eigenfinanzierung des Kantons Zürich nicht vereinbar. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz besteht auch keine Notwendigkeit, in das kantonale Ermessen einzugreifen und trotz erheblichen Planungsunsicherheiten einen Eigenfinanzierungsgrad von 22 % als zulässig zu erklären.

E. 18.7

Aus den vorangehenden Erwägungen ergibt sich, dass die Preissmissbrauchsanalyse, mit der die Vorinstanz den von ihr verfügte Verbrennungspreis von Fr. 102.- rechtfertigen will, bereits mit den Vorgaben des USG unvereinbar ist. Die Vorinstanz verstösst gegen die Vorschriften über die Eigenfinanzierung von KVA, wendet das Verursacherprinzip falsch an und greift in unzulässiger Weise in das Ermessen des Kantons Zürich ein. Insbesondere aber hat die Vorinstanz bei der Ermittlung der anrechenbaren Kosten die Investitionskosten für den Ersatz der KVA inkl. Kapazitätserweiterung gemäss Art. 32a Abs. 1 Bst. e USG zu Unrecht nicht berücksichtigt. Die Preissmissbrauchsanalyse erweist sich bereits aus diesem Grund als rechtswidrig, weshalb auf die Prüfung der weiteren Rügen der Beschwerdeführerin, die sich auf die konkrete Kostenberechnung der Vorinstanz beziehen, verzichtet werden kann. Offenbleiben muss zum jetzigen Zeitpunkt ebenfalls, ob der Verbrennungspreis von Fr. 150.- pro Tonne Siedlungsabfall, den die Beschwerdeführerin von den gefangenen Kunden verlangt, i.S.v. Art. 13 PüG missbräuchlich ist.

E. 19

Die Beschwerde ist bei diesem Ergebnis gutzuheissen und die angefochtene Verfügung vom 16. September 2020 aufzuheben. Gemäss Art. 61 Abs. 1 VwVG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in der Sache selbst oder weist diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück. Eine Rückweisung ist insbesondere dann angezeigt, wenn die Vorinstanz infolge ihrer Kenntnisse als Fachbehörde zur Beurteilung besser geeignet erscheint (vgl. statt vieler Urteile des BVGer A-215/2021 vom 21. März 2023 E. 4.7). Dies gilt in besonderem Masse dann, wenn sich das Bundesverwaltungsgericht aufgrund des Charakters der Streitsache bei der Angemessenheitskontrolle bzw. der Ermessensüberprüfung eine gewisse Zurückhaltung auferlegt (Urteil des BVGer B-1060/2013 vom 14. November 2014 E. 5; Astrid Hirzel, in: Waldmann/Krauskopf [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 3. Aufl. 2023, Art. 61 VwVG N. 17). Dem Bundesverwaltungsgericht kommt als Rechtsmittelinstanz nicht die Aufgabe zu, die Preissmissbrauchsanalyse unter korrekter Berücksichtigung der Vorgaben des USG anstelle der fachkundigeren Vorinstanz nochmals vorzunehmen. Die Angelegenheit ist hierfür vielmehr an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie die anrechenbaren Kosten unter Berücksichtigung der vorstehenden Erwägungen neu festlegen kann. Aufgrund dieser angepassten anrechenbaren Kosten wird sie auch nochmals zu beurteilen haben, ob die Beschwerdeführerin bei den gefangenen Kunden effektiv einen missbräuchlichen Preis i.S.v. Art. 13 PüG beibehalten kann.

E. 20

Es bleibt über die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu befinden.

E. 20.1

Die Verfahrenskosten sind den Parteien nach Massgabe ihres Unterliegens aufzuerlegen (Art. 63 VwVG; Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Keine Verfahrenskosten müssen Vorinstanzen tragen (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

E. 20.2

Die Rückweisung einer Sache an die Vorinstanz zum neuen Entscheid mit noch offenem Ausgang gilt praxisgemäss als volles Obsiegen der beschwerdeführenden Partei (vgl. statt vieler Urteil des BVGer A-5566/2022 vom 15. Februar 2023 E. 6.2). Der Beschwerdeführerin sind daher keine Kosten aufzuerlegen. Der von ihr geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 20'000.- ist ihr nach Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten. Die Vorinstanz hat für das vorliegende Urteil ebenfalls keine Verfahrenskosten zu bezahlen.

E. 20.3

Als vollständig obsiegende Partei hat die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE). Die Entschädigung wird der Körperschaft auferlegt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat, soweit sie, wie vorliegend, nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann (Art. 64 Abs. 2 VwVG). Die Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin haben im vorliegenden Verfahren keine Kostennote eingereicht, weshalb die Parteientschädigung aufgrund der Akten und nach Ermessen festzulegen ist (vgl. Art. 8 ff. und Art. 14 VGKE). Unter Berücksichtigung der von der Beschwerdeführerin eingereichten Rechtsschriften und in Anbetracht des dafür notwendigen mutmasslichen Zeit- und Arbeitsaufwandes erweist sich eine Entschädigung von pauschal Fr. 25'000.- (inkl. Auslagen) als angemessen. Sie ist der Beschwerdeführerin zu Lasten der Eidgenossenschaft (Vorinstanz) zuzuerkennen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.