

## Need for Improvement of the Waste and Public Procurement Legal Framework for the Use of Mineral Substitute Building Materials

Gregor Franßen

If one looks at the legal framework for the use of mineral substitute building materials (recycled building materials, by-products, etc.) in public tenders, two figures illustrate the size of the market segment thus taken into account:

- According to estimates of the Federal Ministry of Economics, the procurement volume of the public sector in Germany amounts to at least EUR 300 billion a year.
- The amount of waste produced in Germany per year (reference year: 2014) is around 400 million tonnes gross, of which a good 200 million tonnes are gross construction and demolition waste. Of this, 109.8 million tonnes = 57.2 percent of soil and stones, 51.6 million tonnes = 26.9 percent on building rubble, 15.4 million tonnes = 8.0 percent on road break, 0.6 million tonnes = 0.3 percent for construction gypsum-based waste and 14.6 million tonnes = 7.6 percent for construction site waste.

Since a significant proportion of the public procurement volume in Germany is likely to be attributed to construction contracts, these figures show the great extent of the relationship between public procurement and the accumulation of construction and demolition materials as well as the recycling of construction and demolition waste or recycling materials clear.

With their construction-related procurement behavior, the public sector therefore has a significant influence on both the construction and demolition waste as well as on the utilization of such waste or the use of mineral replacement building materials in construction measures. For as a public customer, who procures services for the demolition of structures and related earthworks, the public sector controls the production of construction and demolition waste. And as a contracting authority, which procures services for the construction of a building or a construction site, the public sector controls the use of mineral waste and recycled building materials.

In the following, the article deals with the legal framework for procurement behavior of the public sector in the construction of structures and thus the influence of public procurement behavior on the use of mineral waste and recycled building materials.

## Verbesserungsbedarf des abfall- und vergaberechtlichen Rechtsrahmens für den Einsatz von mineralischen Ersatzbaustoffen

Gregor Franßen

1.	Abfallrechtliche Rahmenbedingungen.....	64
1.1.	Abfallrechtliche Vorgaben.....	64
1.2.	Vollzug der abfallrechtlichen Vorgaben .....	65
1.3.	Beachtung der abfallrechtlichen Vorgaben im Vergabeverfahren.....	67
2.	Vergaberechtliche Rahmenbedingungen .....	67
2.1.	Vergaberechtliche Vorgaben .....	68
2.2.	Vollzug der vergaberechtlichen Vorgaben im Vergabeverfahren .....	69
3.	Zwischenfazit: Widerspruch zwischen Anspruch und Wirklichkeit .....	69
4.	Funktionsweisen von Abfall- und Vergaberecht.....	70
4.1.	Abfallrecht.....	70
4.2.	Vergaberecht .....	70
5.	Möglichkeiten zur Optimierung des Rechtsrahmens .....	71
5.1.	Auf dem Gebiet des Abfallrechts.....	71
5.2.	Auf dem Gebiet des Vergaberechts.....	72
6.	Aktuelle Entwicklungen .....	72
6.1.	Positive Entwicklung in Thüringen .....	72
6.2.	Negative Entwicklung in Nordrhein-Westfalen.....	73

Beschäftigt man sich mit den rechtlichen Rahmenbedingungen für den Einsatz von mineralischen Ersatzbaustoffen (Recyclingbaustoffen, Nebenprodukte usw.) bei öffentlichen Ausschreibungen, verdeutlichen zwei Zahlen die Größe des somit in den Blick genommenen Marktsegment:

- Das Beschaffungsvolumen der öffentlichen Hand in Deutschland liegt nach Einschätzung des Bundeswirtschaftsministerium pro Jahr bei mindestens 300 Milliarden EUR. <sup>1</sup>

<sup>1</sup> <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Technologie/innovation-beschaffungswesen.html>

- Das Abfallaufkommen in Deutschland beträgt pro Jahr (Referenzjahr: 2014) um die 400 Millionen Tonnen brutto, davon sind gut 200 Mio. Tonnen brutto Bau- und Abbruchabfälle.<sup>2</sup> Davon entfielen 109,8 Mio. Tonnen = 57,2 Prozent Boden und Steine, 51,6 Mio. Tonnen = 26,9 Prozent auf Bauschutt, 15,4 Mio. Tonnen = 8,0 Prozent auf Straßenaufbruch, 0,6 Mio. Tonnen = 0,3 Prozent auf Bauabfälle auf Gipsbasis und 14,6 Mio. Tonnen = 7,6 Prozent auf Baustellenabfälle.<sup>3</sup>

Da ein erheblicher Anteil des jährlichen Beschaffungsvolumens der öffentlichen Hand in Deutschland auf Bauvergaben entfallen dürfte, wird anhand dieser Kennzahlen das große Ausmaß des Zusammenhangs zwischen der öffentlichen Beschaffung und dem Anfall von Bau- und Abbruchmaterialien wie auch der Verwertung von Bau- und Abbruchabfällen bzw. Recyclingbaustoffen deutlich.

Mit ihrem baubezogenen Beschaffungsverhalten nimmt die öffentliche Hand also einen maßgeblichen Einfluss sowohl auf den Anfall von Bau- und Abbruchabfällen als auch auf die Verwertung solcher Abfälle bzw. den Einsatz von mineralischen Ersatzbaustoffen bei Baumaßnahmen. Denn als öffentlicher Auftraggeber, der sich Leistungen des Abbruchs von baulichen Anlagen und darauf bezogener Erdarbeiten beschafft, steuert die öffentliche Hand insoweit die Erzeugung von Bau- und Abbruchabfällen. Und als öffentlicher Auftraggeber, der sich Leistungen zur Errichtung eines Bauwerks oder einer baulichen Anlage beschafft, steuert die öffentliche Hand insoweit den Einsatz mineralischer Abfälle und von Recyclingbaustoffen.

Im Folgenden beschäftigt sich der Beitrag mit den rechtlichen Rahmenbedingungen für das Beschaffungsverhalten der öffentlichen Hand bei der Errichtung von Bauwerken baulichen Anlagen und also den Einfluss des öffentlichen Beschaffungsverhaltens auf den Einsatz von mineralischen Abfällen und Recyclingbaustoffen.

## 1. Abfallrechtliche Rahmenbedingungen

Eine Analyse und Bewertung des einschlägigen Abfallrechts zeigt, dass mineralischen Ersatzbaustoffen vorsonnen zum Zwecke der Ressourcenschonung bei Bauvorhaben eingesetzt werden sollen (auch bei solchen öffentlichern Auftraggebern) und dass öffentliche Auftraggeber als Nachfrager von Bauleistungen durch bundes- und landesrechtliche Vorschriften angehalten werden, diese abfallrechtlichen Vorgaben auch einzuhalten. Hersteller oder Anbieter von Recyclingbaustoffen und Bieter in einem Bauvergabeverfahren haben jedoch keine rechtliche Handhabe, die Einhaltung dieser abfallrechtlichen Vorgaben bzw. die Möglichkeit zum Einsatz auch von Recyclingbaustoffen zu erzwingen.

### 1.1. Abfallrechtliche Vorgaben

Gemäß § 1 KrWG ist es Zweck des Abfallrechts, die Kreislaufwirtschaft zur Schonung der natürlichen Ressourcen zu fördern.

<sup>2</sup> <https://www.umweltbundesamt.de/daten/abfall-kreislaufwirtschaft/abfallaufkommen#textpart-1>

<sup>3</sup> Kreislaufwirtschaftsbau, Mineralische Bauabfälle Monitoring 2012, 2015, Seite 6

Hinsichtlich der zu diesem Zweck durchzuführenden Maßnahmen der Abfallbewirtschaftung regelt § 6 Abs. 1 KrWG, der sich mit der Abfallhierarchie beschäftigt, dass die mit Blick auf bereits angefallenen Abfälle durchzuführenden Maßnahmen der Abfallbewirtschaftung in folgender Reihenfolge stehen: Vorbereitung zur Wiederverwendung; Recycling; sonstige Verwertung, insbesondere energetische Verwertung und Verfüllung; Beseitigung. Verwertungsmaßnahmen sind also vorrangig gegenüber Beseitigungsmaßnahmen, und im Bereich der Abfallverwertung sind die Maßnahmen der Vorbereitung zur Wiederverwendung und des Recyclings als Maßnahmen der stofflichen Verwertung vorrangig gegenüber sonstigen Verwertungsmaßnahmen. Bei der Auswahl der im Einzelfall durchzuführenden Abfallbewirtschaftungsmaßnahme sollen gemäß § 6 Abs. 2 Satz 1 KrWG das Nachhaltigkeitsprinzip und gemäß § 6 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 KrWG das Maß der Schonung der natürlichen Ressourcen maßgebliche Faktoren sein.

§ 14 KrWG beschäftigt sich mit der Förderung des Recyclings und der sonstigen stofflichen Verwertung von Abfällen. Gemäß § 14 Abs. 2 KrWG sollen die Vorbereitung zur Wiederverwendung und das Recycling von Siedlungsabfällen spätestens ab 2020 mindestens 65 Gewichtsprozent insgesamt betragen. Gemäß § 14 Abs. 3 Satz 1 KrWG sollen die Vorbereitung zur Wiederverwendung, das Recycling und die sonstige stoffliche Verwertung von nicht gefährlichen Bau- und Abbruchabfällen (Ausnahme in der Natur vorkommenden Materialien mit dem AVV-Schlüssel 17 05 04) ab 2020 mindestens 70 Gewichtsprozent betragen.

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass das Abfallrecht darauf ausgerichtet ist, dass (auch) mineralische Abfälle einer Verwertung und zwar vorrangig einer stofflichen Verwertung zugeführt werden, weil auf diese Weise durch eine nachhaltige Kreislaufwirtschaft natürliche Ressourcen geschont werden.

## 1.2. Vollzug der abfallrechtlichen Vorgaben

Problematisch ist allerdings die Umsetzung dieser abfallrechtlichen Vorgaben mit Blick auf den Einsatz mineralischer Abfälle und Recyclingbaustoffe bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge.

Denn grundsätzlich sind nicht etwa die öffentlichen Auftraggeber als Beschaffer von Bauleistungen zur Verwertung von mineralischen Abfällen verpflichtet. Das liegt daran, dass sich die abfallrechtlichen Pflichten an die Erzeuger und Besitzer der Abfälle richten. Das gilt gemäß § 7 Abs. 2 KrWG für die Verwertung von Abfällen ebenso wie gemäß § 15 Abs. 1 KrWG für die Beseitigung von Abfällen. Als Bauherren sind die öffentlichen Auftraggeber jedoch weder Erzeuger noch Besitzer von Abfällen, die bei den von ihnen zu beschaffenden Bauleistungen als Baumaterialien eingesetzt werden könnten. Folglich sind die öffentlichen Auftraggeber insoweit nicht gemäß § 7 Abs. 1 KrWG zur Abfallverwertung verpflichtet.

Daher hat der Bundesgesetzgeber die Vorschrift des § 45 Abs. 1 Satz 1 KrWG geschaffen, wonach die Behörden des Bundes sowie die der Aufsicht des Bundes unterstehenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts, Sondervermögen und sonstigen Stellen

verpflichtet sind, durch ihr Verhalten zur Erfüllung des Zweckes des § 1 KrWG beizutragen. Insbesondere haben sie gemäß § 45 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Buchst. c) KrWG unter Berücksichtigung der §§ 6 bis 8 KrWG u.a. bei Bauvorhaben zu prüfen, ob und in welchem Umfang Erzeugnisse eingesetzt werden können, die durch Vorbereitung zur Wiederverwendung oder durch Recycling aus Abfällen hergestellt worden sind. Die genannten Stellen des Bundes wirken gemäß § 45 Abs. 2 KrWG im Rahmen ihrer Möglichkeiten darauf hin, dass die Gesellschaften des privaten Rechts, an denen sie beteiligt sind, ebenfalls die Verpflichtungen nach § 45 Abs. 1 KrWG beachten.

Das klingt zunächst so, als ob damit die Verwertungspflichten des § 7 Abs. 2 KrWG verbindlich für die genannten Bundesstellen eingeführt worden seien. Dem ist aber nicht so. Denn schon dem Wortlaut nach verlangt § 45 KrWG von den genannten Bundesstellen lediglich eine Prüfung der Möglichkeiten zum Einsatz der betreffenden Materialien. Eine Pflicht, nach Möglichkeit solche Materialien tatsächlich einzusetzen bzw. als Nachfrager von Bauleistungen den Einsatz solche Materialien von den Bauunternehmen tatsächlich zu verlangen, normiert § 45 KrWG hingegen nicht. Darüber hinaus ist ein Verstoß gegen die Prüfpflicht des § 45 Abs. 1 KrWG auch nicht weiter sanktioniert. Angesichts des Umstandes, dass ein von der Prüfpflicht begünstigter Personenkreis nicht abgrenzbar ist, ist die Vorschrift auch nicht in dem Sinne als drittschützend anzusehen, dass möglicherweise begünstigte Dritte (etwa ein Hersteller von Recyclingbaustoffen) auf Einhaltung der Pflicht im Vorfeld eines Bauvergabeverfahrens klagen könnte.<sup>4</sup>

Das wird in entsprechenden landesabfallgesetzlichen Vorschriften – auch wenn diese Vorschriften statt einer bloßen Prüfpflicht sogar eine Soll-Vorgabe zum tatsächlichen vorrangigen Einsatz von Recyclingmaterialien enthalten – sogar ausdrücklich erklärt, wenn es z.B. in § 2 Abs. 1 Satz 2 LAbfG NRW zur entsprechenden Prüfpflicht von entsprechenden Stellen des Landes Nordrhein-Westfalen heißt: *ohne damit Rechtsansprüche Dritter zu begründen*.

An dieser Gesetzeslage können auch Erlasse von obersten Abfallwirtschaftsbehörden nichts ändern. So heißt es zwar z.B. mit Blick auf § 2 Abs. 1 Satz 2 AbfG NRW in einem Erlass des nordrhein-westfälischen Umweltministeriums vom 06.09.2005, das öffentliche Ausschreibungen über Bauleistungen, in denen ausschließlich Primärrohstoffen ausgeschrieben werden, rechtswidrig seien, wenn für die Erfüllung der Baufunktionen im Einzelfall auch aus mineralischen Abfällen hergestellte Baustoffe verwendbar wären.<sup>5</sup> denn solche Erlasse wenden sich ausschließlich an die entsprechenden Landesstellen und begründen keine Rechte Dritter gegenüber den Stellen der Landesverwaltung als öffentliche Auftraggeber in einem Ausschreibungsverfahren über Bauleistungen.

Im weiteren Zwischenergebnis stellt also das auf stoffliche Verwertung von mineralischen Abfällen ausgerichtete Abfallrecht Dritten keine einklagbaren Ansprüche oder Rechte

<sup>4</sup> Versteyl/Schomerus, in: Versteyl/Mann/Schomerus, KrWG, 3. Aufl. 2012, § 45 Rn. 19, die stattdessen allgemein auf die *üblichen Mittel des Vergaberechts* verweisen

<sup>5</sup> Erlass des Ministeriums für Umwelt und Naturschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz des Landes Nordrhein-Westfalen, *Ausschreibungen von mineralischen Stoffen bei öffentlichen Baumaßnahmen*, 06.09.2005 – Az.: IV-3-952.02

zur Verfügung, mit denen Dritte auf Einhaltung von abfallrechtlichen Pflichten zur Prüfung und zum Einsatz von Recyclingbaustoffen usw. bei öffentlichen Bauvorhaben klagen könnten.

### 1.3. Beachtung der abfallrechtlichen Vorgaben im Vergabeverfahren

Abfallrechtliche Vorschriften wie § 45 KrWG und § 2 LAbfG NRW lassen sich auch nicht in einem laufenden Vergabeverfahren über die Beschaffung von Bauleistungen Vergabe rechtlich vollziehen. Der einschlägigen Rechtsprechung zum Verhältnis zwischen abfallrechtlichen Pflichten des öffentlichen Auftraggebers einerseits und den vergaberechtlichen Vorschriften einschließlich Bieterrechtsschutz andererseits lässt sich dahin zusammenfassen, dass abfallrechtliche Vorschriften im Vergabeverfahren und demzufolge auch in einem sich daran anschließenden Vergabenachprüfungsverfahren

- relevant und somit ihre Einhaltung zu überprüfen sind, wenn ihre Missachtung zu einer Nichtbeachtung von Ausschreibungspflichten durch den öffentlichen Auftraggeber führt;<sup>6</sup>
- irrelevant und somit ihre Einhaltung nicht zu überprüfen sind, wenn auch ein unterstellter Verstoß gegen die betreffenden abfallrechtlichen Vorschriften nicht zu einer Verletzung von Diener Rechten führt.<sup>7</sup>

Daraus folgt, dass abfallrechtliche Vorschriften wie § 45 KrWG und § 2 LAbfG NRW in einem Vergabeverfahren bzw. Vergabenachprüfungsverfahren nicht einklagbar sind, weil sie zum einen nicht als Begründung für ein gänzlichliches Unterlassen eines öffentlichen Vergabeverfahrens dienen können und zum anderen keine Ansprüche oder Rechte Dritter, also auch keine in einem Vergabeverfahren einklagbare Bieteransprüche oder -rechte begründen. Das gilt auch für behördliche Erlasse, die sich ausschließlich verwaltungsintern an die entsprechenden öffentlichen Auftraggeber richten und ebenfalls keine Ansprüche/Rechte Dritter begründen.

Die auf die Förderung des Recyclings von mineralischen Abfällen ausgerichteten abfallrechtlichen Vorschriften lassen sich also auch nicht über das Vehikel des Vergabeverfahrens bzw. eines Vergabenachprüfungsverfahrens vollziehen.

## 2. Vergaberechtliche Rahmenbedingungen

Nicht viel anders ist das Bild, dass das Vergaberecht zeigt: Vergaberecht ermöglicht es öffentlichen Auftraggeber, in einem Bauvergabeverfahren auch den Einsatz von Recyclingbaustoffen zuzulassen und gezielt zu fördern. Es fehlt aber auch hier an einer

<sup>6</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 04.09.2002 – Kart 26/02, zu der Konstellation, in der öffentlicher Auftraggeber unter unzutreffender Berufung auf einen Abfallwirtschaftsplan eine Ausschreibung unterlassen wollte; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.10.2011 – Verg 51/11, zu der Konstellation, in der ein öffentlicher Auftraggeber durch die Vergabe einer abfallrechtswidrigen Dienstleistungskonzession eine öffentliche Ausschreibung eines Dienstleistungsauftrags unterlassen wollte

<sup>7</sup> OLG Karlsruhe, Beschl. v. 01.04.2011 – 15 Verg 1/11, wonach ein Bieter sich in einem Vergabeverfahren mangels Drittschutz nicht darauf berufen kann, dass abfallrechtliche Vorschriften einer landesrechtlichen Autarkie-Verordnung, die der betreffende öffentliche Auftraggeber zu beachten gedanke, unwirksam seien

rechtlichen Handhabe der Bieter (die nicht als Bieter auftretenden Hersteller/Anbieter von Recyclingbaustoffen scheiden insoweit sowieso von vornherein aus), die öffentlichen Auftraggeber auch nur zur Eröffnung der bloßen Möglichkeit des Einsatzes von Recyclingbaustoffen zu zwingen.

## 2.1. Vergaberechtliche Vorgaben

Das Vergaberecht hält eine Reihe von Vorschriften bereit, mittels derer die vorstehend beschriebenen abfallrechtlichen Rahmenbedingungen (auch) bei der Bautätigkeit der öffentlichen Hand umgesetzt werden können, die auf die Errichtung von Bauwerken und baulichen Anlagen gerichtet ist und somit über den Einsatz von mineralischen Abfällen und Recyclingbaustoffen entscheidet.

Gemäß § 97 Abs. 3 GWB sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge umweltbezogene Aspekte zu berücksichtigen.

Gemäß § 128 Abs. 2 Satz 1 und Satz 3 GWB können öffentliche Auftraggeber besondere Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags (sog. Ausführungsbedingungen) festlegen, sofern diese mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen (vgl. dazu § 127 Abs. 3 GWB), wobei die Ausführungsbedingungen insbesondere auch umweltbezogene Belange umfassen können. Mit Blick auf die zu beschaffende Leistung wird das in § 31 Abs. 3 Satz 1 VgV dahingehend konkretisiert, dass die in der Leistungsbeschreibung zu beschreibenden Merkmale des Auftragsgegenstandes auch umweltbezogene Aspekte betreffen können.

Zur Ermittlung des besten Preis-Leistung-Verhältnisses schließlich, nach dem sich gemäß § 127 Abs. 1 Satz 2 GWB das wirtschaftlichste und daher zu beauftragende Angebot bestimmt, können gemäß § 127 Abs. 1 Satz 3 GWB auch umweltbezogene Aspekte berücksichtigt werden. Diese gesetzliche Vorgabe wird in § 58 Abs. 2 Satz 2 VgV wiederholt und dahingehend konkretisiert, dass umweltbezogene Eigenschaften der zu beschaffenden Leistung Zuschlagskriterium sein können. § 59 VgV ergänzt insoweit, dass der öffentliche Auftraggeber die Kosten der zu beschaffenden Leistung als Zuschlagskriterium verwenden, diese Kosten auf Grundlage der Lebenszykluskosten der Leistung berechnen und bei der Methode zur Berechnung der Lebenszykluskosten Kosten mit einrechnen kann, die durch die externen Effekte der Umweltbelastung entstehen. Vergleichbare Regelungen enthalten die – soweit vorhanden – vergaberechtlichen Vorschriften der Länder.

Zum Teil gehen die Länder sogar noch deutlich über die bundesrechtlichen Vorgaben hinaus. Gemäß § 6 TVgG NRW i.V.m. § 3 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 RVO TVgG NRW z.B. soll der öffentliche Auftraggeber bei der Beschaffung die abfallrechtlichen Vorgaben, insbesondere im Hinblick auf Abfallvermeidung und Wiederverwendung, Recycling sowie sonstige Verwertung berücksichtigen; die Anforderungen, die u.a. Bauvorhaben zu berücksichtigen sind, ergeben sich insbesondere aus § 2 LAbfG NRW. Diese allgemeinen Grundsätze werden in § 4 Abs. 1 RVO TVgG NRW weitergehend dahin konkretisiert, dass der öffentliche Auftraggeber bei Bauvergaben im Rahmen der Konzeption der Beschaffung in Erfüllung der sich aus § 6 Abs. 1 TVgG NRW (s.o.) ergebenden Verpflichtungen Aspekte des Umweltschutzes und der Energieeffizienz hinsichtlich ökologischer

und gesundheitsrelevante Anforderungen an Bauwerke und Materialien berücksichtigen kann. Gemäß § 4 Abs. 2 Satz 2 bis Satz 5 RVO TVgG NRW kann der öffentliche Auftraggeber bei Bauaufträgen Aspekte des nachhaltigen Bauens in die Bauplanungsphase einbeziehen, wobei insbesondere die Vorgaben des § 2 LABfG NRW zu beachten sind. Bei Bauvorhaben soll demnach Erzeugnissen der Vorzug gegeben werden, die mit rohstoffschonenden und abfallarmen Produktionsverfahren oder aus Abfällen hergestellt sind, sofern diese für den vorgesehenen Verwendungszweck geeignet sind und keine anderen Rechtsvorschriften entgegenstehen. Ersatzbaustoffe wie z.B. Recyclingbaustoffe sind, ihren jeweiligen technischen und ökologischen Eigenschaften entsprechend, gleichberechtigt in die Planungsüberlegungen einzubeziehen.

Vergaberecht ermöglicht es also öffentlichen Auftraggebern, bei Bauvergaben auch den Einsatz von Recyclingbaustoffen zu ermöglichen und – weitergehend – über umweltbezogene Ausführungsanforderungen oder Zuschlagskriterien gezielt zu fördern. Darüber hinaus erlegen vergaberechtliche Vorschriften der Länder den öffentlichen Auftraggebern sogar die Pflicht auf, regelmäßig auch Recyclingbaustoffe gleichberechtigt in Bauvergabeverfahren zu berücksichtigen und sogar den Vorzug gegenüber anderen Baustoffen zu geben.

## 2.2. Vollzug der vergaberechtlichen Vorgaben im Vergabeverfahren

Die Antwort auf die Frage, ob die Einhaltung dieser vergaberechtlichen Vorgaben in einem Vergabeverfahren bzw. einem Vergabenaachprüfungsverfahren erzwungen werden kann, fällt genauso aus wie schon die in Bezug auf die abfallrechtlichen Vorschriften: Nein.

Die bundesrechtlichen Vorgaben bieten den öffentlichen Auftraggebern schon ihrem Regelungsgehalt nach ein reines Optionen-Menü, aus dem sich ein öffentlicher Auftraggeber bedienen kann, aber nicht muss, Bieteransprüche werden dadurch nicht begründet. Dasselbe gilt aber auch für die weitergehenden vergaberechtlichen Vorschriften der Länder, die den öffentlichen Auftraggebern Prüf- und Berücksichtigungspflichten auferlegen. Denn in der Begründung zur Vorgängervorschrift der beispielhaft erwähnten §§ 3 und 4 RVO TVgG NRW heißt es ausdrücklich: *Die Rechtsverordnung zeigt im § 11 praktikable Handlungsvarianten auf, ohne dass hierbei verbindliche Verpflichtungen statuiert würden.*<sup>8</sup> Soweit die §§ 3 und 4 RVO TVgG NRW auf § 2 LABfG NRW bezogen sind, folgt das Gleiche aus der Bezugsnorm des § 2 LABfG NRW selbst, der ja bereits in seinem Wortlaut klarstellt, dass er keine Ansprüche Dritter begründet. Im Klartext: Bieter können in Vergabe(nachprüfungs)verfahren nicht die Einhaltung der Vorgaben der §§ 11 und 12 RVO TVgG NRW i.V.m. § 2 LABfG NRW erzwingen.

## 3. Zwischenfazit: Widerspruch zwischen Anspruch und Wirklichkeit

Die bis hierhin beschriebene und analysierte abfall- und vergaberechtliche Rechtslage weist einen bemerkenswerten Widerspruch zwischen Anspruch und Wirklichkeit auf: Einerseits ist der gesamte abfall- und vergaberechtliche Rechtsrahmen auf die Förderung

<sup>8</sup> Vgl. Landtag NRW, Vorlage 16/484 v. 18.12.2012, S. 35



des Einsatzes von Recyclingbaustoffen ausgerichtet. Andererseits werden diejenigen, die im Einzelfall einer konkreten Bauvergabe ein wirtschaftliches Interesse am Einsatz von Recyclingbaustoffen haben oder haben könnten (Hersteller und Vertreiber von Recyclingbaustoffen, Bieter), kein Anspruch und keine sonstige Rechtsposition zur Verfügung gestellt, mittels derer sie auf die Einhaltung der auf die Förderung des Einsatzes von Recyclingbaustoffen ausgerichteten abfall- und vergaberechtlichen Vorschriften dringen könnten. Es drängt sich der Eindruck auf, dass die Gesetz- und Verordnungsgeber in Bund und Ländern eine Menge politische Programmatik in ihren jeweiligen abfall- und vergaberechtlichen Regelungen untergebracht haben, denen sie aber – ganz bewusst – die Vollzugstauglichkeit und damit jegliche praktische Bedeutung vorenthalten haben.

## 4. Funktionsweisen von Abfall- und Vergaberecht

Bevor man über konkrete Optimierungsmöglichkeiten des Rechtsrahmens nachdenkt, muss man sich noch einmal vor Augen führen, wie die Einhaltung von Abfallrecht und Vergaberecht funktioniert.

### 4.1. Abfallrecht

Der Vollzug von Abfallrecht basiert zum einen auf verbindlichen Pflichten der abfallrechtlichen Normadressaten und deren Einhaltung durch die Verpflichteten selbst aufgrund negativer Anreize wie an Pflichtenverstöße anknüpfende Ordnungswidrigkeitentatbestände. Zum anderen basiert der Abfallrechtsvollzug auf der Überwachungstätigkeit der zuständigen Abfallbehörden, die die Verpflichteten mit hoheitlichen Maßnahmen, zu denen die einschlägigen Ermächtigungsgrundlagen wie § 62 KrWG oder z.B. § 35 Abs. 1 LAbfG NRW berechtigen, zur Einhaltung der abfallrechtlichen Vorgaben zwingen können.

§ 45 KrWG und entsprechende landesrechtliche Vorschriften wie § 2 LAbfG NRW bestimmen die jeweilige Normadressaten. Wenn und soweit die verpflichteten Stellen des Bundes und der Länder ihren Pflichten nicht nachkommen, könnten die zuständigen Abfallbehörden die verpflichteten Stellen gemäß § 62 KrWG oder gemäß § 35 Abs. 1 LAbfG NRW auf Einhaltung ihrer Pflichten hoheitlich durch Erlass entsprechender Verwaltungsakte in Anspruch nehmen.

Schließlich funktioniert der Abfallrechtsvollzug zum Teil auch über Rechte Dritter, die – abgeleitet aus diesen Rechten – einen einklagbaren Anspruch auf Einhaltung bestimmter abfallrechtlicher Vorgaben durch die abfallrechtlich Verpflichteten haben. Voraussetzung ist insoweit eine Betroffenheit in eigenen Rechten. An einer solchen Betroffenheit fehlt es aber mit Blick auf den Einsatz von Recyclingbaustoffen bei öffentlichen Bauvergaben.

### 4.2. Vergaberecht

Der Vollzug von Vergaberecht basiert auf der Normierung von Bieterrechten in einem Vergabeverfahren. Durch die Schaffung solcher Bieterrechte wird die Möglichkeit der

Einleitung eines Vergabenaachprüfungsverfahrens durch diejenigen Bieter geschaffen, die der Auffassung sind, dass im jeweiligen Einzelfall der öffentliche Auftraggeber im Zusammenhang mit seinem Vergabeverfahren Rechte des betreffenden Bieters verletzt hat.

Im Vorfeld eines Vergabeverfahrens gibt es hingegen in aller Regel keine Bieterrechte. Und im laufenden Vergabeverfahren ist der Rechtsschutz der Bieter auf die Kontrolle der Einhaltung der bieterschützenden (und somit den Bietern Rechtspositionen einräumenden) Vorschriften beschränkt, es findet keine allgemeine oder abstrakte Rechtskontrolle des Verhaltens des öffentlichen Auftraggebers statt, die unabhängig von konkreten Bieterrechten wäre.

Da das bestehende Vergaberecht, wie gezeigt, mit Blick auf die Berücksichtigung und den Einsatz von Recyclingbaustoffen bei öffentlichen Bauvergabeverfahren keine einklagbaren Bieterrechte normiert, können Bieter auch im Falle eines Verstoßes der öffentlichen Auftraggeber gegen die diesbezüglichen abfall- und vergaberechtlichen Vorschriften keine Verletzung von Bieterrechten geltend machen. Demzufolge können die am Einsatz von Recyclingbaustoffen interessierten Bieter mit der Begründung, der öffentlichen Auftraggeber verstoße gegen diese Vorschriften, kein Vergabenaachprüfungsverfahren einleiten.

## 5. Möglichkeiten zur Optimierung des Rechtsrahmens

Nun wird deutlich, wie Bundes- und/oder Landesgesetz- und -verordnungsgeber agieren müssten, um etwas an den rechtlichen Rahmenbedingungen zu verbessern.

### 5.1. Auf dem Gebiet des Abfallrechts

Auf dem Gebiet des Abfallrechts ist vor allem die Vollzugstätigkeit der Abfallbehörden anzusprechen, also die Aufsichtstätigkeit der obersten, oberen und unteren Abfallbehörden gegenüber den nach § 45 KrWG und nach landesrechtlichen Vorschriften wie § 2 LABfG NRW verpflichteten Stellen des Bundes und des Landes. Die zuständigen Abfallbehörden könnten die Stellen, die ihren abfallrechtlichen Pflichten nicht nachkommen, über die Ermächtigungsgrundlage des § 62 KrWG, wonach, zur Einhaltung der abfallrechtlichen Vorgaben bei den jeweiligen Bauvergabeverfahren hoheitlich verpflichtet. Dafür bedarf es keiner Änderung des Rechtsrahmens, sondern lediglich des erforderlichen politischen Willens – an dem es aber wohl weitgehend fehlt.

Die Schaffung von Ansprüchen bzw. sonstigen Rechtspositionen Dritter erscheint demgegenüber wenig praktikabel, denn das würde unter rechtssystematischen Aspekten einen abgrenzbaren und somit bestimmbareren Personenkreis voraussetzen. Den dürfte es aber in einer Situation, in der ein einzelner öffentlicher Auftraggeber eine Bauvergabe vorbereitet, nicht geben. Und wenn das Bauvergabeverfahren mit der Auftragsbekanntmachung begonnen worden ist, ist das Vergaberecht mit dem dann begründeten Vergabeverfahrensrechtsverhältnis zwischen öffentlichem Auftraggeber und Bieter die sachnähere Rechtsmaterie.

## 5.2. Auf dem Gebiet des Vergaberechts

Auf dem Gebiet des Vergaberechts könnte den Bietern in einem Bauvergabeverfahren das Recht zugesprochen werden, die Überprüfung von abfall- und vergaberechtlichen Vorgaben zur Berücksichtigung bzw. zum gleichberechtigten (oder sogar vorrangigen) Einsatz von Recyclingbaustoffen zu verlangen. Alternativ dazu könnte Bietern das Recht zugesprochen werden, im Falle von öffentlichen Bauvergaben, die den Einsatz von Baumaterialien aus Primärrohstoffen vorsehen, Nebenangebote über gleichwertige Recyclingbaustoffe abgeben zu dürfen. Die Schaffung derartiger Bieterrechte würde jeweils dazu führen, dass die am Einsatz von Recyclingbaustoffen interessierten Bieter ein Vergabenaachprüfungsverfahren nach den §§ 155 ff. GWB einleiten können, durch das die Einhaltung der abfall- und vergaberechtlichen Vorgaben zur Berücksichtigung von Recyclingbaustoffen bei öffentlichen Bauvergaben kontrolliert werden könnte.

## 6. Aktuelle Entwicklungen

Die aktuelle Gesetzgebung in den Bundesländern zeigt ein heterogeneres Entwicklungsbild.

### 6.1. Positive Entwicklung in Thüringen

Mit dem Thüringer Ausführungsgesetz zum Kreislaufwirtschaftsgesetz (ThürAGKrWG) vom 23.11.2017<sup>9</sup> ist das Landesabfallrecht in Thüringen völlig neu gefasst worden. In § 2 ThürAGKrWG über die *Vorbildwirkung der öffentlichen Hand* heißt es in Abs. 2, dass die öffentlichen Auftraggeber in Thüringen bei der Planung und der Erstellung der Leistungsbeschreibung von Bauvorhaben sowie von sonstigen Aufträgen den Erzeugnissen den Vorzug zu geben haben, die (Nr. 1) mit rohstoffschonenden oder abfallarmen Produktionsverfahren hergestellt sind, (Nr. 2) durch Vorbereitung zur Wiederverwendung oder durch Recycling aus Abfällen hergestellt worden sind oder (Nr. 4) im Vergleich zu anderen Erzeugnissen zu weniger oder schadstoffärmeren Abfällen führen, sofern diese mindestens im gleichen Maße wie andere Erzeugnisse für den vorgesehenen Verwendungszweck geeignet sind und die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit nicht entgegenstehen. Der niedrigste Angebotspreis allein ist nicht entscheidend.

Aus der Gesetzesbegründung<sup>10</sup> wird klar, dass diese neuen gesetzlichen Vorgaben nicht nur Empfehlungscharakter haben oder eine Soll-Vorgabe, sondern vielmehr rechtsverbindliche Gesetzesbefehle an die in § 2 Abs. 1 ThürAGKrWG genannten Landesbehörden sind. Die Vorgaben sind also verbindlich. Zudem sind sie ausdrücklich und in mehrfacher Hinsicht auf die verschiedenen Verfahrensstufen eines Vergabeverfahrens bezogen, so dass die normierten verbindlichen Rechtspflichten (s.o.) gerade auch auf ein einzelnes Vergabeverfahren bezogen sind und – wenngleich es sich um abfallrechtliche Vorschriften handelt – Pflichten eines öffentlichen Bauauftraggebers in einem Vergabeverfahren begründen – was zur Folge hat, dass sich Bieter in einem Vergabeverfahren auf die

<sup>9</sup> Verkündet als Artikel 1 des Thüringer Gesetzes zur Anpassung abfallrechtlicher Regelungen an das Kreislaufwirtschaftsgesetz vom 23. November 2017 (ThürGVBl. S. 246)

<sup>10</sup> Vgl. LT-Drs. 6/3710, S. 29 f

Einhaltung dieser Vorschriften durch den öffentlichen Bau Auftraggeber berufen können, sprich: einen nach Prüfungsantrag erfolversprechend damit begründen können, dass der öffentliche Bauauftraggeber gegen seine Pflichten gemäß § 2 Abs. 2 ThürAGKrWG verstoßen hat.

Darüber hinaus sind auch Nebenprodukte in den Geltungsbereich von § 2 Abs. 2 ThürAGKrWG einbezogen. Denn in Satz 1 spricht die Vorschrift ganz allgemein von *Erzeugnissen*; auch Nebenprodukte sind Erzeugnisse in diesem Sinne. In Satz 1 Nr. 1 spricht die Vorschrift davon, dass die Erzeugnisse *mit rohstoffschonenden oder abfallarmen Produktionsverfahren hergestellt sind*; auch dies trifft für Nebenprodukte zu, weil sie bei der Herstellung des (Haupt-) Produktes ohnehin anfallen und für ihren Einsatz als Bauprodukte zum einen keine weiteren Rohstoffe verbraucht werden müssen (*rohstoffschonend*) und zum anderen keine weiteren Abfälle anfallen (*abfallarm*). Da Satz 1 Nr. 2 auch Erzeugnisse einbezieht, die durch eine Vorbereitung zur Wiederverwendung hergestellt worden sind (dabei handelt es sich aus abfallrechtlicher Sicht um einen Vorgang, der der Herstellung von Nebenprodukten sehr ähnlich ist), entspricht es auch dem Sinn und Zweck des § 2 Abs. 2 ThürAGKrWG, dass er auch für den Einsatz von Nebenprodukten als Bauprodukte gilt.

§ 2 Abs. 2 ThürAGKrWG kann also durchaus Vorbildwirkung für andere Gesetzgeber auf Landes- und Bundesebene haben.

## 6.2. Negative Entwicklung in Nordrhein-Westfalen

Auch wenn die Rechtslage im Vergaberecht von Nordrhein-Westfalen bislang ohnehin schon unbefriedigend war (vgl. 2.1. und 2.2.), beabsichtigt der nordrhein-westfälische Landesgesetzgeber nunmehr, im Rahmen seiner *Entfesselungsgesetzgebung* alle umweltbezogenen Vorgaben im NRW-Vergaberecht zu streichen.<sup>11</sup> bei allem Verständnis für eine *Entfesselung* des NRW-Vergaberechts um in der Tat viel überflüssige Vorschriften: Damit wird dem in § 2 LABfG NRW gesetzlich normierten Anliegen, die Verwendung mineralischer Ersatzbaustoffen öffentlichen Bauvergaben der öffentlichen Auftraggeber in NRW zu fördern, ein Bärendienst erwiesen. Der NRW-Gesetzgeber überzieht mit dieser Total-Streichung aller umweltbezogenen Vorschriften im NRW-Vergaberecht und schießt über das Ziel deutlich hinaus.

### Ansprechpartner



#### Rechtsanwalt EMLE Gregor Fransen

Heinemann & Partner Rechtsanwälte

– Partnergesellschaft mbB

Partner

III. Hagen 30

45127 Essen (D)

Telefon: 0049-(0)201-1095708

E-Mail: franssen@raehp.de

<sup>11</sup> Vgl. LT-Drs. 17/1046

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar

Stephanie Thiel, Elisabeth Thomé-Kozmiensky,  
Bernd Friedrich, Thomas Pretz, Peter Quicker, Dieter Georg Senk, Hermann Wotruba (Hrsg.):

**Mineralische Nebenprodukte und Abfälle 5**  
– Aschen, Schlacken, Stäube und Baurestmassen –

ISBN 978-3-944310-41-1 Thomé-Kozmiensky Verlag GmbH

Copyright: Elisabeth Thomé-Kozmiensky, M.Sc., Dr.-Ing. Stephanie Thiel  
Alle Rechte vorbehalten

Verlag: Thomé-Kozmiensky Verlag GmbH • Neuruppin 2018

Redaktion und Lektorat: Dr.-Ing. Stephanie Thiel, Dr.-Ing. Olaf Holm,  
Elisabeth Thomé-Kozmiensky, M.Sc.

Erfassung und Layout: Claudia Naumann-Deppe, Janin Burbott-Seidel, Sandra Peters,  
Ginette Teske, Roland Richter, Cordula Müller, Gabi Spiegel

Druck: Universal Medien GmbH, München

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, des Vortrags, der Entnahme von Abbildungen und Tabellen, der Funksendung, der Mikroverfilmung oder der Vervielfältigung auf anderen Wegen und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Eine Vervielfältigung dieses Werkes oder von Teilen dieses Werkes ist auch im Einzelfall nur in den Grenzen der gesetzlichen Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes der Bundesrepublik Deutschland vom 9. September 1965 in der jeweils geltenden Fassung zulässig. Sie ist grundsätzlich vergütungspflichtig. Zuwiderhandlungen unterliegen den Strafbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürfen.

Sollte in diesem Werk direkt oder indirekt auf Gesetze, Vorschriften oder Richtlinien, z.B. DIN, VDI, VDE, VGB Bezug genommen oder aus ihnen zitiert worden sein, so kann der Verlag keine Gewähr für Richtigkeit, Vollständigkeit oder Aktualität übernehmen. Es empfiehlt sich, gegebenenfalls für die eigenen Arbeiten die vollständigen Vorschriften oder Richtlinien in der jeweils gültigen Fassung hinzuzuziehen.