



## BMU-Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Abfallrahmenrichtlinie der Europäischen Union (Stand: 5.8.2019)

### STELLUNGNAHME: ÄNDERUNGSVORSCHLÄGE ZU § 45 KRWG-E

#### I. Einleitung

Wir begrüßen die in § 45KrWG-RefE vorgesehene Fortentwicklung der bisherigen Prüfungspflicht zu einer konditionierten Bevorzugungspflicht. Diese geplante Änderung ist unbedingt erforderlich – in zeitlicher Hinsicht auch seit langem überfällig –, um einerseits die gesetzlichen Zielvorgaben des europäischen und deutschen Abfallrechts umzusetzen und andererseits den seit Jahren von der EU und Deutschland formulierten abfall- und umweltpolitischen Zielsetzungen<sup>1</sup> gerecht zu werden. Darüber hinaus ist diese geplante Änderung auch erforderlich, um die unionsrechtlichen Vorgaben der Abfall-Rahmenrichtlinie in deutsches Abfallrecht umzusetzen:

- Gemäß Art. 4 Abs. 3 i.V.m. Anhang IVa Nr. 7 Abfall-Rahmenrichtlinie müssen die Mitgliedstaaten wirtschaftliche Instrumente und andere Maßnahmen nutzen, um Anreize für die Anwendung der Abfallhierarchie zu schaffen, wozu auch ein auf Nachhaltigkeit ausgerichtetes öffentliches Beschaffungswesen zur Förderung einer besseren Abfallbewirtschaftung und des Einsatzes von recycelten Produkten und Materialien gehört.
- Gemäß Art. 9 Abs. 1 Buchst. b) und Buchstabe f) Abfall-Rahmen Richtlinie müssen die Mitgliedstaaten Maßnahmen treffen, um die Entstehung von Abfällen zu vermeiden, wozu auch
  - die Förderung des Designs, der Herstellung und der Verwendung von Produkten, die ressourceneffizient, langlebig (auch in Bezug auf ihre Lebensdauer, und auf den Ausschluss geplanter Obsoleszenz), reparierbar, wiederverwendbar oder aktualisierbar sind (Buchst. b)); und
  - die Verringerung der Abfallerzeugung bei Prozessen im Zusammenhang mit der industriellen Produktion.

gehören.

---

<sup>1</sup> Vgl. beispielhaft für die EU: Leitinitiative „Ressourcenschonendes Europa“, Strategie „Europa 2020“, „Fahrplan für ein ressourcenschonendes Europa“, 2030-Agenda „Transforming our world: the 2030-Agenda for Sustainable Development“, „EU-Protokoll über die Bewirtschaftung von Bau- und Abbruchabfällen“. Vgl. beispielhaft für Deutschland: Nationale Nachhaltigkeitsstrategie 2002, Deutsches Ressourceneffizienzprogramm (ProgRess I 2012 und ProgRess II 2016).



- Gemäß Art. 11 Abs. 1 der Abfall-Rahmen Richtlinie müssen die Mitgliedstaaten Maßnahmen zur Förderung der Vorbereitung zur Wiederverwendung ergreifen, insbesondere durch Beschaffungskriterien.
- Gemäß Art. 29 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Anhang IV Nr. 15 Abfall-Rahmenrichtlinie müssen die Mitgliedstaaten bei der Aufstellung von Abfallvermeidungsprogrammen den Beitrag beschreiben, den die Einbeziehung von Kriterien des Umweltschutzes und der Abfallvermeidung in Ausschreibungen des öffentlichen und privaten Beschaffungswesens im Sinne des Handbuchs für eine umweltgerechte öffentliche Beschaffung der Kommission vom 29. Oktober 2004 zur Abfallvermeidung leisten, und die Zweckmäßigkeit dieser Abfallvermeidungsmaßnahme bewerten.

Ohne die geplante Änderung des § 45 KrWG würde Deutschland seinen unionsrechtlichen Pflichten zur Umsetzung der Abfall-Rahmenrichtlinie nicht gerecht, sodass die Einleitung eines erfolgreichen Vertragsverletzungsverfahrens durch die EU-Kommission gegen Deutschland drohen würde.

Die geplante Änderung des § 45 KrWG, die abfallpolitisch dringend und abfallrechtlich zwingend erforderlich ist, darf im Laufe der weiteren Beratungen innerhalb der Bundesregierung und sonst im Laufe des weiteren Gesetzgebungsverfahrens nicht gestrichen und nicht verwässert werden.

## **II. Gesetzgebungskompetenz des Bundes**

Dem Bund steht die Gesetzgebungskompetenz für die geplante Änderung des § 45 KrWG zu. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Einführung bzw. Änderung vergaberechtlicher Pflichten der öffentlichen Auftraggeber in Deutschland beruht auf Artikel 74 Absatz 1 Nummer 11 GG (Recht der Wirtschaft), auf Artikel 74 Absatz 1 Nummer 16 GG (Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung) und – soweit der vergaberechtliche Rechtsschutz angesprochen ist – auf Artikel 74 Absatz 1 Nummer 1 GG (gerichtliches Verfahren).

## **III. Vorschläge zur Optimierung von § 45 KrWG-RefE**

Der vom BMU im Referentenentwurf mit Stand vom 5. August 2019 gemachte Formulierungsvorschlag für die Änderungen von § 45KrWG lässt sich in verschiedener Hinsicht noch optimieren:

### **1. Ausweitung des Geltungsbereichs des § 45 KrWG-RefE auf alle öffentlichen (Konzessions-) Auftraggeber in Bund, Ländern und Kommunen**

Dem Bund steht die Gesetzgebungskompetenz für § 45 KrWG zu (s.o.). Im vorliegenden Zusammenhang ist insoweit die ergänzende Feststellung wichtig, dass dem Bund die Gesetzgebungskompetenz für die Einführung bzw. Änderung vergaberechtlicher Pflichten auch mit Blick auf die öffentlichen Auftraggeber im Bereich der Länder und der Kommunen zusteht. Daher regelt der Bund – selbstverständlich – für die sog. Oberschwellenvergaben im 4. Teil des GWB (§§ 97 ff. GWB)



i.V.m. der VgV und dem 2. Abschnitt der VOB/A auch die vergaberechtlichen Pflichten der öffentlichen Auftraggeber im Bereich der Länder und der Kommunen vollständig und grundsätzlich abschließend.

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft) steht gemäß Art. 72 Abs. 2 GG unter dem Erforderlichkeitsvorbehalt. Danach hat der Bund im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung das Gesetzgebungsrecht, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht.

Die Einbeziehung auch der öffentlichen Auftraggeber im Bereich der Länder und der Kommunen in das Pflichtenprogramm des (neu gefassten) § 45 KrWG ist im Sinne des Art. 72 Abs. 2 GG erforderlich. Denn eine bundesgesetzliche und damit bundeseinheitliche Regelung für alle öffentlichen Auftraggeber im Bereich des Bundes, der Länder und der Kommunen ist zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit in Deutschland erforderlich.

- Erstens: Die geplanten Änderungen sind weitgehend durch das Unionsrecht der EU (Art. 4 Abs. 3, Art. 9 Abs. 1 Buchst. b) und Buchstabe f), Art. 11 Abs. 1 und Art. 29 Abs. 2 i.V.m. Anhang IV Nr. 15 und Anhang IVa Nr. 7 Abfall-Rahmen Richtlinie) vorgegeben (s.o.). Die Bundesrepublik Deutschland als Gesamtstaat muss diese unionsrechtlichen Maßgaben in nationales Recht umsetzen und zwar auf allen Ebenen des öffentlichen Beschaffungswesens in Deutschland, also auf Ebene der öffentlichen Auftraggeber des Bundes, der Länder und der Kommunen. Eine alleinige Umsetzung des Abfallrechts der Union ausschließlich für die öffentlichen Auftraggeber auf der Ebene des Bundes kann die unionsrechtliche Umsetzungspflicht der Bundesrepublik Deutschland gegenüber der EU nicht vollständig erfüllen. Durch eine solche unvollständige Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben würde die Bundesrepublik Deutschland gegen ihre Umsetzungspflicht nach dem Primärrecht der EU verstoßen, sodass ein erfolgreiches Vertragsverletzungsverfahren der EU-Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland drohen würde.
- Zweitens: Es kann auch nicht darauf gebaut werden, dass die unionsrechtlichen Umsetzungspflichten der Bundesrepublik Deutschland für den Bereich der öffentlichen Auftraggeber der Länder und der Kommunen durch entsprechende Gesetzgebungsvorhaben der 16 Landesgesetzgeber erfüllt werden. Zum einen läuft die Frist für die vollständige Erfüllung der unionsrechtlichen Umsetzungspflicht gemäß Art. 2 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie (EU) 2018/851 vom 30. Mai 2018 am 5. Juli 2020 ab. Es ist ausgeschlossen, dass die Landesgesetzgeber bis zu diesem Zeitpunkt die erforderlichen Vorschriften in ihrem jeweiligen Landesrecht rechtzeitig ergänzen können. Allein in zeitlicher Hinsicht kann die Bundesrepublik Deutschland ihre unionsrechtlichen Umsetzungspflicht also nur durch ein Bundesgesetz erfüllen, das auch den Bereich der öffentlichen Auftraggeber der Länder



und der Kommunen umfasst. Zum anderen droht bei einer Umsetzung der abfallrechtlichen Vorgaben der EU durch die 16 Landesgesetzgeber eine Zersplitterung der Vorschriften über die Beschaffungspflichten der öffentlichen Auftraggeber von Bund, Ländern und Kommunen. Durch diese Zersplitterung der beschaffungsbezogenen Vorschriften für die öffentlichen Auftraggeber in Deutschland würde es jedenfalls zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen zulasten länderübergreifend tätiger Anbieter von Bau-, Liefer- und Dienstleistungen kommen, gegebenenfalls auch zu Umsetzungsdefiziten, die von der EU-Kommission durch ein Vertragsverletzungsverfahren entzündet werden könnten.

- Drittens: Divergierende Vorschriften über die Berücksichtigung von umweltbezogenen Aspekten auf Ebene einerseits der Bundesgesetzgebung und andererseits der Landesgesetzgebung würde in einem eng verflochtenen Wirtschaftsraum wie der Bundesrepublik Deutschland zu grundsätzlich unterschiedlichen wettbewerbs- und vergaberechtlichen Standards führen. Eine solche Zersplitterung des beschaffungsbezogenen Rechtsrahmens in Deutschland würde eine unzumutbare Behinderung für Unternehmen darstellen, die sich bundesweit und über Landesgrenzen hinweg um öffentliche Aufträge und Konzessionen bewerben. Eine solche Zersplitterung kann daher weder im Interesse des Bundes noch im Interesse der Länder hingenommen werden. Nicht ohne Grund hat der Bundesgesetzgeber bereits vor Jahren in § 97 Abs. 3 GWB bundesgesetzlich geregelt, dass umweltbezogene Aspekte bei der Vergabe nach Maßgabe des 4. Teils des GWB (§§ 97 ff. GWB) – also bundesweit einheitlich für alle öffentlichen Auftraggeber des Bundes, der Länder und Kommunen – berücksichtigt werden. Die hier beschriebene drohende Zersplitterung des deutschen Abfall- und Vergaberechts ist bereits Realität: Während Rheinland-Pfalz (vgl. § 2 LKrWG RP), Thüringen (vgl. § 2 ThürAGKrWG) und Sachsen (vgl. § 10 Sächs-KrWBodSchG) in den letzten Jahren sukzessive vergleichsweise fortschrittliche Vorschriften geschaffen haben, geht das jeweilige Landesabfall- und -vergaberecht in den übrigen Bundesländern kaum über eine bloß politische Programmatik (wie § 45 KrWG in seiner aktuellen Fassung) hinaus. Eine bundeseinheitliche Regelung für alle Ebenen der öffentlichen Auftraggeber in Bund, Ländern und Kommunen ist daher zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet und zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse dringend erforderlich.

Daher ist die Ausweitung des Geltungsbereichs des § 45 KrWG mit den geplanten Änderungen auf die öffentlichen Auftraggeber im Bereich der Länder und der Kommunen geboten.

Des Weiteren sollten nicht nur öffentliche Aufträge im Sinne des § 103 Abs. 1 GWB in den Geltungsbereich von § 45 KrWG einbezogen werden, sondern zusätzlich auch Konzessionen im Sinne des § 105 GWB, die von öffentlichen Auftraggebern im Sinne des § 99 GWB vergeben werden. Denn auch die Vergabe von Konzessionen und die dabei vom Konzessionsgeber im Sinne des §



101 Abs. 1 Nr. 1 GWB gestellten Bedingungen können erhebliche Auswirkungen auf die in der Richtlinie (EU) 2018/851 vom 30. Mai 2018 adressierten Umweltaspekte haben.

In § 45 Abs. 1 Satz 1 KrWG-RefE sollte daher einleitend formuliert werden:

*„Öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Konzessionsgeber im Sinne des § 101 Absatz 1 Nummer 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sind verpflichtet, [...]“*

## **2. Folgeänderung**

Sollte, wie von uns vorgeschlagen, der Geltungsbereich der Beschaffungspflichten nach § 45 Abs. 1 und Abs. 2 KrWG-RefE auf öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99 GWB und auf Konzessionsgeber im Sinne des § 101 Abs. 1 Nr. 1 GWB ausgeweitet werden, würde sich die auf Gesellschaften des privaten Rechts bezogene Regelung in § 45 Abs. 3 KrWG-RefE erübrigen, weil juristische Personen des privaten Rechts dann bereits über den Begriff des öffentlichen Auftraggebers gemäß § 99 Nr. 2 i.V.m. § 101 Abs. 1 Nr. 1 GWB in den Geltungsbereich von § 45 KrWG einbezogen wären.

(Nur) als Folgeänderung sollte daher § 45 Abs. 3 KrWG-RefE gestrichen werden.

## **3. Neustrukturierung und Änderungen des Pflichtenprogramms gemäß § 45 Abs. 2 Satz 1 KrWG-RefE**

Die verschiedenen Aspekte des Pflichtenprogramms in § 45 Abs. 2 Satz 1 KrWG-RefE können unseres Erachtens besser miteinander in Einklang gebracht werden, um insbesondere das Potenzial, das die Regelung im Hinblick auf die Förderung der Kreislaufwirtschaft hat, besser auszuschöpfen und für die öffentlichen Auftraggeber besser nutzbar zu machen. Auch auf eine eindeutigere Terminologie sollte geachtet werden. Im Einzelnen:

### **a) Ergänzung des Erzeugnis-Begriffs um die Begriffe „Stoffe und Gegenstände“**

Das Pflichtenprogramm des § 45 Abs. 2 Satz 1 KrWG-RefE bezieht sich hinsichtlich des Beschaffungsgegenstands auf „Erzeugnisse“. Der Erzeugnis-Begriff wird weder im KrWG noch im KrWG-RefE legaldefiniert. Im abfallrechtlichen Zusammenhang kann der Begriff auch als Synonym für Produkt im Sinne des Gegenteils von Abfall i.S.d. § 3 Abs. 1 KrWG verstanden werden (vgl. z.B. § 3 Abs. 20 KrWG). Ein solches Begriffsverständnis scheint zumindest teilweise auch dem Referententwurf zugrunde zu liegen (vgl. z.B. § 23 KrWG-RefE). Ein solches enges Begriffsverständnis, das vor allem Abfälle aus dem Erzeugnis-Begriff ausschließt, würde das Pflichtenprogramm des § 45 KrWG-RefE von vornherein auf einen wichtigen Kernbereich der Kreislaufwirtschaft nicht anwendbar sein, nämlich auf die Kreislaufführung von Abfällen durch ihre Verwertung im Zuge dafür geeigneter Verwertungsmaßnahmen im Bereich der öffentlichen Hand. Das wäre angesichts der gesetzlichen Zwecksetzung in § 1 KrWG, die nunmehr durch § 1 Abs. 2 KrWG-RefE auch auf die



Förderung des Erreichens der europarechtlichen Recycling- und sonstigen Quoten ausgerichtet werden soll, unverständlich und kontraproduktiv. Daher sollten in § 45 Abs. 2 Satz 1 KrWG-RefE neben dem Erzeugnis-Begriff auch die Begriffe „Stoffe“ und „Gegenstände“ aufgenommen werden, die § 3 Abs. 1 KrWG als Begriffsgrundlage des Abfallbegriffs verwendet.

In § 45 Abs. 2 Satz 1 KrWG-RefE sollte daher im ersten Satzteil vor der Aufzählung formuliert werden:

*„Die Verpflichteten nach Absatz 1 haben, insbesondere unter Berücksichtigung der §§ 6 bis 8, bei der Gestaltung von Arbeitsabläufen, bei der Beschaffung oder Verwendung von Material und Gebrauchsgütern, bei Bauvorhaben und sonstigen Aufträgen Erzeugnissen, Stoffen und Gegenständen den Vorzug zu geben, die [...].“*

b) Vorrang der kreislaufwirtschaftsbezogenen Beschaffungspflichten in § 45 Abs. 2 Satz 1 KrWG-RefE

Der Referentenentwurf sieht in § 45 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis Nr. 4 KrWG-RefE zwei verschiedene Gruppen von Beschaffungspflichten der öffentlichen Auftraggeber vor:

- Einerseits speziell kreislaufwirtschaftsbezogene Pflichten: Diese Beschaffungspflichten zeichnen sich dadurch aus, dass sie speziell Aspekte der Kreislaufwirtschaft aufgreifen wie abfallarme Produktionsverfahren; Vorbereitung zur Wiederverwendung und Recycling, Einsatz von Rezyklaten; Langlebigkeit, Reparaturfreundlichkeit und sonstige Abfallvermeidung (weniger oder schadstoffarme Abfälle); Wiederverwendbarkeit und Recyclingfähigkeit oder sonst bessere Eignung zur umweltverträglichen Abfallbewirtschaftung. Diese Pflichten finden sich in Nr. 1 Var. 4, Nr. 2 Hs. 1, Nr. 3 und Nr. 4.
- Allgemein umweltbezogene Pflichten: Diese Beschaffungspflichten zeichnen sich dadurch aus, dass sie nicht speziell auf Aspekte der Kreislaufwirtschaft bezogen sind, sondern allgemeine Aspekte des Umweltschutzes aufgreifen wie rohstoffschonende, energiesparende, wassersparende und schadstoffarme Produktionsverfahren sowie Herstellung von Erzeugnissen aus nachwachsenden Rohstoffen. Diese Pflichten finden sich in Nr. 1 Var. 1 bis Var. 3 und Nr. 2 Hs. 2.

Es ist nicht klar, mit welcher Gewichtung diese verschiedenartigen Aspekte von öffentlichen Auftraggebern im Rahmen von Beschaffungsverfahren berücksichtigt werden sollen. Zum Teil ist es auch vorstellbar, dass die verschiedenartigen Aspekte – die kreislaufwirtschaftsbezogenen Aspekte einerseits und die allgemein umweltbezogenen Aspekte andererseits – im Einzelfall zu konfligierenden Zielstellungen führen, wobei unklar bleibt, welcher Zielstellung und also welchem speziell kreislaufwirtschaftsbezogenen oder allgemein umweltbezogenen Aspekt der Vorrang eingeräumt werden soll.



Unseres Erachtens muss § 45 Abs. 2 KrWG-RefE gemäß der gesetzlichen Zweckgebung für das Kreislaufwirtschaftsrecht, nämlich die Kreislaufwirtschaft zur Schonung der natürlichen Ressourcen zu fördern und den Schutz von Mensch und Umwelt bei der Erzeugung und Bewirtschaftung von Abfällen sicherzustellen (vgl. § 1 KrWG), den klaren Schwerpunkt bei den kreislaufwirtschaftsbezogenen Beschaffungspflichten setzen. Daher sollten die Beschaffungspflichten in § 45 Abs. 2 Satz 1 KrWG-RefE dahingehend systematisch neu geordnet werden, dass zunächst die kreislaufwirtschaftsbezogenen Beschaffungspflichten normiert und als ausdrücklich vorrangig bezeichnet werden. Erst im Anschluss daran und nachrangig dazu, soweit also Aspekte der Kreislaufwirtschaft nicht entgegenstehen, sollten die übrigen Umweltaspekte von öffentlichen Auftraggebern bei ihren Beschaffungen berücksichtigt werden müssen.

Darüber hinaus ist das allgemein umweltbezogene Tatbestandsmerkmal der Herstellung von Erzeugnissen aus nachwachsenden Rohstoffen in Nr. 2 Var. 3 ist unseres Erachtens den anderen Tatbestandsmerkmalen in Nr. 2 Var. 1 und Var. 2, die speziell auf Aspekte der Kreislaufwirtschaft bezogenen sind, nicht systematisch passen zugeordnet. Das Tatbestandsmerkmal der Herstellung von Erzeugnissen aus nachwachsenden Rohstoffen sollte systematisch passend zu den übrigen allgemein umweltbezogenen Tatbestandsmerkmalen in Nr. 1 verschoben werden.

Weiterhin sind in § 45 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 und Nr. 4 KrWG-RefE Tatbestandsmerkmale, die auf jeweils verschiedenartige Aspekte der Kreislaufwirtschaft bezogen sind, miteinander vermengt worden:

- Einerseits geht es um Aspekte der Abfallvermeidung. Das betrifft die Tatbestandsmerkmale der Langlebigkeit und der Reparaturfreundlichkeit in Nr. 3 Var. 1 und Var. 2 sowie das Tatbestandsmerkmal der Verursachung von weniger oder schadstoffärmeren Abfällen in Nr. 4 Var. 1.
- Andererseits geht es um Aspekte der Förderung von abfallhierarchisch vorrangigen und hochwertigen Verwertungsmaßnahmen. Das betrifft die Tatbestandsmerkmale der Wiederverwendbarkeit und Recyclingfähigkeit in Nr. 3 Var. 3 und Var. 4 sowie das Tatbestandsmerkmal der besseren Eignung zur umweltverträglichen Abfallbewirtschaftung in Nr. 4 Var. 2.

Diese verschiedenartigen Aspekte sollten in Nr. 3 und Nr. 4 einander jeweils passend zugeordnet werden.

Ferner verbindet der Referentenentwurf die verschiedenen Tatbestandsmerkmale in § 45 Abs. 2 Satz 1 KrWG-RefE derzeit mit der Konjunktion „oder“. Die Vorschrift lässt sich also dahingehend verstehen, dass ein öffentlicher Auftraggeber seine Beschaffungspflichten nach dieser Vorschrift bereits dann erfüllt hat, wenn er auch nur einen einzigen Aspekt in den Bedingungen seines Beschaffungsvorgangs adressiert. Öffentliche Auftraggeber sollten ihre Vergabebedingungen aber im Sinne der Kreislaufwirtschaft möglichst so gestalten, dass alle in § 45 Abs. 2 Satz 1 KrWG-RefE



angesprochenen Kreislaufwirtschaftsaspekte bestmöglich berücksichtigt werden. Daher sollte bei der Aufzählung in § 45 Abs. 2 Satz 1 KrWG-RefE die Konjunktion „und“ verwendet werden.

c) Ergänzung der allgemein umweltbezogenen Beschaffungspflicht in § 45 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 KrWG-RefE um das Kriterium des Klimaschutzes

Nach der allgemein auf den Umwelt- und Ressourcenschutz bezogenen Beschaffungspflicht des § 45 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 KrWG-RefE müssen die öffentlichen Auftraggeber Erzeugnissen den Vorzug zu geben, die in rohstoffschonenden, energiesparenden, wassersparenden, schadstoffarmen oder abfallarmen Produktionsverfahren hergestellt worden sind. Mit den 4 umweltbezogenen Tatbestandsmerkmalen „rohstoffschonend“, „energiesparend“, „wassersparend“ und „schadstoffarm“ sind wesentliche Aspekte des Umweltschutzes angesprochen. Es fehlt aber der Aspekt des Klimaschutzes, der seit längerem von besonderer Bedeutung für die Umweltpolitik ist. In § 45 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 KrWG-RefE (nach unserem Vorschlag verschoben in einen neuen § 45 Abs. 2 Satz 2 KrWG) sollte daher noch das Tatbestandsmerkmal „klimaschonend“ ergänzt werden.

Darüber hinaus verbindet der Referentenentwurf auch die verschiedenen umweltbezogenen Tatbestandsmerkmale in § 45 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 KrWG-RefE derzeit mit der Konjunktion „oder“. Die Vorschrift lässt sich also dahingehend verstehen, dass ein öffentlicher Auftraggeber seine Beschaffungspflichten nach dieser Vorschrift bereits dann erfüllt hat, wenn er auch nur einen einzigen Aspekt in den Bedingungen seines Beschaffungsvorgangs adressiert. Öffentliche Auftraggeber sollten ihre Vergabebedingungen aber im Sinne des Umweltschutzes möglichst so gestalten, dass alle in § 45 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 KrWG-RefE angesprochenen Umweltaspekte (zuzüglich des Klimaschutzes und der Herstellung aus nachwachsenden Rohstoffen) bestmöglich berücksichtigt werden. Daher sollte bei der Aufzählung in § 45 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 KrWG-RefE (nach unserem Vorschlag verschoben in einen neuen Satz 2) die Konjunktion „und“ verwendet werden.

d) Formulierungsvorschläge

In § 45 Abs. 2 Satz 1 KrWG-RefE sollte daher formuliert werden:

*„(2) Die Verpflichteten nach Absatz 1 haben, insbesondere unter Berücksichtigung der §§ 6 bis 8, bei der Gestaltung von Arbeitsabläufen, bei der Beschaffung oder Verwendung von Material und Gebrauchsgütern, bei Bauvorhaben und sonstigen Aufträgen vorrangig Erzeugnissen den Vorzug zu geben, die*

*1. in ~~rohstoffschonenden, energiesparenden, wassersparenden, schadstoffarmen oder abfallarmen~~ Produktionsverfahren hergestellt worden sind,*

*2. durch Vorbereitung zur Wiederverwendung oder durch Recycling von Abfällen, insbesondere unter Einsatz von Rezyklaten, ~~oder aus nachwachsenden Rohstoffen~~ hergestellt worden sind,*



*3. sich durch Langlebigkeit und Reparaturfreundlichkeit, ~~Wiederverwendbarkeit und Recyclingfähigkeit~~ auszeichnen und auch sonst im Vergleich zu anderen Erzeugnissen zu weniger oder schadstoffärmeren Abfällen führen und*

*4. ~~im Vergleich zu anderen Erzeugnissen zu weniger oder schadstoffärmeren Abfällen führen oder~~ sich durch Wiederverwendbarkeit und Recyclingfähigkeit auszeichnen und sich auch sonst besser zur umweltverträglichen Abfallbewirtschaftung eignen.“*

In § 45 Abs. 2 Satz 2 (neu) KrWG-RefE sollte daher unter Berücksichtigung unseres Vorschlags, das Tatbestandsmerkmal „nachwachsende Rohstoffe“ aus § 45 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 KrWG-RefE hierhin zu verschieben, formuliert werden:

*„Im Übrigen haben die Verpflichteten nach Absatz 1 Erzeugnissen den Vorzug zu geben, die in rohstoffschonenden, energiesparenden, klimaschonenden, wassersparenden und schadstoffarmen ~~abfallarmen~~ Produktionsverfahren oder aus nachwachsenden Rohstoffen hergestellt worden sind.“*

**4. Weitere Förderung der Abfallvermeidung: Klarstellung, dass sich die Beschaffungspflichten in § 45 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 KrWG-RefE auch auf Nebenprodukte beziehen**

In § 45 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 KrWG-RefE wird im wesentlichen die Abfallhierarchie nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 KrWG aufgegriffen, in dem die öffentlichen Auftraggeber bei Beschaffungserzeugnissen den Vorzug geben müssen, die durch Vorbereitung zur Wiederverwendung oder durch Recycling von Abfällen hergestellt worden sind. So richtig dieser Änderungsvorschlag im Sinne der Förderung einer hochwertigen und abfallhierarchisch vorrangigen stofflichen Verwertung von Abfällen ist, lässt er doch die Abfallvermeidung außer Betracht. Das ist unverständlich, weil die Abfallvermeidung gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 3 Abs. 20 KrWG gegenüber der stofflichen Verwertung wiederum abfallhierarchisch vorrangig ist. Ein zentrales und wesentliches Instrument der Abfallvermeidung ist die Förderung der Nachfrage und die Schaffung von Märkten für Nebenprodukte. Denn Stoffe oder Gegenstände können gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 1 KrWG nur dann als Nebenprodukt qualifiziert werden, wenn sichergestellt ist, dass sie weiter verwendet werden – was eine Nachfrage bzw. einen Markt voraussetzt. In dem Maß, wie die Nachfrage und die Märkte für solche Materialien und folglich die Erlangung des Nebenprodukt-Status gefördert werden, werden also Abfälle vermieden im Sinne des § 3 Abs. 20 KrWG. Die Förderung der Möglichkeit, Stoffe und Gegenstände nach § 4 Abs. 1 KrWG als Nebenprodukt einzustufen, ist also als Abfallvermeidungsmaßnahme gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 1 KrWG sogar noch vorrangig gegenüber der Vorbereitung zur Wiederverwendung und dem Recycling von Abfällen und muss daher an erster Stelle genannt werden. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die insoweit in Betracht kommenden Stoffe und Gegenstände, die die öffentlichen Auftraggeber bei ihren Bauvergaben als Baumaterialien zulassen können, häufig in großindustriellen Prozessen kontinuierlich in sehr großen Mengen (und in gütegesicherten Qualitäten) anfallen; als Beispiel können Schlacken aus metallurgischen Prozessen



genannt werden. Angesichts der großen Massen, für die die Begründung der Abfalleigenschaft durch ein ressourcenschonendes Beschaffungswesen der öffentlichen Auftraggeber in Deutschland vermieden werden kann, ist eine klarstellende ausdrückliche Erwähnung von Nebenprodukten umwelt- und abfallpolitisch geboten. Daher sollten die Beschaffungspflichten der öffentlichen Auftraggeber in § 45 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 KrWG-RefE einleitend ausdrücklich auf Nebenprodukte bzw. Erzeugnisse erstreckt werden, die aus Nebenprodukten hergestellt worden sind.

Unter Berücksichtigung unseres Vorschlags zur systematischen Neuordnung der Vergabepflichten nach § 45 Abs. 2 Satz 1 KrWG-RefE (s.o.) sollte daher in § 45 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 (neu) KrWG-RefE einleitend formuliert werden:

*„Die Verpflichteten nach Absatz 1 haben [...] vorrangig Erzeugnissen den Vorzug zu geben, die*

*[...]*

*2. aus Nebenprodukten, durch Vorbereitung zur Wiederverwendung oder durch Recycling von Abfällen, insbesondere unter Einsatz von Rezyklaten, ~~oder aus nachwachsenden Rohstoffen~~ hergestellt worden sind [...].“*

## 5. Folgeänderungen

Da nach unserem Vorschlag der jetzige § 45 Abs. 2 Satz 1 KrWG-RefE in 2 Sätze aufgespalten wird (s.o.), müsste der jetzige Satz 2 zum Satz 3 werden, der neue Satz 3 müsste dann Bezug nehmen auf die S. 1 und 2.

In § 45 Abs. 2 Satz 3 (neu) KrWG-RefE sollte daher einleitend formuliert werden:

*„Die Pflichten der Sätze 1 und 2 gelten, [...].“*

## 6. Begründungspflicht der öffentlichen Auftraggeber für Ausnahmen von den Beschaffungspflichten des § 40 Abs. 2 Satz 1 KrWG-RefE

Zu Recht sieht der Referentenentwurf vor, dass die Beschaffungspflichten nur insoweit gelten, als die Erzeugnisse für den vorgesehenen Verwendungszweck geeignet sind, durch ihre Beschaffung oder Verwendung keine unzumutbaren Mehrkosten entstehen und keine anderen Rechtsvorschriften entgegenstehen. Soweit aber ein öffentlicher Auftraggeber von der Regelung in § 45 Abs. 2 Satz 2 KrWG-RefE Gebrauch machen und im Einzelfall die Beschaffungspflichten nach § 45 Abs. 2 Satz 1 KrWG-RefE teilweise oder ganz nicht umsetzen will, sollte er verpflichtet sein, in dem von ihm in seinem Beschaffungsverfahren anzufertigenden Vergabevermerk eine entsprechende Begründung für seine Entscheidung zu dokumentieren, aus welchen Gründen er die Beschaffungspflichten nach § 45 Abs. 2 Satz 1 KrWG-RefE inwiefern nicht umsetzen will und sich dazu gemäß § 45 Abs. 2 Satz 2 KrWG-RefE berechtigt sieht. Nur so kann im Einzelfall transparent und nachprüfbar nachvollzogen werden, welche Gründe der öffentliche Auftraggeber für ein Abweichen von den



Beschaffungspflichten nach § 45 Abs. 2 Satz 1 KrWG-RefE geltend macht. Zudem zwingt eine solche Begründungspflicht den öffentlichen Auftraggeber dazu, sich über seine grundsätzlichen Beschaffungspflichten und die Notwendigkeit einer tragfähigen Rechtfertigung für ein Abweichen davon in einem möglichst frühen Stadium des Vergabeverfahrens bewusst zu werden.

In § 45 Abs. 2 KrWG-RefE sollte daher folgender letzter Satz angefügt werden:

*„Die Verpflichteten nach Absatz 1 müssen Abweichungen von den Pflichten der Sätze 1 und 2 nachvollziehbar begründen und die Begründung im Vergabevermerk dokumentieren.“*

## **7. Ausdrückliche Regelung des vergaberechtlichen Rechtsschutzes**

Im Referentenentwurf des Bundesumweltministeriums mit Stand vom 27. Juni 2019 war noch die Einfügung eines neuen § 45 Abs. 4 KrWG-RefE über den vergaberechtlichen Rechtsschutz hinsichtlich der Beschaffungspflicht nach § 45 Abs. 2 KrWG-RefE vorgesehen. Diese Regelung ist im Referentenentwurf mit Stand vom 5. August 2019 nicht mehr enthalten. Eine Begründung hat das Bundesumweltministerium dafür nicht mitgeteilt, sie ist auch sonst nicht ersichtlich. Die ursprünglich geplante Einfügung des neuen § 45 Abs. 4 KrWG-RefE ist aber lediglich die logische Konsequenz aus der geplanten Neuregelung der Beschaffungspflichten der öffentlichen Auftraggeber in § 45 Abs. 2 KrWG-RefE. Es gibt daher keinen Grund, auf diese ursprünglich geplante Einfügung des § 45 Abs. 4 KrWG-RefE zu verzichten. Zumindest aus Gründen der Klarstellung, dass es sich bei den Beschaffungspflichten nach § 45 Abs. 2 KrWG um justiziable Rechtspflichten handelt, muss die ursprünglich geplante Einfügung eines neuen § 45 Abs. 4 KrWG wieder in den Gesetzentwurf aufgenommen werden.

In § 45 Abs. 4 KrWG-RefE sollte daher formuliert werden:

*„(4) Die Pflichten nach Absatz 2 sind Bestimmungen über das Vergabeverfahren im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Der Anspruch von Unternehmen auf Einhaltung dieser Pflichten richtet sich nach § 97 Absatz 6 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 10 des Gesetzes vom 12. Juli 2018 (BGBl. I S. 1151) geändert worden ist, im Übrigen nach den allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Schutz vorvertraglicher Schuldverhältnisse.“*

## **IV. Zusammenfassung: Änderungsvorschläge zu § 45 KrWG-RefE**

Zusammenfassend schlagen wir daher folgende Änderungen in § 45 KrWG-RefE vor, wobei wir die Änderungsfassung des Referentenentwurfs mit Ihren Markierungen (Schrift schwarz formatiert) zugrunde legen und unsere Änderungsvorschläge dazu entsprechend markieren (Schrift farbig formatiert):



## § 45 Pflichten der öffentlichen Hand

(1) ~~Die Behörden des Bundes sowie die der Aufsicht des Bundes unterstehenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts, Sondervermögen und sonstigen Stellen~~ Öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 99 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Konzessionsgeber im Sinne des § 101 Absatz 1 Nummer 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sind verpflichtet, durch ihr Verhalten zur Erfüllung des Zweckes des § 1 beizutragen. ~~Insbesondere haben sie unter Berücksichtigung der §§ 6 bis 8 bei der Gestaltung von Arbeitsabläufen, der Beschaffung oder Verwendung von Material und Gebrauchsgütern, bei Bauvorhaben und sonstigen Aufträgen zu prüfen, ob und in welchem Umfang~~

1. ~~Erzeugnisse eingesetzt werden können,~~
  - a) ~~die sich durch Langlebigkeit, Reparaturfreundlichkeit und Wiederverwendbarkeit oder Verwertbarkeit auszeichnen,~~
  - b) ~~die im Vergleich zu anderen Erzeugnissen zu weniger oder zu schadstoffärmeren Abfällen führen oder~~
  - c) ~~die durch Vorbereitung zur Wiederverwendung oder durch Recycling aus Abfällen hergestellt worden sind, sowie~~
2. ~~die nach dem Gebrauch der Erzeugnisse entstandenen Abfälle unter besonderer Beachtung des Vorrangs der Vorbereitung zur Wiederverwendung und des Recyclings verwertet werden können.~~

(2) Die Verpflichteten nach Absatz 1 haben, insbesondere unter Berücksichtigung der §§ 6 bis 8, bei der Gestaltung von Arbeitsabläufen, bei der Beschaffung oder Verwendung von Material und Gebrauchsgütern, bei Bauvorhaben und sonstigen Aufträgen vorrangig Erzeugnissen, Stoffen und Gegenständen den Vorzug zu geben, die

1. in rohstoffschonenden, energiesparenden, wassersparenden, schadstoffarmen oder abfallarmen Produktionsverfahren hergestellt worden sind,
2. aus Nebenprodukten, durch Vorbereitung zur Wiederverwendung oder durch Recycling von Abfällen, insbesondere unter Einsatz von Rezyklaten, oder aus nachwachsenden Rohstoffen hergestellt worden sind,
23. sich durch Langlebigkeit und, Reparaturfreundlichkeit, Wiederverwendbarkeit und Recyclingfähigkeit auszeichnen und auch sonst im Vergleich zu anderen Erzeugnissen zu weniger oder schadstoffärmeren Abfällen führen uodernd



34. sich durch Wiederverwendbarkeit und Recyclingfähigkeit auszeichnen und im Vergleich zu anderen Erzeugnissen zu weniger oder schadstoffärmeren Abfällen führen oder sich auch sonst besser zur umweltverträglichen Abfallbewirtschaftung eignen.

Im Übrigen haben die Verpflichteten nach Absatz 1 Erzeugnissen den Vorzug zu geben, die in rohstoffschonenden, energiesparenden, klimaschonenden, wassersparenden, schadstoffarmen und abfallarmen Produktionsverfahren oder aus nachwachsenden Rohstoffen hergestellt worden sind.

Die Pflichten desr Satzesätze 1 und 2 giltgelten, soweit die Erzeugnisse für den vorgesehenen Verwendungszweck geeignet sind, durch ihre Beschaffung oder Verwendung keine unzumutbaren Mehrkosten entstehen und keine anderen Rechtsvorschriften entgegenstehen. Die Verpflichteten nach Absatz 1 müssen Abweichungen von den Pflichten der Sätze 1 und 2 nachvollziehbar begründen und die Begründung im Vergabevermerk dokumentieren.

(23) Die innach Absatz 1 Satz 1 genannten Stellen Verpflichteten wirken im Rahmen ihrer Möglichkeiten darauf hin, dass die Gesellschaften des privaten Rechts, an denen sie beteiligt sind, die Verpflichtungen nach Absatz 1 und 2 beachten.

(34) Die öffentliche Hand hat im Rahmen ihrer Pflichten nach den Absätzen 1 und 2 bis 3 Regelungen für die Verwendung von Erzeugnissen oder Materialien sowie zum Schutz von Mensch und Umwelt nach anderen Rechtsvorschriften zu berücksichtigen.

(5) Die Pflichten nach Absatz 2 sind Bestimmungen über das Vergabeverfahren im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Der Anspruch von Unternehmen auf Einhaltung dieser Pflichten richtet sich nach § 97 Absatz 6 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 10 des Gesetzes vom 12. Juli 2018 (BGBl. I S. 1151) geändert worden ist, im Übrigen nach den allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Schutz vorvertraglicher Schuldverhältnisse.