



Optimierung des Rechtsrahmens für den Einsatz mineralischer Ersatzbaustoffe bei öffentlichen Bauvergaben

–

Politik-Memorandum

Ziel des Abfall- und Vergaberechts sowie der einschlägigen Programme und Politiken ist es, mineralische Ersatzbaustoffe zu Bauzwecken einzusetzen (Soll-Zustand).

Nach Abfallrecht sollen mineralische Ersatzbaustoffe aus Gründen der Kreislaufwirtschaft und des damit bezweckten Umwelt- und Ressourcenschutzes möglichst zu Bauzwecken verwendet werden. Neben den gesetzlichen Zielbestimmungen in Art. 1 EU-AbfRRL und § 1 KrWG kommt das auch im abfallhierarchischen Vorrang des Recyclings, in der 70 Gew.-%-Quote für die stoffliche Verwertung von Bau- und Abbruchabfällen gemäß Art. 11 Abs. 2 Buchst. b) EU-AbfRRL und § 14 Abs. 3 KrWG sowie in der erweiterten Herstellerverantwortung bzw. Produktverantwortung gemäß Art. 8 AbfRRL und § 23 KrWG zum Ausdruck.

Das gleiche Ziel verfolgen auch alle einschlägigen abfallwirtschaftlichen Programme und Politiken der EU (z. B. Strategie „Europa 2020“, „Agenda 2030“, EU-Protokoll Bau- und Abbruchabfälle) und Deutschlands (z.B. Abfallvermeidungsprogramm 2013, Nationale Nachhaltigkeitsstrategie, ProgRess I, ProgRess II). Nach Vergaberecht sollen mineralische Ersatzbaustoffe in Bauvergabeverfahren Berücksichtigung finden, um die Bauvergabeverfahren auf diese Weise als Instrument zur Förderung des Umweltschutzes und der Ressourcenschonung einzusetzen („Green Public Procurement“). Es ist also ein gemeinsames Ziel des Abfall- und des Vergaberechts sowie der abfall- und vergabewirtschaftlichen Programme und Politiken, mineralische Ersatzbaustoffe zu Bauzwecken einzusetzen.

Zu den hier angesprochenen mineralischen Ersatzbaustoffen gehören Materialien, die die Abfalleigenschaft noch aufweisen, ebenso wie Materialien, die bereits das Abfallende erreicht haben und deswegen nicht mehr als Abfall zu qualifizieren sind, und Nebenprodukte, die zu keinem Zeitpunkt als Abfall zu qualifizieren sind.

Die Vorschriften zur Förderung des Einsatzes von mineralischen Ersatzbaustoffen bei öffentlichen Bauaufträgen begründen (fast alle) keine verbindlichen Pflichten und keine einklagbaren Rechte (Bestandsaufnahme).

Vor diesem normativen und programmatisch-politischen Hintergrund haben die Gesetzgeber in Bund und Ländern abfall- und vergaberechtliche Vorschriften normiert, die die vorstehend beschriebenen abfall- und vergaberechtlichen sowie die programmatisch-politischen Vorgaben in die Rechtspraxis umsetzen sollen. Diese

Rechtsvorschriften begründen aber fast durchweg keine verbindlichen Pflichten und keine einklagbaren Rechte – bis auf zwei Ausnahmen (Rheinland-Pfalz und Thüringen).

Die abfallrechtlichen Grundpflichten zur Vermeidung und Verwertung von Abfällen finden mit Blick auf die Entscheidung öffentlicher Auftraggeber, ob sie bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge (auch) mineralische Ersatzbaustoffe zulassen, schon keine Anwendung, weil sich diese Grundpflichten nicht an die öffentlichen Auftraggeber, sondern u.a. an Anlagenbetreiber sowie an Erzeuger und Besitzer von Abfällen als Pflichtenadressaten richten.

Daher haben zwar die Gesetzgeber in Bund und Ländern spezielle abfallrechtliche Vorschriften geschaffen, mit denen der Einsatz mineralischer Ersatzbaustoffe in öffentlichen Bauvergabeverfahren gefördert werden soll (z.B. § 45 KrWG). Diese Vorschriften des Bundes und fast aller Länder begründen aber keine verbindlichen Rechtspflichten zu Lasten der öffentlichen Auftraggeber und keine Rechte bzw. Ansprüche zu Gunsten Dritter. Rheinland-Pfalz und zuletzt Thüringen sind die einzigen Länder, die in § 2 LKrWG RP bzw. § 2 Abs. 2 ThürAGKrWG zulasten der jeweiligen öffentlichen Stellen in den beiden Ländern eine verbindliche Pflicht zur Bevorzugung der genannten Erzeugnisse/Produkte normiert haben, die einklagbare Rechte bzw. Ansprüche von Bietern in einem Vergabeverfahren schafft.

Umweltschutzbezogene vergaberechtliche Vorschriften der EU, des Bundes und der Länder ändern daran nichts: Das Vergaberecht ermöglicht es öffentlichen Auftraggebern zwar, den Einsatz mineralischer Ersatzbaustoffe bei Bauvergaben zuzulassen und gezielt zu fördern. Das Vergaberecht hält für die öffentlichen Auftraggeber insoweit aber nur ein bloßes „Optionen-Menü“ bereit, jedoch keine verbindlichen Pflichten. Rechte oder Ansprüche von Bietern werden insoweit nicht begründet.

Die existierenden abfall- und vergaberechtlichen Vorschriften sind daher (fast alle) nicht durchsetzbar und nicht vollziehbar (Ist-Zustand).

In der Rechtsanwendungspraxis können daher die bisher normierten abfall- und vergaberechtlichen Vorschriften des Bundes und der Länder (fast) alle nicht effektiv durchgesetzt und vollzogen werden. Eine Ausnahme bilden Rheinland-Pfalz (§ 2 LKrWG RP) und Thüringen (§ 2 Abs. 2 ThürAGKrWG). Der abfallbehördliche Vollzug der abfallrechtlichen Vorschriften ist nur sehr eingeschränkt in der Lage, in Bauvergabeverfahren den Einsatz mineralischer Ersatzbaustoffe durchzusetzen, weil ein Vollzug notwendiger Weise auf die großenteils wenig zwingenden und wenig verbindlichen Vorgaben beschränkt bleiben muss und es zudem zweifelhaft ist, ob die für den Vollzug zuständigen Behörden den notwendigen (verwaltungs-) politischen Willen aufbringen und über die dafür notwendigen personellen Ressourcen verfügen. Zudem sind fast alle Vorschriften nicht drittschützend und damit weder vor den Verwaltungsgerichten noch vor den Vergabenachprüfungsinstanzen zu Gunsten Dritter justiziabel.

Rheinland-Pfalz und Thüringen sind die einzigen Länder, die einklagbare Rechte bzw. Ansprüche von Bietern in einem Vergabeverfahren geschaffen haben. Bieter können diese Rechte bei Oberschwellen-Vergaben in einem Vergabenachprüfungsverfahren vor den Vergabenachprüfungsinstanzen und bei Unterschwellen-Vergaben in einem Zivilprozess vor den ordentlichen Gerichten geltend machen.

Es besteht also eine erhebliche Diskrepanz zwischen Anspruch und Wirklichkeit (Fazit).

Die abfall- und vergaberechtliche Rechtslage weist somit eine bemerkenswert große Diskrepanz zwischen Anspruch und Wirklichkeit auf: Einerseits ist der gesamte einschlägige abfall- und vergaberechtliche sowie der programmatisch-politische Rechtsrahmen auf die Förderung des Einsatzes von mineralischen Ersatzbaustoffen bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge ausgerichtet. Andererseits sind die einschlägigen abfall- und vergaberechtlichen Vorschriften von Bund und Ländern in der Rechtsanwendungspraxis nur in ganz untergeordnetem Umfang (Rheinland-Pfalz und Thüringen) durchsetzbar und vollziehbar.

Der Rechtsrahmen sollte daher durch ergänzende Gesetzgebung optimiert werden (Lösung).

Es ist empfehlenswert, anstelle einer Intensivierung des abfallbehördlichen Vollzugs der bestehenden abfallrechtlichen Vorgaben Ansprüche oder sonstige Rechte der am Vergabeverfahren Beteiligten zu schaffen, die klageweise die Förderung des Einsatzes mineralischer Ersatzbaustoffe bei öffentlichen Bauvergaben durchsetzen können. Diese Vorgehensweise hat den Vorteil, dass die am Einsatz mineralischer Ersatzbaustoffe maßgeblich Interessierten selbst bewerten können, in welchen räumlichen und sachlichen Bereichen (Region des Sitzes des öffentlichen Bauauftraggebers, Art der Bauleistung, Art der geeigneten mineralischen Ersatzbaustoffe) der Einsatz mineralischer Ersatzbaustoffe unter Berücksichtigung der jeweiligen Marktverhältnisse besonders forciert werden sollte.

Solche Ansprüche/Rechte Dritter sollten auf das betreffende Vergabeverfahren bezogen sein. Ergänzende Vorschriften können dabei entweder unmittelbar im Vergaberecht normiert werden – dann sowohl im Vergaberecht des Bundes (gleichmaßen im Oberschwellen- wie Unterschwellen-Vergaberecht) als auch im Vergaberecht der Länder (Unterschwellen-Vergaberecht auf Länderebene). Alternativ sollten die zu ergänzenden Vorschriften in Abänderung der bislang regelmäßig unzureichenden abfallrechtlichen Bestandsregelungen in das Abfallrecht des Bundes und der Länder eingefügt werden.

Die zu ergänzenden Vorschriften könnten wie folgt lauten (Lösungsvorschlag):

„(1) ¹Die öffentlichen Auftraggeber sind verpflichtet, bei Bauaufträgen Baumaterialien zuzulassen,

1. die als Nebenprodukte im Sinne des § 4 KrWG erzeugt worden sind oder
2. die aus Abfällen hergestellt worden sind unabhängig davon, ob die Baumaterialien noch als Abfall im Sinne des § 3 Abs. 1 KrWG anzusehen sind oder gemäß § 5 KrWG keine Abfälle mehr sind.

²Die Pflicht nach Satz 1 kann der öffentliche Auftraggeber erfüllen, entweder indem er derartige Baumaterialien in den Vergabeunterlagen als Baumaterialien zulässt oder indem er Nebenangebote zulässt, die den Einsatz derartiger Baumaterialien vorsehen, wobei er dann die entsprechenden sachlich gerechtfertigten und verhältnismäßigen Mindestanforderungen festzulegen hat. ³Die Pflicht nach Satz 1 entfällt, wenn und soweit

1. es keine derartigen Baumaterialien gibt, die für die vorgesehenen Bauzwecke geeignet sind,
2. durch den Einsatz derartiger Baumaterialien unzumutbare Mehrkosten für den öffentlichen Auftraggeber entstünden oder
3. andere Rechtsvorschriften der Verwendung derartiger Baumaterialien entgegenstehen.

(2) ¹Die öffentlichen Auftraggeber sind verpflichtet, die Zuschlagskriterien so festzulegen und deren Gewichtung so zu gestalten, dass die in Absatz 1 Satz 1 genannten Materialien im sachlich gerechtfertigten Umfang gleichberechtigt wie aus Primärrohstoffen hergestellte Baumaterialien eingesetzt werden können. ²Die Anforderungen gemäß § 127 Abs. 4 GWB sind einzuhalten.

(3) ¹Die Pflichten nach Absatz 1 und Absatz 2 sind Bestimmungen über das Vergabeverfahren im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und über das zivilrechtliche Schuldverhältnis, das mit dem Beginn eines Vergabeverfahrens entsteht. ²Der Anspruch von Unternehmen auf Einhaltung dieser Pflichten richtet sich nach § 97 Abs. 7 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, im Übrigen nach den allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über vorvertragliche Schuldverhältnisse.“

Wenn die vorstehenden Vorschriften im Vergaberecht des Bundes und der Länder eingefügt werden, kann der Absatz 3 entfallen.