

**Ersatzbaustoffe – Akzeptanz oder Diskriminierung ?  
Möglichkeiten der Akzeptanzsteigerung für den Einsatz  
von Ersatzbaustoffen / Sekundärbaustoffen**

**Rechtsgutachterliche Stellungnahme  
von Rechtsanwältin Dr. Birgit Stede  
Landsberg am Lech  
[www.b-ste.de](http://www.b-ste.de)  
Juni 2018**

## **1. Einführung**

Ersatzbaustoffe können in vielen Einbauweisen hervorragend Primärbaustoffe ersetzen und sind aufgrund der guten technischen Eigenschaften Primärbaustoffen teilweise sogar überlegen. Auch werden über den Einsatz dieser Baustoffe natürliche Rohstoffe geschont, was dem Gebot der Ressourcenschonung umfänglich entspricht. Daher soll nach den politischen Willensbekundungen der Einsatz von Ersatzbaustoffen gefördert werden.

Dennoch stoßen Ersatzbaustoffe immer noch auf erhebliche Akzeptanzprobleme. In öffentlichen Ausschreibungen werden Ersatzbaustoffe immer wieder explizit ausgeschlossen. Doch auch die private Bauwirtschaft zögert, solche Baustoffe zu verwenden. Dieses Zögern wird durch behördliche Anforderungen teilweise noch beflügelt.

Erzeuger von Ersatzbaustoffen fordern daher schon lange, gesetzliche Grundlagen zu schaffen, um eine höhere Akzeptanz für diese Sekundärbaustoffe zu erzielen. So wurde auch im Rahmen der Diskussionen zur Mantelverordnung (MantelV) stets die Forderung erhoben, der Gesetzes- / Verordnungsgeber möge im Rahmen der Arbeiten an dieser Verordnung eine Akzeptanzförderung für den Einsatz von Ersatzbaustoffen verbindlich festschreiben. Doch wurden diese Anregungen – jedenfalls bislang – nicht aufgegriffen. Vielmehr wurde regelmäßig entgegnet, eine verbindliche Verpflichtung der öffentlichen Hand, so insbesondere der Kommunen, könne nicht vorgegeben werden. Hierüber würde zu stark in die kommunale Planungshoheit eingegriffen.

Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, welche rechtlichen Möglichkeiten bestehen, die Akzeptanz für den Einsatz von Ersatzbaustoffen zu fördern. Hierbei sollen die allgemeinen abfallrechtlichen und vergaberechtlichen Möglichkeiten nur

kurz beleuchtet werden, da diese aufgrund bisheriger umfassender Ausarbeitungen<sup>1</sup> bereits öffentlich diskutiert werden. Vielmehr sollen weitere mögliche Ansätze aufgezeigt werden. Schließlich wird belegt, dass bei einer weitergehenden Verpflichtung der öffentlichen Hand und damit auch der Kommunen zum vorrangigen Einsatz von Ersatzbaustoffen / Sekundärbaustoffen tatsächlich nicht und nicht in unzulässiger Weise in die kommunale Planungshoheit eingegriffen wird.

## **2. Die Ziele der Kreislaufwirtschaft...**

Hierfür sei zunächst kurz auf die grundlegenden Ziele der Kreislaufwirtschaft verwiesen: Gemäß § 6 Abs. 1 KrWG stehen die Maßnahmen zur Vermeidung und Abfallbewirtschaftung in folgender Hierarchiefolge, nach der

1. Abfälle vorrangig zu vermeiden sind, wobei die Wiederverwendung als Abfallvermeidung gilt,
2. nicht vermeidbare Abfälle einer Vorbereitung zur Wiederverwendung zuzuführen sind, wobei die anschließende (zulässige) Wiederverwendung wiederum der Abfallvermeidung zugeordnet wird,<sup>2</sup>
3. Abfälle der stofflichen Verwertung, dem Recycling, und nachrangig
4. der sonstigen Verwertung, insbesondere der energetischen Verwertung und der Verfüllung zuzuführen und
5. letzttrangig zu beseitigen sind.

Diese Formulierung entspricht im Wesentlichen Art. 4 Abs. 1 der europäischen Abfallrahmenrichtlinie,<sup>3</sup> die wiederum die umweltpolitischen Zielsetzungen der Europäischen Union konkretisiert. Danach liegt eines der grundlegenden Ziele der europäischen Umweltpolitik in der umsichtigen und rationellen Verwendung der natürlichen Ressourcen.<sup>4</sup>

Der Einsatz von Ersatzbaustoffen / Sekundärbaustoffen entspricht umfänglich dieser umweltpolitischen Zielsetzung. Werden geeignete Ersatzbaustoffe bei Bauvorhaben eingesetzt, so werden Primärbaustoffe eingespart; hierüber wird eine umsichtige und rationelle Verwendung der natürlichen Ressourcen ermöglicht.

---

<sup>1</sup> So insbesondere durch Franßen, siehe z.B. „Rechtliche Möglichkeiten bei öffentlichen Ausschreibungen – Schaffung fairer Wettbewerbsbedingungen für den Einsatz von Recyclingbaustoffen“; in: TK Verlag, Thomé-Kosmiensky u.a., mineralische Nebenprodukte und Abfälle. Band 1, 2017, S. 47ff

<sup>2</sup> Kropp in: v. Lersner, Wendenburg, Versteyl, Recht der Abfallbeseitigung, Kommentar, Band 1, § 3 KrWG, Rn. 159; Beckmann in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Kommentar, Band II; § 6 KrWG, Rn. 27

<sup>3</sup> Richtlinie 2008/98/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Abfälle und zur Aufhebung bestimmter Richtlinien; Abl. Nr. 312/3 vom 22.11.2008

<sup>4</sup> Art. 197 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union – AEUV

### **3. ... und die Umsetzung durch die öffentliche Hand**

Doch kann die Zielsetzung, Primärrohstoffe einzusparen, nur dann verwirklicht werden, wenn der Einsatz der Ersatzbaustoffe auch tatsächlich erfolgt. Somit können die Kreisläufe nur geschlossen werden, wenn die Materialien, die durch Aufbereitungsprozesse als Ersatzbaustoff neu erzeugt werden, wie etwa RC-Baustoffe, oder aber als Nebenprodukt entstehen, wie etwa Stahlwerksschlacken, auch tatsächlich verwendet werden.

Die öffentliche Hand veranlasst in erheblichem Maße Baumaßnahmen, seien es öffentliche Gebäude, sei es der Gesamtkomplex Straßen- und Wegebau, sei es der Deponiebau etc.. Die öffentliche Hand ist somit in großem Umfang Verwender von Baustoffen. Doch werden in öffentlichen Ausschreibungen Ersatzbaustoffe oftmals noch explizit ausgeschlossen, sodass bei diesen Baumaßnahmen infolge der öffentlichen Auftragsvergaben keine Ersatz- / Sekundärbaustoffe verwendet werden.

Werden jedoch solche Ersatzbaustoffe von der Verwendung durch die öffentliche Hand ausgeschlossen, so läuft die Zielsetzung, natürliche Ressourcen zu schonen, und damit auch die Verwendung der aus Aufbereitungsprozessen stammenden respektive der als Nebenprodukt eingestufteten Sekundärbaustoffe ins Leere. Dies steht der umweltpolitischen Zielsetzung, natürliche Rohstoffvorkommen zu schonen, diametral entgegen.

Diese Vorbehalte werden auf die private Bauwirtschaft übertragen. Insoweit sei auf die der öffentlichen Hand eigentlich zustehende Vorbildfunktion verwiesen, zur Verwirklichung der Zielsetzung der Ressourcenschonung vorrangig Ersatzbaustoffe zu verwenden und hierüber Primärrohstoffe einzusparen. Die Vorbehalte gegenüber Ersatzbaustoffen werden zudem vonseiten der zuständigen Überwachungsbehörden zum Teil genährt, indem höhere Anforderungen an den Einsatz von Sekundärbaustoffen aufgestellt werden als bei Primärbaustoffen, anstatt den Vorbehalten entgegenzutreten.

#### **4. Grundlegende abfall- und vergaberechtliche Möglichkeiten zur Akzeptanzsteigerung**

Die vergaberechtlichen Möglichkeiten zur Akzeptanzsteigerung sollen an dieser Stelle nicht vertieft werden. Insoweit sei auf die Veröffentlichungen von *Franßen* verwiesen, der bereits umfassend dargestellt hat, dass auf Basis des Vergaberechts der Einsatz von Ersatzbaustoffen / Recyclingbaustoffen verstärkt werden müsse. Ferner müsse den Bietern in einem Bauvergabeverfahren das Recht zugesprochen werden, die Überprüfung von abfall- und vergaberechtliche Vorgaben zur Berücksichtigung bzw. zum gleichberechtigten - oder sogar vorrangigen - Einsatz von Ersatzbaustoffen verlangen zu können.<sup>5</sup>

Insoweit sei auch hier hervorgehoben, dass mit der Vergabe von Aufträgen der öffentlichen Hand eine Vorbildfunktion zukommt. Denn bei einem vermehrten und ‚offensiven‘ Einsatz von Ersatzbaustoffen durch die öffentliche Hand würden die bestehenden Vorbehalte gegen Ersatzbaustoffe, die die private Bauwirtschaft bis hin zum Privatmann, der eine Baumaßnahme verwirklichen möchte, noch hegt, abgebaut werden können.

Hinzu kommen die abfallrechtliche Vorschriften. Sowohl das KrWG als auch die Landes-Abfallgesetze beinhalten insoweit Vorgaben, nach denen die jeweils zugeordneten Behörden im Rahmen ihrer Aufgabenerfüllung zur Erfüllung der Zwecke des KrWG beizutragen haben, also der Förderung der Kreislaufwirtschaft zur Schonung der natürlichen Ressourcen.<sup>6</sup> Letztlich beinhaltet § 45 Abs. 1 KrWG - wie im Übrigen der überwiegende Teil der abfallrechtlichen Vorgaben der Länder - letztlich aber nur Prüfpflichten. Eine verbindliche Regelung, vorrangig Ersatzbaustoffe / Sekundärbaustoffe einzusetzen und im Übrigen auch bei öffentlichen Ausschreibungen zu verlangen, ist zurzeit nur vereinzelt gegeben.<sup>7</sup>

Entsprechend wäre § 45 Abs. 1 KrWG wie folgt umzuformulieren:

---

<sup>5</sup> siehe z.B. Franßen, „Rechtliche Möglichkeiten bei öffentlichen Ausschreibungen – Schaffung fairer Wettbewerbsbedingungen für den Einsatz von Recyclingbaustoffen“; in: TK Verlag, Thomé-Kosmiensky u.a., mineralische Nebenprodukte und Abfälle. Band 1, 2017, S. 47ff

<sup>6</sup> siehe § 45 Abs. 1 KrWG; siehe auch beispielhaft Art. 2 des bayerischen Abfallgesetzes oder § 2 des nordrhein-westfälischen Abfallgesetzes

<sup>7</sup> Eine verstärkte Verpflichtung enthält § 2 Abs. 1 des rheinland-pfälzischen Kreislaufwirtschaftsgesetzes; ähnlich formuliert im thüringer Abfallwirtschaftsgesetz; siehe hierzu auch Franßen, a.a.O.

*„Die Behörden des Bundes sowie die der Aufsicht des Bundes unterstehenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts, Sondervermögen und sonstige Stellen, die Dienststellen der Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände sowie die sonstigen der Aufsicht der Länder und Gemeinden unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, Beliehene und die Träger der Straßenbaulast 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 sowie bei der Ausschreibung und Vergabe öffentlicher Aufträge solchen Produkten den Vorzug zu geben, die*

...  
...“

Erforderlich ist mithin eine gesetzliche Verpflichtung, sowohl bei eigens durchgeführten Arbeiten als auch bei Ausschreibungen und der Vergabe von öffentlichen Aufträgen zwingend vorrangig geeignete Ersatzbaustoffe zu verwenden. Diese Verpflichtung muss auch von den Bietern eingefordert werden können.<sup>8</sup>

Doch selbst dann, wenn der Bund keine solch weitreichenden, die Länder und Kommunen verpflichtenden Vorgaben treffen will oder sich aus verfassungsrechtlichen Gründen hieran gehindert sieht,<sup>9</sup> müsste eine entsprechende gesetzliche Klarstellungen erfolgen. So könnte im KrWG klargestellt werden, dass die Länder ihrerseits vorzugeben haben, dass die öffentliche Hand einschließlich die juristischen Personen des öffentlichen Rechts sowie Beliehene verpflichtet sind, vorrangig geeignete Sekundärrohstoffe / Ersatzbaustoffe zu verwenden, was auch im Rahmen öffentlicher Ausschreibungen und der Vergabe öffentlicher Aufträge zwingend zu beachten ist.

## **5. Beweislastumkehr**

Im Rahmen der MantelV – hier: der EBV – sollen die möglichen Einbauweisen von Ersatzbaustoffen und die ggf. hierfür erforderlichen technischen Sicherungsmaßnahmen im Wege der Einbautabellen bundeseinheitlich vorgegeben werden. Daneben bestehen z.B. für den Deponiebau bereits die Anforderungen der DepV i.V.m. den

---

<sup>8</sup> So auch Franßen, a.a.O.

<sup>9</sup> Siehe hierzu Burghart in: Leibholz/Rinck, Grundgesetz, Kommentar, Art. 28, Rn. 337 sowie 352

einschlägigen bundeseinheitlichen Qualitätsstandards (BQS). Zudem bestehen ländereigene Erfahrungen sowie Sachverständigengutachten, die belegen, dass bestimmte Sekundärbaustoffe / Ersatzbaustoffe für bestimmte Verwendungen geeignet und umweltverträglich sind.

Um die Verbindlichkeit des vorrangigen Einsatzes von Ersatzbaustoffen / Sekundärbaustoffen zu stärken und angesichts dieser ohnehin umfassend untersuchten, bewerteten und als umweltverträglich eingeschätzten Einbauweisen sollte eine Beweislastumkehr eingeführt werden. Diese ist dahingehend auszugestalten, dass die öffentliche Hand nachzuweisen hat, weshalb bestimmte Ersatzbaustoffe / Sekundärbaustoffe in einem konkreten Bauvorhaben nicht zur Verwendung geeignet sein sollen und daher nicht zum Einsatz kommen dürfen.<sup>10</sup>

Entsprechende Regelungen zur Beweislastumkehr existierten etwa beim Sachmangel gem. § 477 BGB oder durch Richterrecht z.B. bei der Arzthaftung und der Produkthaftung. Auch nach dem Umwelthaftungsgesetz wird vermutet, dass ein Schaden durch eine Anlage verursacht wurde, wenn diese nach den Gegebenheiten tatsächlich geeignet ist, den Schaden zu verursachen. Die bisherigen Regelungen zur Beweislastumkehr betreffen mithin vorwiegend Schadensersatzansprüche, bei denen für den Geschädigten nur begrenzt die Möglichkeit besteht, den Ursachennachweis (den Kausalitätsnachweis) für den eingetretenen Schaden zu führen.

Insoweit sei aber auf die oben dargelegten grundlegenden umweltpolitischen Ziele verwiesen: Danach liegt eines der grundlegenden Ziele der europäischen Umweltpolitik in der umsichtigen und rationellen Verwendung der natürlichen Ressourcen.<sup>11</sup> Diese Zielsetzung soll durch die Kreislaufwirtschaft verwirklicht werden. Das bedeutet umgekehrt, dass Ressourcenverschwendung als Umweltschaden gewertet wird. Sollen mithin dieser Zielsetzung Rechnung getragen und Umweltschäden vermieden werden und diese politische Zielsetzung effektiv umgesetzt werden, so wäre eine solche Beweislastumkehr dringend geboten.

In § 45 KrWG sollte mithin inhaltsgemäß folgender Absatz eingefügt werden:

*„Sollen bestimmte aus Recycling gewonnene Sekundärrohstoffe, so insbesondere Ersatzbaustoffe (als gewonnene Recyclingbaustoffe), oder Sekundär-*

---

<sup>10</sup> Ähnlich, doch ohne Verweis auf eine Beweislastumkehr, Wendenburg auf der Podiumsdiskussion „Kreislaufwirtschaft – sind Quoten alles?“ am 16. Mai 2018 im Rahmen der IFAT, zitiert in Euwid 23/2018 vom 5. Juni 2018

<sup>11</sup> Art. 197 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union – AEUV

*baustoffe (als Nebenprodukt), deren Geeignetheit und Umweltverträglichkeit für bestimmte Verwendungen durch Verordnung oder durch sachverständige Gutachten bestätigt wird, nicht eingesetzt werden, so hat die betreffende öffentliche Stelle nachvollziehbar zu begründen und nachzuweisen, weshalb diese Ersatzbaustoffe / Sekundärbaustoffe in der konkreten Verwendung nicht eingesetzt werden können.“*

Letztlich könnte diese Beweispflicht von jedem Bieter entsprechender Ersatz- / Sekundärbaustoffe im Rahmen von öffentlichen Ausschreibungen und der Vergabe von öffentlichen Aufträgen eingefordert werden.

## **6. Abfall versus Produkt**

Nach dem Kabinettsbeschluss der MantelV ist vorgesehen, dass z.B. Recycling-Baustoffe der Kategorie RC-1 als aus Abfällen neu gewonnene Produkte eingestuft werden können (§ 20 EBV). Ferner sollen z.B. Stahlwerksschlacken SWS-1 als Nebenprodukt eingestuft werden können (§ 19 EBV). Damit soll dem Ziel der Abfallvermeidung und dem Gebot der Schonung natürlicher Ressourcen nachgekommen werden.

Andere Materialien, die nicht den in §§ 19, 20 EBV genannten Fraktionen zugeordnet werden können, müssten hingegen weiterhin als Abfall vermarktet werden. Dem Begriff „Abfall“ lastet jedoch bedauerlicherweise ein Makel an. Ein Makel, der keineswegs gerechtfertigt ist angesichts der geprüften und umweltverträglichen Verwendungsmöglichkeiten auch dieser Materialfraktionen.

Die Einstufung als Nebenprodukt bzw. als wiedergewonnenes Produkt entspricht hingegen § 4 und § 5 KrWG. Gem. § 4 Abs. 1 KrWG muss sichergestellt sein, dass das Nebenprodukt

1. weiter verwendet wird,
2. eine weitere, über ein normales industrielles Verfahren hinausgehende Vorbehandlung hierfür nicht erforderlich ist,
3. der Stoff oder Gegenstand als integraler Bestandteil eines Herstellungsprozesses erzeugt wird und
4. die weitere Verwendung rechtmäßig ist; dies ist der Fall, wenn der Stoff oder Gegenstand alle für seine jeweilige Verwendung anzuwendenden Produkt-, Umwelt- und Gesundheitsschutzanforderungen erfüllt und insgesamt nicht zu schädlichen Auswirkungen auf Mensch und Umwelt führt.

Diese Voraussetzungen, so insbesondere auch § 4 Abs. 1 Nr. 4 KrWG, sind z.B. für Stahlwerksschlacken gegeben. Sei es, dass in der EBV bestimmte Einbauweisen vorgegeben werden, sei es, dass die Anforderungen der DepV i.V.m. den einschlägigen BQS für den Deponiebau eingehalten werden, sei es durch gutachterliche Untersuchung und Bewertung: Stellt sich heraus, dass das Material – so also auch z.B. SWS-2 – für die jeweilige Verwendung geeignet und umweltverträglich ist, also keine schädlichen Auswirkungen auf Mensch und Umwelt zu besorgen sind, so ist die Verwendung rechtmäßig.

Entsprechendes gilt für aus Abfällen gewonnene Recyclingprodukte. Denn auch nach § 5 KrWG müssen die Materialien so beschaffen sein, dass

1. sie üblicherweise für bestimmte Zwecke verwendet werden,
2. ein Markt oder eine Nachfrage nach ihnen besteht,
3. alle für die jeweilige Zweckbestimmung geltenden technischen Anforderungen sowie alle Rechtsvorschriften und anwendbaren Normen für Erzeugnisse erfüllt werden sowie
4. die Verwendung insgesamt nicht zu schädlichen Auswirkungen auf Mensch oder Umwelt führt.

Auch diese Voraussetzungen liegen vor, wenn die Geeignetheit und Umweltverträglichkeit für die jeweiligen Zwecke über die in der EBV vorgegebenen Einbauweisen bzw. das Deponierecht bzw. durch sachverständige Gutachten bestätigt wird.

Eine Einstufung aller entsprechend der EBV eingestufteten Ersatz-/Sekundärbaustoffe als (Neben-)Produkt entspricht mithin den gesetzlichen Vorgaben.

Um dennoch klarzustellen, dass es sich nicht um einen Primärbaustoff handelt, kann anstelle des Abfallbegriffs der Begriff „Sekundärbaustoff“ verbindlich eingeführt werden, kombiniert mit der jeweils konkreten Materialart (Beispiel: Sekundärbaustoff – RC-2 oder z.B. Sekundärbaustoff - SWS-2). Und darauf, dass bestimmte Materialien nur für bestimmte Verwendungen vorzusehen sind, kann gleichfalls – wie im Übrigen bei vielen handelsüblichen Produkten wie etwa Farben und Holzschutzmitteln auch – verpflichtend hingewiesen werden.

Der Abfallbegriff sollte hingegen für Ersatz- / Sekundärbaustoffe generell entfallen.



## 7. Die kommunale Selbstverwaltung

Sowohl im Rahmen des § 45 KrWG als auch z.B. im Rahmen der EBV sind entsprechende verbindliche Regelungen möglich, da auch die Gemeinden im Rahmen ihrer kommunalen Selbstverwaltung zur Einhaltung der Gesetze verpflichtet sind und zur Verwirklichung der umweltpolitischen Zielsetzungen beizutragen haben.

Die kommunale Selbstverwaltung ist verfassungsrechtlich gewährleistet. Gem. Art. 28 Abs. 2 Satz 1 Grundgesetz muss den Gemeinden das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Zur kommunalen Selbstverwaltung zählen

- die Gebietshoheit,
- die Planungshoheit,
- die Satzungshoheit,
- die Finanzhoheit sowie
- die Organisations- und Personalhoheit.

Im Rahmen der örtlichen Aufgaben handelt die Gemeinde eigenverantwortlich, sie entscheidet über das ‚Wie‘ der ihr übertragenen Aufgaben.<sup>12</sup> Hat der Gesetzgeber den Kreisen und Gemeinden Aufgaben zur eigenverantwortlichen Wahrnehmung zugewiesen, so fällt deren Erledigung grundsätzlich in den Gewährleistungsbereich des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG.<sup>13</sup>

### 7.1 Bindung an Gesetze

Diese Aufgabenerfüllung hat - fast selbstredend - im Rahmen des geltenden Rechts zu erfolgen, was in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG explizit klargestellt ist, wobei der Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie nicht berührt werden darf.<sup>14</sup> So würde insbesondere die Planungshoheit in Form der örtlichen Bauleitplanung durch entsprechende Vorgaben nicht berührt werden; eine Beschränkung der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung, so insbesondere der Planungshoheit der Kommunen,<sup>15</sup> ist in solch verpflichtenden Vorgaben nicht zu erkennen.

So ist z.B. eine Gemeinde ohnehin an das Grundgesetz und so auch den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebunden. Dies gilt auch für privatrechtliches

---

<sup>12</sup> „Über Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG wird mithin den Gemeinden und Gemeindeverbänden gewährleistet, die ihnen zugewiesenen Aufgaben eigenverantwortlich zu erledigen. so BVerfGE 137, 108 (158)

<sup>13</sup> BVerfGE 137, 108 (156 f.)

<sup>14</sup> Burghart in: Leibholz/Rinck, Grundgesetz, Kommentar, Art. 28, Rn. 351

<sup>15</sup> Siehe hierzu Burghart in: Leibholz/Rinck, Grundgesetz, Kommentar, Art. 28, Rn. 331

Handeln einer Gemeinde, so etwa beim Abschluss zivilrechtlicher Verträge.<sup>16</sup> Der Träger der öffentlichen Verwaltung ist somit umfassend und unmittelbar an die Grundrechte gebunden, auch dann, wenn er in privatrechtlicher Rechtsform tätig wird.<sup>17</sup>

Auch die städtebauliche Planung fällt traditionell in die Planungshoheit der Gemeinde, die Durchführung der Arbeiten, die öffentliche Bauvorhaben betreffen, erfolgt durch den eigenen Bauhof oder aber durch Auftragsvergaben in der Regel nach erfolgter Ausschreibung. Ein Ausschluss von geeigneten Ersatzbaustoffen und damit eine alleinige Akzeptanz von Angeboten mit Primärbaustoffen widerspricht hingegen dem Gleichheitsgrundsatz, der auch im Rahmen von Vergabeverfahren und öffentlichen Auftragserteilungen von Baumaßnahmen zu wahren ist.

## **7.2 Verpflichtung zur Wahrung der Umweltbelange**

Die umweltrechtlichen Vorgaben sind im Rahmen der Gesetzesbindung selbstredend und umfassend auch von den Gemeinden zu beachten und umzusetzen.

Entsprechendes ist für die Planungshoheit der Kommunen auch im Baugesetzbuch vorgegeben. Danach haben die Kommunen im Rahmen ihrer Bauleitplanung eine Vielzahl von Aspekten zu berücksichtigen. So sind gem. § 1 Abs. 6 BauGB im Rahmen der Bauleitplanung gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse, die Wohnbedürfnisse der Bevölkerung und die Belange der Wirtschaft zu berücksichtigen. Neben der Vielzahl weiterer Aspekte haben sie u.a. ohnehin die Belange des Umweltschutzes einschließlich des Naturschutzes und der Landschaftspflege sowie die Sicherung von Rohstoffvorkommen zu berücksichtigen.

Darüber hinaus werden bestimmte größere Kommunen z.B. durch das Bundes-Immissionsschutzgesetz unmittelbar verpflichtet, die Luftqualität zu überwachen und bei Bedarf Luftreinhaltepläne bzw. Lärmkarten und bei Bedarf Lärmaktionspläne zu erstellen. Über diese Maßnahmen soll für größere Städte verpflichtend die Immissions-situation verbessert werden. Auch obliegt auf Grundlage des KrWG i.V.m. den Landes-Abfallgesetzen überwiegend den Kreisen und kreisfreien Städten ohnehin die Entsorgung bestimmter Abfälle sowie die Verpflichtung zur Abfallberatung.

---

<sup>16</sup> so bereits BGH, Urteil vom 10.12.1958, Az. V ZR 70/57, BGHZ 29, 76; Stark in: von Mangoldt/Klein/Stark, Bonner Grundgesetz, Kommentar, Band 1, Art. 3 Rn. 24 mit umfangreichen Rechtsprechungsnachweisen sowie Rn. 255

<sup>17</sup> BGHZ 52, 325, 329 = BGH NJW 1969, 2195; BGH NJW 1976, 709; Mayer-Maly/Armbrüster in Münchener Kommentar, BGB, Allgemeiner Teil, § 138, Rn 20 m.w.N.

Damit haben die Kommunen aufgrund der Bindung an die Gesetze nicht nur die umweltrechtlichen Anforderungen zu wahren, sondern werden auf Grundlage bestimmter Vorgaben unmittelbar Verpflichtete ebensolcher Vorgaben.

Durchaus vergleichbar wären die Pflichten der öffentlichen Hand, zur Verwirklichung der Zielsetzung der Kreislaufwirtschaft beizutragen und den Nachhaltigkeitsgedanken mit Leben zu füllen. Daher würde eine Verpflichtung, nach der verbindlich im Rahmen der von der öffentlichen Hand veranlassten Baumaßnahmen vorrangig Ersatz-/Sekundärbaustoffe zur Schonung der natürlichen Ressourcen einzusetzen sind, den Grundsätzen der kommunalen Selbstverwaltung keineswegs widersprechen.

Zudem könnte bereits auf der Ebene des § 1 Abs. 6 BauGB zur Konkretisierung der Anforderung an die Rohstoffsicherung klargestellt werden, dass zur Verwirklichung der Zielsetzung der Kreislaufwirtschaft die natürlichen Ressourcen und damit Primärrohstoffe zu schonen und jedenfalls bei bestimmten Baumaßnahmen (auf Basis der Bauleitplanung) vorrangig Ersatz-/Sekundärbaustoffe zu verwenden sind.

## **8. Zusammenfassendes Ergebnis**

Im Ergebnis ist somit festzustellen, dass weiterreichende rechtliche Möglichkeiten bestehen, die öffentliche Hand zu einem vermehrten Einsatz von Ersatz-/Sekundärbaustoffen zu verpflichten. Ferner bestehen weitere Möglichkeiten, die Akzeptanz von Ersatzbaustoffen rechtsverbindlich zu fördern.

Aufgrund dessen, dass die öffentliche Hand in großem Umfang Verwender von Baustoffen ist und eine Vorbildfunktion innehat, kann auf Basis und in Wahrnehmung dieser Vorbildfunktion ein Markt für Ersatzbaustoffe / Sekundärbaustoffe geschaffen werden, wenn

- ⇒ die öffentliche Hand verpflichtet wird, bei eigens durchgeführten Baumaßnahmen sowie im Rahmen von Ausschreibungen und öffentlichen Aufträgen vorrangig Ersatzbaustoffe zu verwenden;
- ⇒ detailliert und nachvollziehbar zu begründen hat, weshalb (bestimmte) Ersatz-/Sekundärbaustoffe, die für bestimmte Verwendungen grundsätzlich geeignet und umweltverträglich sind, nicht verwendet werden sollen; die Beweislast muss bei der Stelle liegen, die der Auffassung ist, Ersatzbaustoffe ausschließen zu müssen (Beweislastumkehr). Eine rein ‚psychologisch‘ begründete Ablehnung

von bzw. Skepsis gegenüber Ersatz-/Sekundärbaustoffen ist nicht als Ablehnungsgrund anzuerkennen.

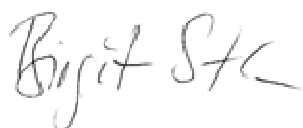
Alle erzeugten Ersatz- / Sekundärbaustoffe, die für bestimmte Verwendungen aufgrund von Verordnungen, so etwa der Einbautabellen der EBV oder der DepV i.V.m. den einschlägigen BQS bzw. auf Grundlage sachverständiger Gutachten als geeignet und umweltverträglich eingestuft sind, sind vom Abfallbegriff, dem leider ein Stigma anhaftet, auszunehmen.

Zudem sollte die Verwendung von Ersatzbaustoffen bekannt gemacht werden, um Akzeptanzproblemen vonseiten der privaten Bauherren / Baufirmen entgegenzutreten und das umweltpolitische Ziel der Ressourcenschonung zu fördern.

Letztlich sind die normativen Anforderungen an Ersatz-/Sekundärbaustoffe an die Anforderungen anzupassen, die für Primärbaustoffen ohne Weiteres gelten. Maßgeblich muss auch hier ausschließlich sein, welche Einbauweisen entsprechend der Verordnungen oder sachverständige Gutachten als geeignet und umweltverträglich eingestuft sind. Übersichtliche Dokumentationen, welche Materialien für welche Art von Baumaßnahmen abgegeben werden, müssen genügen.

Auch wird mit einer verbindlichen Verpflichtung der öffentlichen Hand und damit auch der Kommunen zum vorrangigen Einsatz von Ersatz-/Sekundärbaustoffen keineswegs in unzulässiger Weise in die kommunale Planungshoheit eingegriffen. Die Kommunen sind ohnehin verpflichtet, im Rahmen ihrer kommunalen Selbstverwaltung und so auch im Rahmen ihrer Planungshoheit die Gesetze, so insbesondere auch den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG, zu berücksichtigen. Auch sind die Kommunen gehalten, die umweltpolitischen Zielsetzungen umzusetzen.

Schließlich könnten auf der Ebene des Bauplanungsrechts Vorgaben getroffen werden, nach denen sowohl bei öffentlichen Bauvorhaben als auch im Rahmen der Bauleitplanung vorgegeben wird, dass jedenfalls bei bestimmten Baumaßnahmen vorrangig Ersatzbaustoffe / Sekundärbaustoffe zu verwenden sind.



Dr. Birgit Stede, Rechtsanwältin

Juni 2018

Diese rechtsgutachterliche Stellungnahme wurde im Auftrag einer Gruppe von Firmen erstellt, die das Gebot des Ressourcenschutzes ernst nehmen und verwirklichen wollen.