

## **OLG München gibt Nachprüfungsantrag der REMEX Mineralstoff GmbH gegen die bindende Vorgabe der thermischen Verwertung in Ausschreibung der Bayerischen Straßenbauämter zur Entsorgung von teer-/pechhaltigem Straßenaufbruch statt**

**Öffentliche Auftraggeber haben abfallrechtliche Vorgaben wie die Abfallhierarchie bei der Ausübung ihres Leistungsbestimmungsrechts zu berücksichtigen und müssen, wenn sie eine bestimmte Entsorgungsoption vorgeben wollen, im Hinblick auf die Auswirkungen auf Mensch und Umwelt einen Vergleich mit anderen, nicht offensichtlich minderwertigeren Entsorgungsoptionen anstellen und dokumentieren.**

Der Vergabesenat des Oberlandesgerichts (OLG) München hat mit Beschluss vom 09.03.2018 – Verg 10/17 in einem von der REMEX Mineralstoff GmbH mit den Kölner Rechtsanwälten Dr. Olaf Konzak, Bastian Gierling und Dr. Christian Suhl gegen den Freistaat Bayern geführten Nachprüfungsverfahren in Bezug auf die Entsorgung von teer- und pechhaltigem Straßenaufbruch aus den Bezirken der Staatlichen Bauämter Aschaffenburg, Schweinfurt und Würzburg zu Gunsten des Entsorgers entschieden und klargestellt, dass dem grundsätzlich weiten vergaberechtlichen Leistungsbestimmungsrecht öffentlicher Auftraggeber durch das Kreislaufwirtschaftsgesetz und die dort in § 6 normierte Abfallhierarchie Grenzen gesetzt sind.

Das Staatliche Bauamt Würzburg als Vergabestelle hatte in der Leistungsbeschreibung der Ausschreibung vorgegeben, dass der teer-/pechhaltige Straßenaufbruch thermisch zu verwerten sei. Gegen diese Vorgabe ist REMEX vorgegangen und hat gefordert, dass auch andere Verwertungsoptionen wie die Verwertung des Straßenaufbruchs als Ersatzbaustoff im Deponiebau zugelassen werden müssten.

Die Vergabestelle sah die verbindliche Vorgabe der thermischen Verwertung des Straßenaufbruchs als von ihrem vergaberechtlichen Leistungsbestimmungsrecht gedeckt an und hat die Vorgabe damit begründet, dass die in dem teer-/pechhaltigen Straßenaufbruch enthaltenen Schadstoffe, namentlich die polyzyklischen aromatischen Kohlenwasserstoffe (PAK), endgültig aus dem Stoffkreislauf ausgeschleust werden sollten. Dabei berief sie sich auf das Merkblatt 3.4/1 des Bayerischen Landesamtes für Umwelt (LfU), in dem die thermische Verwertung von teer-/pechhaltigem Straßenaufbruch als vorzugswürdig beschrieben wird, obwohl die Verwertung im Deponiebau und sogar die Beseitigung auf Deponien auch für weiterhin möglich erklärt werden.

REMEX hat sich im Nachprüfungsantrag gegen die verbindliche Vorgabe der thermischen Verwertung mit dem Argument gewehrt, dass die thermische Verwertung derzeit nur in einer Anlage in den Niederlanden möglich ist und dieser Entsorgungsweg aufgrund der weiten Transportwege zur Anlage nicht die umweltschonendste Behandlungsoption darstellt; da nach der Abfallhierarchie und den Vorgaben der §§ 7, 8 KrWG die Abfallbesitzer – und damit die den Straßenaufbruch übernehmenden Entsorgungsunternehmen – dazu verpflichtet sind, die umweltschonendste Entsorgungsoption zu wählen, sah REMEX in der Vorgabe der thermischen Behandlung eine Vorgabe zu rechtswidrigem Verhalten. Dabei konnte sich REMEX auf zwei umfangreiche Ökobilanz-Studien zur Entsorgung von teer-/pechhaltigem Straßenaufbruch stützen, eine Studie der Sonderabfallgesellschaft Rheinland-Pfalz aus dem Jahr 2007 und eine Studie des IFEU-Instituts aus dem Jahr 2016. Beide kommen zu

dem Ergebnis, dass die thermische Behandlung von teer-/pechhaltigem Straßenaufbruch in Anlagen in den Niederlanden nicht die umweltschonendste und ökoeffizienteste Entsorgungsmethode ist, sondern die Verwertung im Deponiebau vorzugswürdig ist. REMEX vertrat des Weiteren die Auffassung, dass eine Vergabestelle bei der Ausschreibung von Entsorgungsleistungen eine bestimmte Entsorgungsart nur auf Grundlage einer vorherigen Abwägung der in Betracht kommenden Entsorgungsoptionen und ihrer Auswirkungen auf Mensch und Umwelt vorgeben darf; wenn die Vergabestelle sich mit ihrer Vorgabe zu vorliegenden Ökobilanzierungen in Widerspruch setzt, muss sie ggfs. selbst eine Ökobilanzierung der von ihr gewünschten und der anderen in Betracht kommenden Entsorgungsoptionen vornehmen und damit nachweisen, dass die von ihr gewollte Entsorgungsoption im konkreten Fall auch tatsächlich die umweltschonendste ist. Bei mehreren in Betracht kommenden gleichwertigen Entsorgungsmethoden müsste die Vergabestelle auch Alternativen zulassen.

Nachdem die Vergabekammer Nordbayern zunächst der Vergabestelle Recht gegeben und den Nachprüfungsantrag abgelehnt hatte, hat das OLG München im Beschwerdeverfahren den Beschluss der Vergabekammer aufgehoben und ist der Argumentation von REMEX weitestgehend gefolgt.

Das OLG sieht zwar keine Verpflichtung einer Vergabestelle, eine umfassende Ökobilanzierung im Umfang etwa der IFEU-Studie zu erstellen, wenn sie bei der Vergabe von Entsorgungsleistungen eine bestimmte Verwertungsmaßnahme vorgeben will. Aber die Vergabestelle muss dem OLG zu Folge, wenn sie einen ganz bestimmten Umgang mit dem Abfall vorschreiben und alle sonstigen nicht von vorneherein offensichtlich nachrangigen Verwertungs- bzw. Entsorgungsoptionen ausschließen will, jedenfalls die zentralen Aspekte, die für oder gegen die beabsichtigte Festlegung sprechen, gegenüberstellen und unter Berücksichtigung der grundlegenden Konzeption des KrWG bewerten.

Dass dies im vorliegenden Fall geschehen wäre, konnte das OLG aus den Vergabeunterlagen der Straßenbauämter nicht erkennen. Diese haben sich nach Auffassung des OLG nur an den umwelt- und gesundheitspolitischen Zielsetzungen auf Landes- und Bundesebene orientiert, wie sie im LfU-Merkblatt zum Ausdruck kommen. Sie haben nicht die Verwertung im Deponiebau als andere, zulässige wesentliche Verwertungsoption in ihre Überlegungen mit einbezogen und keine nach dem KrWG gebotene vergleichende Wertung vorgenommen. Genau das erachtet das OLG jedoch für erforderlich.

Im Hinblick auf die Entsorgung von teer-/pechhaltigem Straßenaufbruch sieht das OLG zwar die beiden Alternativen thermische Verwertung und Verwertung im Deponiebau grundsätzlich als eng beieinanderliegend an. Für die thermische Verwertung spricht dem OLG zu Folge der Vorteil einer zeitnahen, endgültigen Beseitigung potentiell gefährlicher Schadstoffe. Dagegen spricht für das OLG jedoch, dass die thermische Verwertung derzeit nur in den Niederlanden möglich ist und den Transport des Abfalls in die Niederlande erfordert, was mit entsprechenden Umweltfolgen verbunden ist. Die Vergabestelle hätte nach Ansicht des OLG neben den transportbedingten Umweltfolgen der thermischen Verwertung auch prüfen und berücksichtigen müssen, dass die thermische Verwertung in den Niederlanden zu Emissionen führt, welcher Energieeinsatz nötig ist und in welcher Größenordnung überhaupt wiederverwendbares Material aus der thermischen Behandlung gewonnen wird. Die Absicht bzw. Motivation, die gefährlichen PAK zu zerstören, genügt dem OLG als Begründung für die Vorgabe der thermischen Verwertung jedenfalls nicht. Außerdem hätte die Vergabestelle auch die tatsächlichen Risiken für Mensch und Umwelt bei der alternativen Verwertung im Deponiebau prüfen und bewerten müssen. Dabei hat das OLG ausdrücklich auf den

Widerspruch hingewiesen, dass die Oberste Bayerische Baubehörde in einem Schreiben vom 29.11.2017 den Wiedereinbau von aufbereiteten teer-/pechhaltigen Straßenausbaustoffen in Staatsstraßen für zulässig erklärt hat, die Vergabestelle dagegen den Verbau auf einer Deponie wegen etwaiger Restrisiken für Umwelt und menschliche Gesundheit für nicht akzeptabel hält.

Die Straßenbauämter müssen nun das Vergabeverfahren in das Stadium vor der Bekanntmachung zurückzusetzen und unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut über die Vorgaben für die Entsorgung des teer-/pechhaltigen Straßenaufbruchs entscheiden.

Das OLG München hat nun erstmals konkrete Anforderungen formuliert, welche die öffentliche Auftraggeber bei der Ausübung ihres vergaberechtlichen Leistungsbestimmungsrechts zu berücksichtigen haben, wenn sie bei der Ausschreibung von Entsorgungsleistungen eine bestimmte Entsorgungsoption vorgeben möchten. Damit hat das OLG München die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf fortentwickelt. Bereits 2012 hatte das OLG Düsseldorf (Beschluss vom 01.08.2012 – VII-Verg 105/11) festgestellt, dass das KrWG und die Abfallhierarchie das Leistungsbestimmungsrecht der öffentlichen Auftraggeber beeinflussen können und die Einhaltung der abfallrechtlichen Vorgaben durch die Auftraggeber im Rahmen eines Vergabenachprüfungsverfahrens inzident mit zu prüfen sind. Zudem hat das OLG klargestellt, dass die thermische Verwertung von teer-/pechhaltigem Straßenaufbruch nicht ohne Weiteres als die vorzugswürdige Entsorgungsoption betrachtet werden kann.

Köln, im Juni 2018

Dr. Olaf Konzak, Bastian Gierling, Dr. Christian Suhl  
c/o LLR Legerlotz Laschet und Partner Rechtsanwälte-Partnerschaft mbB,  
Mevisenstraße 15, 50668 Köln