



DAV-Position „Ende der Abfalleigenschaft von Ausbauasphalt und Rechtmäßigkeit von Sicherheitsleistung für die Lagerung“

Der Deutsche Asphaltverband e.V. (kurz: DAV) vertritt die Interessen der asphaltherstellenden und -einbauenden Unternehmen in Deutschland. Asphalt ist der dominierende Baustoff im Bereich der Straßenverkehrsinfrastruktur, über 90% aller Straßen in Deutschland sind Asphaltstraßen.

Asphalt ist aufgrund der thermoplastischen Eigenschaften des verwendeten Bindestoffs Bitumen in herausragender Weise für eine Mehrfachverwendung geeignet. Der Vorgang von temperaturbedingter Erweichung und Erhärtung ist umkehrbar. Durch diese besondere Typik des Bindestoffs kann Asphalt vollständig wiederverwendet werden. Dies geschieht in erster Linie in den Mischwerken durch Zugabe von Ausbauasphalt bei der Herstellung von neuem Asphalt. Die Wiederverwendung stellt die höchste und beste Form des Recyclings dar. Der von zu erneuernden Straßen gewonnene Asphaltaufbruch (Ausbauasphalt¹) verbleibt in Form des Granulats und der eins-zu-eins-Nutzung in neuem Asphalt in einem nachhaltigen Stoffkreislauf, ohne dass eine besondere Form der Auftrennung von Fremdstoffen oder nichtnutzbaren Anteilen erforderlich ist.

Annähernd alle stationären Mischwerke in Deutschland verfügen über entsprechende technische Einrichtungen. Die Wiederverwertung ist heute flächendeckend gewährleistet; die Quote der Wiederverwendung von Asphalt bewegt sich konstant im Bereich von ca. 90% des aus den alten Straßen zurückgewonnenen Ausbauaspaltes.

Trotz dieser bemerkenswert positiven Tatsachen und dem hohen Beitrag des Baustoffs zu den Aspekten der nachhaltigen Wiederverwendung sehen sich die Unternehmen in Deutschland teilweise behördlichen Forderungen ausgesetzt, Sicherheitsleistungen für die Lagerung von Ausbauasphalt zu erbringen. Diese Forderungen gründen einerseits auf mangelnder Kenntnis der umweltfachlichen Eigenschaften und andererseits einer rechtlichen Fehleinschätzung zur sog. Abfalleigenschaft des Ausbauaspaltes respektive dem zeitlichen Ende einer potentiellen zwischenzeitlichen Einordnung als „Abfall“.

¹ Der Begriff Ausbauasphalt ist zu trennen von anderen Straßenausbaustoffen, von Baustoffgemischen und teer-/pechhaltigen Ausbaustoffen. Zur umweltfachlichen Abgrenzung wird auf die maßgeblichen Regelungen der RuVA StB 01/05 verwiesen.

Die Forderung nach Stellung einer Sicherheitsleistung für die Lagerung von Ausbauasphalt wurde in der Vergangenheit immer wieder und vereinzelt gegenüber den Betreibern von Asphaltmischanlagen gestellt.

Tatsächlich ergibt sich bundesweit ein sehr uneinheitliches Bild. Dennoch lässt sich aus unseren Erfahrungen zusammenfassen, dass eine deutliche Mehrheit der Vollzugsbehörden in Deutschland gerade keine Sicherheitsleistung durch die Betreiber verlangt. Sie folgen damit einer Rechtsposition, die auch der Deutsche Asphaltverband vertritt und bereits mit zahlreichen landesministeriellen Stellen und Umweltbehörden erörtert hat.

Diese lässt sich wie folgt zusammenfassen:

- (a) Bereits tatbestandlich ist eine Erfassung von Ausbauasphalt, welcher zur Wiederverwendung an den Asphaltmischanlagen lagert und dem Mischprozess wieder zugeführt wird, ausgeschlossen, da es aufgrund der Regelungen des Kreislaufwirtschaftsgesetzes (KrWG) die Abfalleigenschaft verloren hat;
- (b) der vorzeitige Wegfall der Abfalleigenschaft des Materials als auch Mangel des Umstandes einer „Entsorgung“ führen zu einer anderen Einordnung der Asphaltmischanlage als „Abfallentsorgungsanlage“ (§ 4 Absatz I BlmSchG) im Sinne des KrWG mit der Folgewirkung, dass eine Inanspruchnahme über das BlmSchG, insbesondere §§ 17 Absatz IVa Satz 1 / 12 Absatz I Satz 2, bereits tatbestandlich ausgeschlossen ist;
- (c) selbst im Falle der (rechtlich unzutreffenden) Annahme, dass es sich bei dem zur Wiederverwendung lagernden Ausbauasphalts, weiterhin um Abfall im rechtlichen Sinne handele, ist die behördliche Ermessensentscheidung aufgrund der Atypik der Wiederverwendung von Asphalt in den Mischanlagen beschränkt. Der sog. „positive Marktwert“ des Materials ist zwingend in die Erwägungen einzustellen und führt dazu, dass in Umkehrung des Gesetzeswortlautes von einer Sicherheitsleistung in der Regel abzusehen ist;
- (d) die Beschränkung der Ermessensentscheidung durch die Atypik im Falle des Ausbauaspaltes erstreckt sich nicht nur auf das „ob“ der Entscheidung, sondern ggf. auch auf das „wie“, insbesondere bei der Berechnung der Höhe der Sicherheitsleistung.

(a) Ende der Abfalleigenschaft von Ausbauasphalt

Die Forderung nach einer Sicherheitsleistung für die Lagerung von Ausbauasphalt hängt begriffsnotwendig davon ab, dass es sich bei dem Material um „Abfall“ im rechtlichen Sinne handelt. Unzweifelhaft ist hierbei zunächst, dass dem ausgebau-

ten (sog. nicht gefährlichem) Altasphalt ein Abfallentsorgungsschlüssel (Abfallschlüssel-Nr. 17 03 02) zugeordnet wird, da ein direkter Wiedereinbau an der Straßenbaustelle in der Regel nicht erfolgt.²

Regelhaft ist in der Praxis jedoch, dass das Material -so es sich dafür anlässlich der umweltrelevanten und bautechnischen Untersuchungen eignet- zur Wiederverwendung an eine Asphaltmischanlage verbracht wird. Anderweitiges (minderwertiges) Material, insbesondere teer-/pechhaltiger Straßenaufbruch, wird dagegen aufgrund seiner Umweltrelevanz in der Regel und in der Form der Ausschleusung aus dem Verwendungskreislauf (etwa durch Deponierung/thermische Verwertung) entsorgt.

Vor bzw. unmittelbar nach der Anlieferung des Ausbauasphaltes an die Anlage erfolgt -ebenfalls regelhaft- sodann eine Beprobung des Materials, um die spezifische bautechnische Verwendbarkeit/Eignung im Sinne der TL Asphalt-StB zu identifizieren und mögliche Verunreinigungen auszuschließen, insbesondere des Parameters der Grenzwertunterschreitung des PAK-Gehaltes nach RuVA StB 01/05. Ferner erfolgt an der Anlage (wiederum regelhaft) die (ggf.) Granulierung, Klassierung und Eignungssortierung nach Kornfraktion, um die möglichst reibungslose Beigabe des Materials in den abschließenden Mischprozess zu gewährleisten.

Wie sind diese tatsächlichen Vorgänge im Sinne des Kreislaufwirtschaftsgesetzes nun rechtlich einzuordnen?

Maßgeblich für die Betrachtung, ob das und ggf. wann das angelieferte Material seine Eigenschaft als „Abfall“ verliert, ist § 5 Absatz 1 KrWG. Danach endet die Abfalleigenschaft, wenn ein Verwertungsverfahren durchlaufen wurde und das Material

1. üblicherweise für bestimmte Zwecke verwendet wird,
2. ein Markt oder eine Nachfrage für den Stoff/das Material besteht,
3. das Material alle für seine jeweilige Zweckbestimmung geltenden technischen Anforderungen sowie alle Rechtsvorschriften und anwendbaren Normen für Erzeugnisse erfüllt sowie
4. die Verwendung insgesamt nicht zu schädlichen Auswirkungen auf Mensch oder Umwelt führt.

Hinsichtlich des aufbereiteten, ggf. granulierten Materials sind somit die Voraussetzungen des § 5 Absatz 1 des Kreislaufwirtschaftsgesetzes in Verbindung mit § 3 Absatz 24 KrWG durchweg erfüllt. Die Granulierung als Vorbereitung zur Wiederverwendung ist legaldefiniert ein Verwertungsschritt, der die Prüfung des Tatbestan-

² Daneben gibt es auch Verfahren zur Wiederverwendung von Asphalt in situ direkt auf der Baustelle. Die vorhandene alte Deckschicht wird dabei erwärmt, aufgenommen und nach Zugabe von Gesteinskörnungen, Bitumen oder neuem Asphalt qualitativ verbessert und wieder eingebaut. Hier tritt eine Abfalleigenschaft bereits begriffsnotwendig nicht ein, da zu keinem Zeitpunkt ein(fiktiver) Entsorgungswille anzunehmen ist.

des des § 5 KrWG ermöglicht. Alle Voraussetzungen des § 5 Absatz 1 KrWG werden durch das Material erfüllt. Hier zeigt sich die Sonderstellung, die Asphaltmischanlagen aufgrund ihrer Typik der unmittelbaren Wiederverwendung von Granulat innehaben.

Dabei ist zu beachten, dass die Abfalleigenschaft nicht aufgrund der bloßen Anlieferung verloren geht. Allerdings sind die oben aufgezeigten Anforderungen des Gesetzes kumulativ bereits klar vor einer abschließenden Beimischung erfüllt. Denkbar ist aufgrund der aktuellen europäischen Rechtsprechung sogar, dass die Abfalleigenschaft bereits beim Ausfräsen des Materials aus der Straße verloren geht, wenn bestimmte Parameter erfüllt sind³.

Die oben aufgezeigte Vorgehensweise an den Asphaltmisanlagen ist ein Verwertungsverfahren in der besonderen Ausprägung der Vorbereitung zur Wiederverwendung im Sinne von § 3 Absatz 24 KrWG, da der einmal aufbereitete und lagernde Ausbauasphalt „ohne weitere Vorbehandlung wieder für denselben Zweck verwendet werden kann“, für den er ursprünglich bestimmt war.

Das lagernde Material dient somit üblicherweise erstens dem Zweck des Wiedereinsatzes, es besteht zweitens eine Nachfrage/ein Markt dafür; die Verwendung von Sekundärmaterial ist preiswerter als der Einsatz von Primärmaterial und Ausbauasphalt erzielt einen positiven Marktwert, mitunter wird mit dem Material zwischen den Anlagenbetreibern gehandelt.

Der Ausbauasphalt wird drittens qualitativ beprobt bzw. güteüberwacht, damit eine Verwendung nach TL/ZTV Asphalt erfolgen kann. Der Ausbauasphalt erfüllt viertens auch die umweltrelevanten Werte, wie es sich aus den verschiedensten Untersuchungen und Stellungnahmen ergibt⁴.

Gerichtliche Entscheidungen zur spezifischen Fragestellung des Endes der Abfalleigenschaften von Ausbauasphalt liegen bisher nicht vor. Jedoch lassen sich Analogien aus anderen Entscheidungen bilden (s.u.). Auch die große Mehrzahl der Kommentierungen zum Kreislaufwirtschaftsgesetz lässt auf die Annahme eines frühen Zeitpunkts des Endes der Abfalleigenschaft schließen⁵, welches wiederum der Gesetzesintention des KrWG zur weiteren Etablierung der Kreislaufwirtschaft entspricht, vgl. § 14 Absatz 2 KrWG. Schließlich jedoch hat sich eine entsprechende Bewertung auch im Vollzug der Bundesländer durchgesetzt bzw. wird bei Vorliegen

³ Zur sog. Porr-Entscheidung des EUGH siehe unten.

⁴ Vgl. insbesondere RuVA Stb 01/05; zur wasserfachlichen Beurteilung hinsichtlich AwSV: Stellungnahme des Umweltbundesamtes vom 28.09.2018 – Anlage 1

⁵ Vgl. etwa Schink/Versteyl zum KrWG, 2.Auflage 2016; Kopp-Assenmacher KrWG, 1.Auflage 2015 u.a.

der o.a. Voraussetzungen ein früherer Wegfall der Abfalleigenschaft noch vor der eigentlichen Beimischung des Materials angenommen.⁶

Zwischenzeitlich sind weitere rechtliche Bewertungen zum sog. Ende der Abfalleigenschaft hinzugereten, die eine weitere Analogie zur Bewertung der Sachlage beim Ausbauasphalt erlauben. In besonderem Maße trifft dies auf die sog. Porr-Entscheidung des EUGH⁷ zu. Der EuGH hatte über die Abfalleigenschaft von unbelastetem Bodenaushub zu urteilen und verneinte diese, wenn der „Erzeuger“ (das ausbauende Unternehmen) dieses Bodens schon vor dem Aushub die Qualität des Bodenmaterials bestimme und eine dazu passende umweltgerechte und rechtmäßige Verwertung organisiere. In diesem Falle sei das ausgehobene Bodenmaterial kein Abfall, weil es bereits an einer Entledigung fehle. Nicht jedes ausgehobene Bodenmaterial, das durch eine Baumaßnahme erzeugt wird und nicht wieder vor Ort eingebaut werden kann, sondern extern weiterverwendet werden muss, ist also bereits Abfall. Vielmehr kann es sich auch um ein Nebenprodukt der Bautätigkeit handeln (vgl. Art. 5 AbfRRL 2008/98/EG, § 4 KrWG), was der EuGH für das fragliche Bodenmaterial ausdrücklich angenommen hat.

Bezogen auf den Ausbauasphalt endet die Abfalleigenschaft also bereits zu einem Zeitpunkt, an dem die umweltfachlichen wie technischen Eigenschaften bekannt sind und ein erster Schritt zur Aufbereitung vollzogen wurde. Dies könnte analog zum EUGH-Urteil sogar schon bei einem schichtweisen Fräsen und der unmittelbar dabei vollzogenen Granulierung des Materials angenommen werden, spätestens jedoch bei der Aufbereitung/Granulierung des Materials vor der Lagerung an den Anlagen. Die weiterhin erforderliche Verwertung im neuen Asphalt ist dagegen bereits regelhaft gegeben.

(b) Keine Abfallentsorgung im Sinne des Gesetzes

Tatbestandlich kann eine Sicherheitsleistung nur bei Abfallentsorgungsanlagen verlangt werden; § 17 Absatz IV a BlmschG. Da aber die Asphaltmischanlage auch bei Zugabe von Ausbauasphalt Produktionsanlage bleibt, ist das Gesetz u.E. bereits tatbestandlich nicht erfüllt. Schon die spezifischen Umstände der Asphaltproduktion lassen darauf schließen, dass die Begrifflichkeiten einer „Entsorgung“ in diesem Falle unzutreffend sind. Dies gilt ebenso, wenn man nur das Ausbauasphaltrager als sog. Nebenanlage unter diesem Aspekt betrachtet.

⁶ Siehe Schreiben des nds. Umweltministeriums vom 30.09.2020 – Anlage 1; Erlass des Landes Sachsen-Anhalt zum Ende der Abfalleigenschaft bei Ausbauasphalt – Anlage 2; NRW: LANUV-Arbeitsblatt 47, Seite 16 unter 2.1 – Anlage 3

⁷ EUGH, Urteil vom 17.11.2022 – C 238/21

Hierzu wurde in anderen Fällen beispielsgebend über eine Verwertung als Brennstoff oder ähnlichem entschieden.

Das BVerwG⁸ etwa hatte über einen Sachverhalt zu entscheiden, bei welchem für die Zementproduktion ein Lager für Altreifen mit der Funktion einer späteren thermischen Entsorgung/Nutzung vorgehalten wurde. Es handelte sich dabei mithin um ein sog. Sekundärbrennstofflager.

In diesem Falle wurde die Annahme einer Abfallentsorgungsanlage bejaht. Bereits aus den Ausführungen des Gerichtes lässt sich jedoch schlussfolgern, dass das Bundesverwaltungsgericht dabei bestimmte Überlegungen anstellt, die im Falle der Asphaltproduktion gerade zum gegenteiligen Ergebnis führen. Insoweit sind auch die Ausführungen im Beschluss des Bundesverwaltungsgerichtes, das erkennbar davon ausgeht, dass Abfälle in der Regel einen negativen Marktwert⁹ besitzen, zu beachten (s.u.).

Der Umkehrschluss führt dazu, dass bei Material, das regelmäßig einen positiven Marktwert hat (wie dies bei Asphaltgranulaten der Fall ist), eine andere Sichtweise bei der Betrachtung der Funktion als Nebenanlage anzuwenden ist. Die angeführte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts geht schließlich entscheidend von einem „Entsorgungsaspekt“ des besagten Reifenlagers (durch Verbrennung) aus, während der Ausbauaspalt als tatsächliche materielle Beigabe im Sinne eines (rezyklierten) Grundstoffs dem Produkt zugeführt wird. Schon aus diesem Grunde scheidet die begriffliche Einordnung einer Asphaltmischchanlage als „Abfallentsorgung“ aus.

Letztlich kann es aber dahinstehen, ob die Begrifflichkeit der Entsorgung maßgeblich ist, da es bereits -wie oben ausgeführt- an der Abfalleigenschaft mangelt.

(c) Ermessensreduktion aufgrund der Atypik und des „positiven Marktwertes“

Selbst wenn man jedoch den Standpunkt einnehmen würde, es handele sich bei den fraglichen Lagerplätzen bei den Asphaltmischwerken bzw. bei diesen selbst um Abfallentsorgungsanlagen und das Ende der Abfalleigenschaft sei entgegen den Bestimmungen des KrWG nicht eingetreten, so wäre immer noch zu prüfen, ob das Ermessen der Behörde rechtmäßig ausgeübt wird. In der bereits zitierten Entscheidung liefert das Bundesverwaltungsgericht die hier maßgeblichen Hinweise:

⁸ Beschluss vom 03.03.2016 -BVerwG 7 B 44.15

⁹ BVerwG a.a.O.: „Insoweit besteht bei Abfallentsorgungsanlagen ein besonderes Insolvenzrisiko, das über das bei allen immissionsschutzrechtlich genehmigungspflichtigen Anlagen bestehende Risiko hinausgeht. Es folgt aus dem negativen Marktwert, den Abfälle in der Regel haben. Im Gegensatz zu Produktionsbetrieben erhält der Betreiber einer Abfallentsorgungsanlage regelmäßig ein Entgelt dafür, dass er Abfälle annimmt.“

„Aufgrund des Gesetzes zur Sicherstellung der Nachsorgepflichten bei Abfalllagern vom 13.07.2001, zuletzt geändert mit Wirkung vom 01.03.2010, soll Abfallentsorgungsanlagen eine Sicherheitsleistung auferlegt werden. § 17 Abs. 4a Satz 1 BImSchG in der derzeit geltenden Fassung von Art. 2 Nr. 3 des Gesetzes zur Bereinigung des Bundesrechts im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (Rechtsbereinigungsgesetz Umwelt - RGU) vom 11. August 2009 (BGBl. I S. 2723) sieht im Falle des Vorliegens der tatbestandlichen Voraussetzungen vor, dass die Anordnung einer Sicherheitsleistung erfolgen "soll". Diese Formulierung als Soll-Vorschrift macht deutlich, dass von dem Verlangen nach einer Sicherheitsleistung lediglich in atypischen Fällen abzusehen ist. Dies entspricht der mit Art. 2 Nr. 3 RGU verfolgten Absicht des Gesetzgebers, den Ermessensspielraum der Behörde einzuschränken (vgl. BT-Drs. 16/13301 S. 7).

Ein derartiger atypischer Fall liegt bei einer am Ziel der Vorschrift orientierten Auslegung dann vor, wenn aufgrund besonderer Umstände die Gefahr, dass die öffentliche Hand bei Insolvenz des Betreibers der Anlage hohe Kosten zu tragen hat, auch ohne Sicherheitsleistung verneint werden kann.

Das abzusichernde Insolvenzrisiko bestehe also deshalb, da bei Entsorgungsanlagen in der Regel kein positiver Marktwert bestehe.

Bei der Asphaltproduktion jedoch ist exakt das Gegenteil der Fall: Unbelasteter Ausbauasphalt hat unbestritten einen Marktwert. Bei einem Bitumenpreis von über 500 € je Tonne Standardbitumen ist allein das Bitumen in einer Tonne Ausbauasphalt über 25 € wert, wenn man einen durchschnittlichen Bindemittelgehalt von 5 % annimmt.

Der positive Marktwert folgt nicht allein aus dem Umstand des Materialwertes, sondern auch daraus, dass die Unternehmen untereinander mit diesem Material handeln und dieses zu einem Marktpreis verkaufen. Es ist sogar zu erwarten, dass sich diese Entwicklung noch intensivieren wird. Beim Deutschen Asphaltverband wird Ausbauasphalt beispielsweise mittels einer verbandlichen Börse zum Fräsgut online gehandelt, das Material ist begehrt und gesucht.

Darüber hinaus ist in den letzten Jahren durch höhere Erdöl-/Bitumenpreise, einer Verknappung des Angebotes durch den Ukrainekrieg und veränderter Ausschreibungspraxis auch ein Anpassungsdruck entstanden, wodurch das Material nochmals an Wert und Bedeutung gewinnt. Es dürfte unproblematisch sein, den positiven Marktwert mittels eines Gutachtens zu belegen. Aufgrund dieses offensichtlichen Umstandes wäre darüber hinaus eine Vollzugsbehörde, die diese Einschätzung negiert, aufgrund des Amtsermittlungsgrundsatzes gehalten, diese Gutachten im Zweifel zu veranlassen.

Dabei ist die Tatsache, dass bei Ausbauasphalt ein positiver Marktwert anzunehmen ist, bereits in vielen Bundesländern akzeptiert. Dementsprechend wird verfahren und von der Forderung nach einer Sicherheitsleistung abgesehen.¹⁰

¹⁰ Beispiel: Schreiben des Umweltministeriums des Freistaats Bayern vom 08.08.2011 – Anlage 4

Es ist hier auch bundesweit kein Fall bekannt, in dem sich ein spezifisches Risiko aufgrund der Insolvenz eines Unternehmens der Asphaltindustrie je für die öffentliche Hand realisiert hat.

(d) Weitere Ermessensbegrenzungen

Schließlich wäre selbst bei (nicht rechtmäßiger) Annahme aller vorgenannten Umstände zulasten des Asphaltmischwerks, im Ermessen der Behörde nicht nur über das „Ob“ zu entscheiden, sondern auch über das „Wie“. Bei einem nachweisbaren positiven Marktwert des Ausbauasphaltes könnte somit allenfalls nur noch Platz für eine Reduktion der Sicherheitsleistung auf Fortschaffungskosten o.ä. in Betracht kommen. In jedem Falle wäre eine deutliche Reduktion ob der Tatsache der Atypik der Asphaltproduktion auch in den Ermessenserwägungen angezeigt.

Fazit:

Die Position des Deutschen Asphaltverbandes ist dahingehend zusammenfassen, dass eine Sicherheitsleistung für die Lagerung von unbelastetem Ausbauasphalt schon deshalb unzulässig erscheint, weil in der Regel das Ende der Abfalleigenschaft zu einem früheren Zeitpunkt anzunehmen ist. Bei den Asphaltmischanlagen in Deutschland handelt es sich nicht um Abfallentsorgungsanlagen, sondern um Produktionsanlagen. Darüber hinaus besteht keinerlei konkrete oder abstrakte Gefahr, dass die öffentliche Hand für die Beseitigung von unbelastetem Ausbauasphalt im Insolvenzfalle des Betreibers aufkommen muss, da dieser Sekundärrohstoff einen positiven Marktwert hat. Gleichzeitig wäre eine Sicherheitsleistung ein Verstoß gegen die Vorgaben der Kreislaufwirtschaft.