

Die Ersatzbaustoffverordnung – eine Chance für den Einsatz von Sekundärbaustoffen?

Generelle Einschätzung, Auswertung einzelner Detailfragen sowie der mit dem Referentenentwurf von Juni 2022 vorgesehenen Neuerungen

von
Rechtsanwältin Dr. Birgit Stede
Landsberg am Lech
Oktober 2022

I. Einführung

Die Mantelverordnung und mit ihr die Ersatzbaustoffverordnung (EBV) vom 9. Juli 2021 wurde am 16. Juli 2021 im Bundesgesetzblatt verkündet und tritt am 1. August 2023 in Kraft. Eine Übergangsfrist von 8 Jahren gilt für bereits genehmigte Verfüllungen, soweit nicht ohnehin ländereigene Regelungen getroffen wurden oder werden.

Um diese Verordnung, die in immerhin knapp 10 Monaten in Kraft tritt, war es in den letzten Monaten relativ ruhig geworden, was verwundert. Denn die Vorgaben der EBV stellen das Recycling und den Einsatz von Sekundärbaustoffen eher in Frage als dass mit dieser Verordnung der Einsatz gefördert werden würde. Die stets betonte Zielsetzung des Bundesumweltministeriums, das Recycling und den Einsatz von Sekundärrohstoffen fördern zu wollen, spiegelt sich in dieser Verordnung jedenfalls nicht wider.

Die folgende Prüfung konzentriert sich auf die Frage, ob die EBV tatsächlich eine geeignete Grundlage für den Einsatz von Sekundärbaustoffen sowie eine Chance für deren Akzeptanz bietet und ob ein einheitlicher Vollzug angesichts der Vorgaben überhaupt möglich erscheint. Hierbei werden auch die relevanten Änderungen, die auf Grundlage des Referentenentwurfs von Juni 2022 vorgesehen sind, betrachtet. Die aus hiesiger Sicht relevanten Änderungen, die nicht allein redaktionelle Korrekturen oder Klarstellungen betreffen, sind im Folgenden eingerückt / kursiv kommentiert.

II. Generelles

1. Ursprüngliche Zielsetzung und das Ergebnis

Nach Aussagen der früheren Vertreter des Bundesumweltministeriums sollten mit der Verordnung bundesweit einheitliche Anforderungen an die Verwertung / Verwendung mineralischer Ersatzbaustoffe vorgegeben werden. Es solle aber explizit **nur und ausschließlich** das geregelt werden, was und welche Sekundärbaustoffe / Ersatzbaustoffe ohne wasserrechtliche Erlaubnis und letztlich **frei von behördlichen Zulassungen** in welchen Einsatzbereichen generell verwendet werden dürfen. So argumentierten die damaligen Vertreter des Bundesumweltministeriums etwa auf dem vom

Ministerium selbst initiierten Workshop im Mai 2008 in Dessau und wiesen u.a. hierüber die Kritik an zu scharfen Anforderungen zurück.

Von dieser Zielsetzung hat man sich jedoch mehr und mehr und schließlich gänzlich verabschiedet.

1.1 Produktstatus

So war in dem Kabinettsbeschluss von 2017 noch vorgesehen, dass **zumindest bestimmte**, als unbelastet eingestufte Sekundär- / Ersatzbaustoffe als **Produkt** anerkannt werden sollten. Dies ist mit der im Juli 2021 erlassenen EBV nicht der Fall. Das Abfallende und damit der Produktstatus zumindest bestimmter Ersatzbaustoffe ist in der EBV gänzlich gestrichen worden.

Von der Ermächtigung des § 5 Abs. 2 KrWG, wonach mittels Verordnung für bestimmte Stoffe oder Gegenstände das Abfallende festgelegt werden kann, hat die Bundesregierung im Ergebnis keinen Gebrauch gemacht.

Es bleibt allein die Anerkennung des Produktstatus für aufbereitete Ersatzbaustoffe auf Grundlage des § 5 Abs. 1 KrWG. Dabei ist der uneinheitliche Vollzug aufgrund unterschiedlicher behördlicher Einschätzungen vorprogrammiert. So ist z.B. selbst bei einer entsprechenden Fortschreibung des bayerischen RC-Leitfadens, des so genannten baden-württembergischen ‚Dihlmann-Erlasses‘ oder anderer länderspezifischer Regelungen nicht ersichtlich, ob in anderen Bundesländern dieselben oder zumindest vergleichbare Kriterien gelten.

Somit ist bereits hier festzustellen, dass

- ein bundesweit einheitlicher Vollzug dieser Verordnung und
- eine Akzeptanzförderung für den Einsatz von Sekundärbaustoffen / Ersatzbaustoffen durch die Anerkennung des Produktstatus

auf Basis der EBV nicht ersichtlich ist. Damit widerspricht die EBV der Zielsetzung der Ermächtigungsgrundlage selbst. Denn gem. § 1 Abs. 1 KrWG soll dieses Gesetz dem Zweck dienen, die Kreislaufwirtschaft zur Schonung der natürlichen Ressourcen zu fördern. Dies wird für den Massenabfall mineralische Abfälle mit der EBV konterkariert.

1.1.1 Anmerkung zum aktuell vorgelegten Referentenentwurf: Weiterhin kein Produktstatus

Hieran ändert sich auch nichts mit dem aktuell vorgelegten Referentenentwurf. Zum einen soll jedenfalls mit dieser Novellierung der Produktstatus weiterhin nicht festgeschrieben werden. Früher wurde gelegentlich damit argumentiert, dass insoweit eine europäische Abfallende-Verordnung auch für mineralische Abfälle erwartet werde, so, wie sie bereits für Schrott, Kupfer, Glas und Papier erlassen wurden.

Diese Argumentation war jedoch bereits nicht nachvollziehbar. Denn der Europäische Gerichtshof hat schon mehrfach betont, dass dann, wenn die EU keine Regelungen für das Abfallende bestimmter Fraktionen trifft, die Mitgliedstaaten gem. Art. 6 Abs. 4 der AbfRR¹ entscheiden können, ob bestimmte Abfälle unter Berücksichtigung der geltenden Rechtsprechung nicht mehr als Abfälle anzusehen sind². Die Bundesregierung ist mithin in keiner Weise durch das Europarecht gehindert, den Produktstatus zumindest bestimmter, als umweltschädlich anerkannter Ersatzbaustoffe / Sekundärbaustoffe mittels Verordnung anzuerkennen.

*Zwischenzeitlich wurde jedoch vom Bundesumweltministerium in Aussicht gestellt, innerhalb **dieser** Legislaturperiode eine Abfallende-Verordnung für mineralische Abfälle auszuarbeiten³. Insoweit bleibt abzuwarten, ob eine solche Verordnung tatsächlich kommt, welche Materialien unter welchen Voraussetzungen aus dem Abfallregime entlassen werden sollen und wann ein solcher Verordnungsentwurf tatsächlich vorgelegt wird. Denn die Legislaturperiode währt noch bis 2025. Und ob ein entsprechender Verordnungsentwurf, sollte er noch in dieser Legislaturperiode vorgelegt werden, tatsächlich noch in dieser Legislaturperiode verabschiedet und veröffentlicht wird, bleibt ohnehin offen.*

Die Forderung, Sekundärbaustoffe aus dem Abfallregime zu entlassen, währt hingegen seit all den Jahren, in denen die MantelV und mit ihr die EBV diskutiert wurde. Daher bleibt es unverständlich, dass die mit dem Kabinettsbeschluss von 2017 noch vorgesehene Anerkennung des Produktstatus zumindest bestimmter mineralischer Fraktionen nicht in die im Juli 2021 verabschiedete Fassung aufgenommen wurde.

1.1.2 Anmerkung zum aktuell vorgelegten Referentenentwurf: Streichung des § 1 Abs. 1 Nr. 3 EBV

Vielmehr soll § 1 Abs. 1 Nr. 3 EBV nunmehr gestrichen werden. Mit diesem Absatz und dem hierin enthaltenen Verweis auf § 5 Abs. 1 Nr. 4 KrWG hatten manche argumentiert, dass darüber der Produktstatus von Ersatzbaustoffen / Sekundärbaustoffen letztlich doch anerkannt werde.

Dieser Lesart der Verordnung, den Produktstatus von Ersatz- / Sekundärbaustoffen doch anzuerkennen, will die Bundesregierung offenbar die Grundlage entziehen.

¹ Richtlinie 2008/98/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Abfälle und zur Aufhebung bestimmter Richtlinien

² Siehe u.a. Urteil des EuGH vom 28. März 2019, Az. C 60/18

³ Siehe Euwid, Ausgabe 40.2022 vom 5. Oktober 2022 sowie Ausgabe 4.2022 vom 18. Oktober 2022

1.2 Vorrangige Nutzung von Sekundärbaustoffen durch die öffentliche Hand

Auch enthält diese Verordnung keine Verpflichtung der öffentlichen Hand, bei den vielen, von der öffentlichen Hand selbst durchgeführten bzw. in Auftrag gegebenen Baustellen vorrangig Ersatzbaustoffe zu verwenden. Bundesweit bleibt es daher bei dem **Appell**, vorrangig Recyclingmaterialien zu nutzen. Denn § 45 Abs. 2 KrWG verpflichtet zwar die Bundesbehörden, u.a. vorrangig Recyclingmaterialien zu nutzen. Rechtsansprüche Dritter zur Einhaltung dieser Verpflichtung sind jedoch explizit ausgeschlossen. Ein **durchsetzbarer Anspruch** besteht somit **nicht**; die Vorbildfunktion, die die öffentliche Hand – eigentlich – wahrnehmen sollte, bleibt vollkommen konturenlos und kann von den Herstellern von Sekundärbaustoffen nicht eingefordert werden.

Die Landesabfallgesetze bieten insoweit nur teilweise eine verschärfte Nutzungspflicht, indem Rechtsansprüche Dritter eben nicht ausgeschlossen werden (so etwa Art. 2 Abs. 2 des BayAbfG oder § 23 KrWG Berlin). Andere, wie etwa aktuell das Land NRW, haben jedoch Formulierungen wie der Bund gewählt, also Rechtsansprüche Dritter zur Einhaltung dieser Verpflichtung explizit ausgeschlossen (siehe § 2 des neuen KrWG NRW).

Weder auf Grundlage der EBV noch mit dem KrWG bzw. der Landesgesetze wird mithin eine **einheitliche** und **durchsetzbare Verpflichtung** der öffentlichen Hand zur vorrangigen Nutzung von Recyclingmaterial vorgegeben. Und so besteht für die von der öffentlichen Hand getragenen Baumaßnahmen auch keine einheitlich durchsetzbare Verpflichtung zur vorrangigen Nutzung von Ersatzbaustoffen. Die Vorbildfunktion der öffentlichen Hand zur Durchsetzung der ‚circular economy‘, der Kreislaufwirtschaft, wird somit konterkariert.

1.3 „Ersatzbaustoffe“ – die Wortwahl

Auch die Titulierung von Sekundärbaustoffen als „Ersatzbaustoffe“ entspricht letztlich nicht der Zielsetzung, das Recycling zu fördern. Der Begriff „Sekundärbaustoffe“ knüpft an das – politisch auch in der Öffentlichkeit immer wieder hervorgehobene – Ziel an, Abfälle soweit als möglich zu recyceln und dem Wirtschaftskreislauf wieder als **Sekundärrohstoff** zuzuführen.

Dagegen kann über den Begriff „Ersatzbaustoff“ bei manch einem Verwender der Eindruck eines Mankos, eines Materials mit geringerer Geeignetheit für die konkrete Verwendung / die konkrete Baumaßnahme entstehen. Ein Ersatzrad ist eben kein für den dauerhaften Betrieb eines Fahrzeugs einzusetzendes Rad. Und Kaffeeersatz ist nun einmal kein Kaffee.

2. Keine einheitlichen Analyseverfahren

Einheitliche Analyseverfahren für alle Entsorgungsverfahren (Recycling, Verfüllung, Deponierung) wurden stets während der langjährigen Diskussionen um die MantelV dringend gefordert. Denn oftmals kann erst nach Vorliegen der Untersuchungsergebnisse entschieden werden, welcher Entsorgungsweg tatsächlich beschritten werden kann und darf.

Tatsächlich wurden keine für alle Entsorgungswege einheitlichen Untersuchungsverfahren vorgegeben. Mehrfachuntersuchungen werden daher im Zweifel erforderlich bleiben.

Daneben bestehen jedoch nach wie vor keine wirklichen Erfahrungswerte hinsichtlich des nun in der EBV (und im Übrigen auch in der Bundes-Bodenschutzverordnung) vorgegebenen Untersuchungsverfahrens, dem Perkulationsverfahren. Viele Laboratorien verfügen bislang nicht einmal über das erforderliche Equipment zur Durchführung des Perkulationsverfahrens. Nicht zuletzt deswegen muss ohnehin mit längeren Zeiten bis zum Vorliegen der Analyseergebnisse gerechnet werden, was die Abfuhr der mineralischen Abfälle von den Baustellen erheblich verzögern kann.

Es bestehen mithin keine allgemeingültigen Erfahrungswerte, welche Schadstoffbelastungen, die auf Grundlage des Perkulationsverfahrens ermittelt werden, mit denen der bisherigen Einstufung nach der LAGA M 20 vergleichbar sind. Z0 galt bislang auch auf Grundlage der Erfahrungswerte und des angewandten Untersuchungsverfahrens (Schüttelverfahren) als unbelastet, Z 1.1 als geringfügig belastet etc. Welche Materialien mit welchen Schadstoffbelastungen, die über das Perkulationsverfahren ermittelt werden, mit denen der bisherigen Z-Werte vergleichbar sind, ist nach wie vor weitgehend unbekannt.

Umgekehrt weiß bislang kein Fachmann definitiv, wie welche Materialien aufgrund des neuen Perkulationsverfahrens ab dem 1. August 2023 einzustufen sind. Materialien, die bislang als unbelastet / geringfügig belastet etc. eingestuft waren, werden ggf. aufgrund der neuen Verfahren i.V.m. den in den Listen vorgegebenen Einsatzbereichen als ungeeignet bzw. umweltbelastend eingestuft werden müssen.

Ob die Werte, die auf Grundlage des Perkulationsverfahrens ermittelt werden, einen Hinweis geben, dass es sich bei den jeweiligen Materialien tatsächlich um umweltschädliche Materialien bzw. belastete Materialien handelt, kann daher noch gar nicht gesagt werden. Es liegen bislang keine umfassenden Vergleichsmaßstäbe und Erfahrungswerte mit den bisherigen Z-Werten, die über das Schüttelverfahren ermittelt wurden, vor.

Angesichts der Vorgaben bzgl. der neuen Untersuchungsverfahren ohne Erfahrungswerte, welche Materialien hiernach als unbelastet / umweltverträglich bzw. als geringfügig oder höher belastet einzustufen sind, ist daher in Frage zu stellen, ob die EBV (und mit ihr die MantelV im Ganzen) überhaupt verfassungskonform ist. Es ergibt sich

mithin die Frage, ob die EBV und damit die MantelV dem Bestimmtheitsgebot und der Wesentlichkeitstheorie des Grundgesetzes genügen und verhältnismäßig sind.

2.1 Bestimmtheit der Anforderungen?

Da noch keine gesicherten Erfahrungswerte bestehen, welche Materialien den neuen Materialwerten i.V.m. den neuen Untersuchungsverfahren tatsächlich zuzuordnen sind, dürfte die Verordnung jedenfalls zurzeit als unbestimmt einzustufen sein.

Das in Art. 20 Abs. 3 und in Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG verankerte Rechtsstaatsprinzip gebietet das Gebot der hinreichenden Bestimmtheit der rechtlichen Vorgaben. Gesetzliche Tatbestände sind so zu fassen, dass die Betroffenen die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten daran ausrichten können. Welche Anforderungen an die Bestimmtheit zu stellen sind, lässt sich nicht generell und abstrakt festlegen, sondern hängt auch von der Eigenart des Regelungsgebietes ab⁴. So müssen etwa abgabebegründende Tatbestände so bestimmt sein, dass der Abgabepflichtige die auf ihn entfallende Abgabe in gewissem Umfang vorausberechnen kann.

Mit der EBV und der MantelV insgesamt sind jedoch keine Vorgaben erlassen worden, wonach für die Betroffenen klar und eindeutig bestimmbar ist, welche Materialien auf Grundlage der neuen Materialwerte und anhand der neuen Untersuchungsverfahren als belastet / geringfügig belastet / unbelastet einzustufen sind. Die Akteure, also die Firmen sowie die öffentliche Hand, die z.B. Aufträge auf Grundlage von Ausschreibungen vergibt, und die ab dem 1. August 2023 diese Verordnung zugrunde zu legen haben, können sich in der Zwischenzeit nicht darauf einstellen, welche Materialien letztlich welchen Materialwerten zuzuordnen sind.

Bei Rechtssätzen führt eine teilweise Nichtigkeit dann nicht zur umfassenden Unwirksamkeit, wenn die Regelung ohne den nichtigen Teil sinnvoll bleibt und mit Sicherheit angenommen werden kann, dass sie auch ohne diesen erlassen worden wäre⁵.

Mit der EBV sind jedoch umfassend Materialwerte vorgegeben, über die auch die zulässigen Einbauorte und -weisen bestimmt werden. Das bedeutet, dass kein Akteur gesichert einschätzen kann, welche Materialien mit welchen Materialwerten künftig überhaupt in welchen Einbauorten und -weisen eingesetzt werden können und dürfen.

Die Auswirkungen der neu vorgegebenen und anzuwendenden Untersuchungsverfahren wirken sich damit auf alle relevanten Regelungsbereiche der EBV aus, sodass die gesamte Verordnung als unbestimmt und damit verfassungswidrig einzustufen ist.

⁴ BVerwG, Urteil vom 26.03.2015, Az. 7 C 17/12

⁵ Siehe BVerwG, Urteil vom 26.03.2015, Az. 7 C 17/12; BVerwG, Urteile vom 14. Juli 1972 – Az. 4 C 69.70 - BVerwGE 40, 268, 274 sowie vom 27. Januar 1978 – Az. 7 C 44.76

2.2 Erforderlichkeit der Anforderungen?

Doch selbst dann, wenn bis zum Inkrafttreten der Verordnung am 1. August 2023 tatsächlich umfassendere Erfahrungswerte vorliegen sollten und hierüber die Verordnung ausreichend bestimmt wäre (was allerdings infrage zu stellen bleibt), stellt sich die Frage, ob die Anforderungen **dann** erforderlich sind.

Gemäß des für jegliches staatliche Handeln zugrunde liegenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, der auch für dem Gesetzgeber gilt, muss eine staatliche Maßnahme

- geeignet,
- erforderlich und
- angemessen

sein. Andernfalls ist sie verfassungswidrig.

Bei umweltrechtlichen Vorgaben muss sich die Erforderlichkeit danach orientieren, ob z.B. bestimmte, und wenn ja, welche Grenzwerte für die Vermeidung von Schäden für Menschen oder Umwelt vorzugeben sind. Sind bestimmte Materialien als umweltverträglich eingestuft, so werden insoweit auch keine Grenzwerte benötigt. Mit anderen Worten: Grenzwerte sind dann einzuführen, wenn andernfalls eine umweltunverträgliche Verwendung / Verwertung von Materialien zu befürchten wäre.

Die Bewertung der neu vorgegebenen Materialwerte hängt aber von den nun vorgegebenen Untersuchungsverfahren ab, über die eben noch keine gesicherten Erfahrungswerte bestehen. Es kann somit schwerlich ermittelt werden, bis zu welchen Materialwerten die Umweltverträglichkeit der betreffenden Stoffe gegeben ist und ab wann tatsächlich z.B. bestimmte Einbaubedingungen vorzugeben sind oder die Materialien von bestimmten Einbauweisen auszuschließen sind. Grenzwerte (Materialwerte) werden gesetzt, ohne letztlich zu wissen, welche Materialien hiervon betroffen sein werden und ob das, was nach den bisherigen Erfahrungswerten als unbedenklich eingestuft wurde, auch weiterhin auf Grundlage der neuen Untersuchungsverfahren als unbedenklich gilt. Vielmehr zeigen bislang vereinzelt durchgeführte Paralleluntersuchungen auf, dass das, was bisher als unbelastet galt, nunmehr – bei Anwendung des Perkulationsverfahrens – keinesfalls mehr als unbelastet zu werten wäre.

Ob die vorgegebenen Materialwerte tatsächlich erforderlich sind, um eine umweltverträgliche Verwendung / Verwertung mineralischer Abfälle / Sekundärbaustoffe / Ersatzbaustoffe sicherzustellen, ist daher in keiner Weise ersichtlich. Es muss daher in Frage gestellt werden, ob die EBV und mit ihr die MantelIV den verfassungsrechtlichen Grundsätzen – hier: dem Angemessenheitsgrundsatz - entspricht.

III. Struktur der Verordnung und andere relevante Regelungsbereiche

Die EBV ist als ausgesprochen unübersichtlich und für den Praktiker (und im Übrigen auch für einen erfahrenen Umweltrechtler) als kaum lesbar einzustufen. Offenbar meinte der Verordnungsgeber, alles bis in das letzte Detail regeln zu müssen.

Andererseits wurde es im Laufe der langjährigen Diskussion um diese Verordnung versäumt, die weitere Entwicklung und die weiteren Diskussionen um die Nutzung von Sekundärbaustoffen / Ersatzbaustoffen einzubeziehen.

1. Unübersichtlichkeit der Verordnung

Die Verordnung beinhaltet in großem Umfang Querverweise, sodass ein flüssiges Lesen der Anforderungen ohnehin nicht möglich ist. Darüber hinaus werden Hinweise unsystematisch gegeben. So wird z.B. auf Seite 1 der Anlage 1 ein Abkürzungsverzeichnis eingefügt. Eine Erläuterung, was als BM-FO*, BM-F1, BM-F2 oder BM-F3 gilt, fehlt jedoch. Erst nach aufmerksamem und konzentriertem Lesen der Materialwerte für Bodenmaterial und Baggergut einschließlich der dortigen Fußnoten können die entsprechenden ergänzenden Definitionen aufgefunden werden.

Dasselbe gilt für Fußnoten, die jedenfalls in manchen Listen nicht fortlaufend sind, sondern offenbar nachträglich hinzugefügt wurden (siehe z.B. Anlage 1 Tabelle 3). Das Herausarbeiten, was wofür gelten soll, wird hierüber erheblich erschwert.

2. Unklarheiten und Widersprüche in der Verordnung

In der EBV finden sich zudem Unklarheiten und Widersprüche.

2.1 Geltungsbereich für mineralische Ersatzbaustoffe?

So soll die EBV z.B. nicht für mineralische Ersatzbaustoffe im Sinne des § 2 Nr. 1⁶ gelten, die auf oder in eine durchwurzelbaren Bodenschicht auf- oder eingebracht werden. Dies gilt auch dann, wenn die durchwurzelbare Bodenschicht im Zusammenhang mit der Errichtung eines technischen Bauwerkes auf- oder eingebracht oder hergestellt wird (siehe § 1 Abs. 2 Nr. 2a). § 2 Nr. 1 definiert den Begriff mineralische Ersatzbaustoffe.

Dies würde bedeuten, dass die EBV für sämtliche mineralische Ersatzbaustoffe, die auf oder in einer durchwurzelbare Bodenschicht auf- oder eingebracht werden, **nicht** gilt.

Die Art der Formulierung des § 1 Abs. 2 Nr. 2a (und so auch Nr. 2b) könnte darauf hindeuten, dass hierüber der Anwendungsbereich der EBV zur Bundesbodenschutzverordnung (BBodSchV) abgegrenzt werden soll. Doch nach § 7 Abs. 1 und § 8

⁶ Die nicht weiter benannten §§ sind solche der EBV

Abs. 1 BBodSchV darf grundsätzlich nur Boden mit einem maximalen Anteil an mineralischen Fremdbestandteilen bis zu 10 Volumenprozent ein- oder aufgebracht werden. Darüber hinaus müssen diese mineralischen Fremdbestandteile bereits in dem Bodenaushub bzw. dem Baggergut enthalten sein.

Dies würde wiederum bedeuten, dass

- für den Einbau von RC-Baustoffen z.B. auf einer durchwurzelbaren Bodenschicht, wie es bei vielen Einsatzarten – so etwa im Wald- und Feldwegebau – üblich ist, die EBV nicht gilt,
- der Einbau nach der BBodSchV jedoch unzulässig wäre.

Dass dies nicht gemeint sein kann, zeigt bereits die Tatsache, dass z.B. der Straßen- und Wegebau zu den technischen Bauwerken zählt (siehe § 2 Nr. 3 a) und damit die beispielhaft erwähnten Wald- und Feldwege technische Bauwerke darstellen. Ferner zeigen bestimmte Einbauweisen in Anlage 2, dass bestimmte Ersatzbaustoffe auch unmittelbar auf dem Boden (und damit in oder auf der durchwurzelbaren Bodenschicht) aufgebracht werden können.

2.2 Einsatz von Ersatzbaustoffe in Wasser- oder Heilquellenschutzgebieten

Anlagen 2 und 3 benennen die Einsatzorte, wo welche Ersatzbaustoffe mit welchen Materialwerten eingebaut / eingesetzt werden dürfen. Dabei können bestimmte Ersatzbaustoffe, so insbesondere die der niedrigeren Materialwerte, grundsätzlich auch in Wasserschutzgebieten IIIA und IIIB bzw. in Heilquellenschutzgebieten III und IV eingebaut werden.

Allerdings kann und darf hierauf im konkreten Einzelfall **keinesfalls** vertraut werden. Denn über die Festsetzungen in den jeweiligen Wasserschutzgebietsverordnungen kann z.B. generell der Einsatz und der Einbau von Ersatzbaustoffen verboten werden. Die in diesen Festsetzungen getroffenen Verbote haben jedoch **Vorrang** vor den Festlegungen in der EBV (§ 19 Abs. 6 Satz 6).

Damit werden die verfassungsrechtlichen Grundsätze des Art. 31 GG (Bundesrecht bricht Landesrecht) sowie des Art. 3 Abs. 1 GG (der Gleichbehandlungsgrundsatz) ausgehebelt. Es ist nicht ersichtlich, weshalb z.B. ein Wasserversorgungsverband eine grundsätzlich andere Einstufung hinsichtlich der Umweltverträglichkeit von Ersatzbaustoffen vornehmen kann als der Ordnungsgeber selbst. Insoweit hätte **zumindest** gefordert werden müssen, dass die **besonderen Gründe**, die den Ausschluss von Sekundärbaustoffen / Ersatzbaustoffen rechtfertigen, benannt werden müssen.

Doch selbst dann, wenn der Einsatz von Sekundärbaustoffen / Ersatzbaustoffen nicht grundsätzlich ausgeschlossen ist, ist der Einsatz in Wasser- oder Heilquellenschutzgebieten grundsätzlich anzuzeigen (zu den Anforderungen an die Anzeige und die umfangreichen Auskünfte, die hier zu erteilen sind, siehe § 22 Abs. 2 und 3 sowie Anlage 8). Ausgenommen hiervon sind lediglich Bodenmaterial BM-0, Baggergut BG-0, Schmelzkammergranulat, Gleisschotter GS-0 sowie Gemische aus den vorgenannten Materialfraktionen (siehe hierzu auch unten, Ziffer V.1). Solche Materialien weisen

allerdings in der Regel selbst nach dem bislang geltenden Schüttelverfahren geringere Materialwerte auf, als sie die EBV nunmehr vorgibt.

Ist jedoch eine Anzeige erforderlich, so sind zusätzliche behördliche Anforderungen erfahrungsgemäß vorprogrammiert. Es ist daher zu befürchten, dass auch hier ein einheitlicher Vollzug **nicht** erfolgen wird.

Das bedeutet wiederum, dass eben keine einheitlich anzuwendenden Vorgaben und keine einheitlichen Bewertungen hinsichtlich der Umweltverträglichkeit bzgl. der Verwendung von Ersatzbaustoffen erfolgt sind. Jeder Wasserverband kann letztlich individuell festlegen, ob er den Einsatz von Ersatzbaustoffen in dem jeweiligen Gebiet überhaupt akzeptieren will oder nicht, unabhängig davon, dass die Verwendung entsprechend der Anforderungen der EBV als umweltverträglich bewertet wird.

Schließlich hat **der Verwender** nach Abschluss der Maßnahme die tatsächlich eingebauten Mengen und Materialklassen der eingebauten Materialien innerhalb von 2 Wochen zu ermitteln und unverzüglich – unter Verwendung der Anlage 8 – der zuständigen Behörde mitzuteilen (§ 22 Abs. 4). Auch angesichts dieser Verpflichtung wird die Akzeptanz für den Einsatz von Ersatzbaustoffen kaum erhöht werden.

2.3 Materialwerte für Recyclingbaustoffe

Für die Aufbereitung und Herstellung von RC-Materialien sind Materialwerte vorgegeben. Hierbei handelt es sich – mit wenigen Ausnahmen – um Eluatwerte (siehe Anlage 1 Tabelle 1). Doch für die weitere **Verwendung** sind zusätzlich Feststoffwerte vorgegeben (siehe Anlage 4 Tabelle 2.2).

Das bedeutet in der Praxis, dass bei den Eingangsmaterialien einer Aufbereitungsanlage unabhängig von Anlage 1 Tabelle 1 **gleichzeitig** auch **immer** die Feststoffwerte der Anlage 4 Tabelle 2.2 zu prüfen sind. Andernfalls liefe der Aufbereiter Gefahr, dass er Materialien aufbereitet, die anschließend wegen der Feststoffwerte nicht eingebaut werden dürfen respektive nicht vermarktet werden können.

Die grundsätzliche Beschränkung auf die Betrachtung der Eluatwerte im Input einer Aufbereitungsanlage ist mithin ein Trugschluss, der über diese Verordnung vermittelt wird, da für den **Output** die Feststoffwerte jedenfalls zu betrachten sind.

2.4 Einbau von Boden und Baggergut

Für die Materialwerte von Bodenaushub und Baggergut ist zunächst zu beachten, dass neben Anlage 1 Tabelle 3 auch Tabelle 4 zu berücksichtigen ist (siehe auch § 14). Werden weitere, nicht in Tabelle 3 oder Tabelle 4 aufgeführte Parameter untersucht, so muss ein nach § 18 BBodSchG anerkannter oder ein vergleichbar qualifizierter Sachverständiger die jeweilige Materialklasse festlegen, wobei die zuständige Behörde dieser Einstufung zustimmen muss (§ 16). Ob die zuständige Behörde dieser Einstufung zustimmt, ist dann wiederum eine ganz andere, wenn auch entscheidende Frage.

Unabhängig davon ergibt sich aber für diese Fraktionen folgende Unklarheit:

Nach den Übergangsvorschriften findet diese Verordnung gem. § 27 Abs. 3 Nr. 1 keine Anwendung auf den Einbau von nicht aufbereitetem Bodenmaterial und Baggergut in ein technisches Bauwerk, soweit

„der Einbau auf der Grundlage einer Zulassung erfolgt, die vor dem 16. Juli 2021 (also dem Tag der Verkündung der Verordnung) erteilt wurde und die Anforderungen an den Einbau festlegt...“.

Dasselbe gilt i.Ü. für die Übergangsvorschrift des § 27 Abs. 3 Nr. 2. Diese Übergangsvorschriften sind vollkommen unverständlich. Die Verordnung müsste Anwendung finden für Zulassungen, die ab dem 16. Juli 2021 erteilt wurden, obwohl die EBV noch gar nicht in Kraft getreten ist; diese tritt erst am 1. August 2023 in Kraft (siehe Art. 5 Abs. 1 der MantelV).

Die bislang geltenden Anforderungen, so insbesondere die Zuordnungswerte der LAGA, sollen aber ebenfalls nicht mehr zugrunde gelegt werden können. Vollkommen offen bleibt mithin, welche Anforderungen seit dem 16. Juli 2021 bis zum 1. August 2023 für den Einbau von nicht aufbereitetem Bodenmaterial und Baggergut in ein technisches Bauwerk zugrunde zu legen sind.

3. Andere relevante Regelungsbereiche

Andere relevante Regelungsbereiche, die im Laufe der immerhin 15 Jahre währenden Diskussion hätten aufgegriffen werden können, wurden hingegen überhaupt nicht aufgegriffen.

So wird zunehmend der Einsatz von RC-Baustoffen im Hochbau diskutiert und in anderen Ländern schon definitiv vorgegeben, so etwa seit mittlerweile vielen Jahren in der Stadt Zürich. Der Ordnungsgeber hat es jedoch versäumt, hierfür zumindest die Rahmenbedingungen in die EBV aufzunehmen, um künftig einen verstärkten Einsatz von Sekundär- / Ersatzbaustoffen – so etwa auch im Hochbau - im Rahmen der Kreislaufwirtschaft zu fördern.

IV. Eignungsnachweis und Güteüberwachung

1. Eignungsnachweis

Der Betreiber einer Aufbereitungsanlage hat gem. § 5 EBV einen Eignungsnachweis zu erbringen und zu aktualisieren. Dieser besteht aus der Erstprüfung und der Betriebsbeurteilung. Diese Prüfungen sind durch eine Überwachungsstelle i.S.d. § 2 Nr. 9 durchzuführen.

Bei der Erstprüfung wird geprüft, ob die Materialwerte der Anlage 1 respektive die Überwachungswerte der Anlage 4 Tabelle 2.2 eingehalten werden (§ 5 Abs. 2). Im Rahmen der Betriebsbeurteilung werden die technischen Anlagenkomponenten, die Betriebsorganisation und die personelle Ausstattung überprüft (§ 5 Abs. 3). Ferner ist

zu prüfen, ob der Betreiber der Aufbereitungsanlage die Gewähr dafür bietet, dass alle relevanten Anforderungen der Verordnung erfüllt werden.

Erst nach Erteilung des Prüfzeugnisses auf Basis dieser Erstprüfung und der Betriebsbeurteilung durch die Überwachungsstelle darf der Betreiber der Aufbereitungsanlage die aufbereiteten Ersatzbaustoffe in den Verkehr bringen (§ 5 Abs. 4 und Abs. 5). Bei bereits betriebenen Aufbereitungsanlagen muss der Eignungsnachweis bis zum 1. Dezember 2023 erbracht werden (§ 27 Abs. 1 EBV).

Damit wird der Eignungsnachweis für alle Betreiber von Aufbereitungsanlagen **zwingend** vorgegeben. **Ohne ein entsprechendes Prüfzeugnis darf der Betreiber einer Aufbereitungsanlage nicht mehr die erzeugten Ersatzbaustoffe in den Verkehr bringen, andernfalls handelt er ordnungswidrig** (siehe § 26 Abs. 1 Nr. 1 EBV).

Das Prüfzeugnis ist unverzüglich nach Erhalt der zuständigen Behörde vorzulegen; diese kann im Internet ein Verzeichnis über die Aufbereitungsanlagen, die über ein Prüfzeugnis verfügen, veröffentlichen (§ 12 Abs. 2).

Der Eignungsnachweis ist zu erbringen bzw. zu aktualisieren

- bei erstmaliger Inbetriebnahme einer mobilen oder stationären Anlage,
- nach einer wesentlichen oder unwesentlichen Änderung einer immissionschutzrechtlich genehmigten Anlage,
- bei nicht genehmigungsbedürftigen Anlagen nach einem Wechsel der Baumaßnahme oder
- wenn andere, nicht vom Eignungsnachweis erfasste mineralische Ersatzbaustoffe in der Anlage hergestellt werden.

Hieraus ergeben sich weitere grundsätzliche Fragen:

1.1 Unwesentliche Änderungen

Unwesentliche Änderungen einer immissionsschutzrechtlich genehmigten Anlage werden gem. § 15 Abs. 1 BImSchG angezeigt und betreffen in der Regel kleine Änderungen des Anlagenbetriebs, die keine relevanten Auswirkungen auf immissionschutzrechtlich geschützte Rechtsgüter haben. So kann z.B. die Anschaffung eines weiteren Radladers anzeigepflichtig sein, wenn keine relevante Erhöhung der Lärmimmissionen zu erwarten ist. Dasselbe gilt z.B. für eine Neuaufteilung der Lagerbereiche oder das Aufstellen von Boxen (die zwar grundsätzlich nur baurechtlich genehmigt werden müssen; von der Immissionsschutzbehörde wird aber regelmäßig erwartet, dass entsprechende Änderungen auch angezeigt werden). In der Praxis ergeben sich immer wieder und regelmäßig diverse Änderungen, die der Anzeigepflicht unterliegen.

Bei all den Änderungen, die mit der Eignung der Aufbereitungsanlage für die Herstellung von zugelassenen Ersatzbaustoffen und der Betriebsbeurteilung (der technischen Anlagenkomponenten, der Betriebsorganisation und der personellen Ausstattung) **nichts** zu tun haben, muss dennoch stets ein neuer Eignungsnachweis erfolgen und ein entsprechendes Prüfzeugnis vorgelegt werden. Der Betreiber der Aufbereitungs-

anlage darf die erzeugten Ersatzbaustoffe ansonsten nicht mehr in den Verkehr bringen, andernfalls würde er eine Ordnungswidrigkeit begehen.

Auch diese Anforderung ist als vollkommen unverhältnismäßig zu bewerten.

1.2 Mobile Anlagen und Wechsel der Baumaßnahme

Für Betreiber von mobilen Aufbereitungsanlagen ist der Wechsel von Baumaßnahmen das tägliche Brot. Nach § 5 Abs. 1 Nr. 3 EBV (entsprechend des obigen 3. Spiegelpunktes) muss bei jedem Wechsel der Baumaßnahme die Eignungsprüfung erneuert und das Prüfzeugnis neu ausgestellt werden. Andernfalls dürfte der Betreiber die aufbereiteten Ersatzbaustoffe nicht mehr in den Verkehr bringen, was wiederum eine Ordnungswidrigkeit darstellen würde.

Auch diese Anforderung – stets eine neue Eignungsprüfung durchführen und sich ein entsprechendes Prüfzeugnis ausstellen zu lassen - dürfte jedoch bei gleichbleibender Qualität der Aufbereitung als unverhältnismäßig zu werten sein.

Allerdings wurde in § 5 Abs. 6 eine Sonderregelung für mobile Aufbereitungsanlagen geschaffen. Danach muss der Betreiber der mobilen Aufbereitungsanlage bei jeder neuen Baumaßnahme bzw. jedem neuen Einsatzort der zuständigen Behörde bestimmte Informationen übermitteln. Hierunter fällt auch eine **Kopie** des Prüfzeugnisses. So stellt sich die Frage, ob hier ein Widerspruch vorliegt. Muss bei wechselnden Einsatzorten der mobilen Anlage

- (lediglich) eine Kopie des schon für die Inbetriebnahme erteilten Prüfzeugnisses vorgelegt werden oder
- muss stets ein neues Prüfzeugnis ausgestellt werden, was jedoch als unverhältnismäßig zu werten wäre. Dies gilt umso mehr, wenn für den Eignungsnachweis für die Inbetriebnahme bereits alle im Zuge einer Baustelle / Abbruchmaßnahme üblicherweise anfallenden mineralischen Abfälle und Materialwerte im Prüfzeugnis aufgenommen wurden.

1.3 Neue Vorgaben für Güteüberwachungsgemeinschaften

Die neuen Vorgaben für Güteüberwachungsgemeinschaften (§§ 13a bis 13c) beziehen sich auf die Mitgliedschaft in und die Anerkennung von Güteüberwachungsgemeinschaften. Hierin wird auch vorgegeben, welchen formalen Anforderungen diese Güteüberwachungsgemeinschaften genügen müssen, um als Güteüberwachungsgemeinschaft anerkannt zu sein, und wann die Anerkennung wieder entzogen werden kann.

*Diese Vorgaben sollen aber **neben und ergänzend** zu den Anforderungen stehen, die der Betreiber im Rahmen der Erstprüfung und der Betriebsbeurteilung durch eine Überwachungsstelle zu erbringen hat. Ferner stehen diese Anforderungen **neben und ergänzend** zu den Anforderungen der Entsorgungsfachbetriebsverordnung, wenn der Betrieb als Entsorgungsfachbetrieb zertifiziert ist.*

Insoweit wäre zumindest eine Klarstellung zielführend und erforderlich, dass dann, wenn der Betrieb einer Güteüberwachungsgemeinschaften angehört, die Anforderungen hinsichtlich der Prüfzeugnisse alternativ durch die Güteüberwachungsgemeinschaften erbracht werden können. Ferner müsste klargestellt werden, dass die Mitgliedschaft in der Güteüberwachungsgemeinschaft – jedenfalls was die Aufbereitung der mineralischen Abfälle betrifft – der Zertifizierung als Entsorgungsfachbetrieb gleichsteht.

2. Werkseigene Produktionskontrolle

Neben der ohnehin erforderlichen Annahmekontrolle (siehe § 3) ist die werkseigene Produktionskontrolle in § 6 EBV geregelt. Die Anforderungen an die Probenahme sind in § 8 Abs. 2 i.V.m. § 8 Abs. 1 geregelt. Hierüber muss der Betreiber prüfen und dokumentieren, dass er die Materialwerte der Anlage 1 einhält.

Die Häufigkeit der werkseigenen Produktionskontrolle – also die Kontrollintervalle – ergeben sich aus Anlage 4 Tabelle 1. Danach muss die Kontrolle von aufbereiteten RC-Baustoffen alle 4 Produktionswochen, mindestens aber alle angefangenen 5.000 Tonnen erfolgen. Es sollen aber maximal 36 Produktionskontrollen / Jahr erfolgen. Werden die Überwachungsintervalle nicht eingehalten, so handelt der Betreiber wiederum ordnungswidrig.

Stellt sich im Zuge der werkseigenen Produktionskontrolle heraus, dass das Material nicht den Materialwerten entspricht, denen es ursprünglich zugeordnet worden war, so ist es der nächst höheren Materialklasse zuzuordnen. Werden Werte ermittelt, die die Materialwerte der EBV übersteigen, so ist das Material anderweitig ordnungsgemäß zu entsorgen.

3. Güteüberwachung und Feststellung von Mängeln

Neben der Eigenüberwachung (Annahmekontrolle und werkseigene Produktionskontrolle) ist eine Fremdüberwachung (Güteüberwachung) durchzuführen. Bei stationären Anlagen muss die Fremdüberwachung alle 13 Produktionswochen, mindestens aber alle 15.000 t und maximal 12 x pro Jahr erfolgen (siehe Anlage 4 Tabelle 1). Bei mobilen Anlagen beginnt der Überwachungsturnus mit jedem neuen Einsatzort auf's Neue (§ 7 Abs. 1 Satz 2). Gesonderte Vorgaben bestehen, wenn Anlagenbetreiber sowohl mobile als auch stationäre Anlagen einsetzen.

Aus der Tatsache, dass die Fremdüberwachung auch die Annahmekontrolle und die werkseigene Produktionskontrolle zu überprüfen hat (§ 7 Abs. 3 Satz 4), ergibt sich, dass der Betreiber – fast selbstredend – die Eigenkontrollen zu dokumentieren hat. Daneben sind ohnehin z.B. die Probenahmeprotokolle, die im Rahmen der werkseigenen Produktionskontrolle erstellt werden, 5 Jahre lang aufzubewahren; die Rückstellproben sind mindestens 6 Monate aufzubewahren (§ 8 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1; zu den Dokumentationspflichten siehe auch § 12 und § 17).

3.1 Abweichung von den Materialwerten

Stellt sich im Zuge der Fremdüberwachung heraus, dass das Material nicht den Materialwerten entspricht, denen es ursprünglich zugeordnet worden war, so ist zunächst eine Wiederholungsprüfung vorzunehmen. Ergibt sich im Zuge der Wiederholungsprüfung wieder eine Überschreitung, so ist die aufbereitete Fraktion der nächst höheren Materialklasse zuzuordnen. Werden Werte ermittelt, die die Materialwerte der EBV übersteigen, so ist das Material anderweitig ordnungsgemäß zu entsorgen. Ferner ist die zuständige Behörde über die Überschreitung zu informieren, sodass **der Fremdüberwacher zum verlängerten Arm der Überwachungsbehörde** wird.

Allerdings werden dem Sachverständigen / dem Fremdüberwacher keine Befugnisse dahingehend eingeräumt, eine eigenständige Bewertung vorzunehmen, ob die Abweichung **tatsächlich relevant** und die Neu-Einstufung verhältnismäßig sind. So ist z.B. bei einer nur geringfügigen Überschreitung des Sulfatwertes bei RC-Baustoffen bereits eine Höhereinstufung und die Meldepflicht verbindlich vorgegeben, auch dann, wenn der Sachverständige selbst die Überschreitung als irrelevant / vernachlässigbar einschätzt.

3.2 Feststellung von Mängeln

Stellt der Fremdüberwacher im Rahmen der Fremdüberwachung Mängel

- in der Durchführung oder
- der Dokumentation

der werkseigenen Produktionskontrolle fest, so **hat** die Überwachungsstelle dem Betreiber eine Frist zur Behebung der Mängel zu setzen und **bereits zu diesem Zeitpunkt die zuständige Überwachungsbehörde hierüber schriftlich zu unterrichten**. Nach Ablauf der Frist ist eine erneute Überwachung durchzuführen. Stellt die Überwachungsstelle erneut Mängel fest, so stellt sie die Überwachung ein, d.h., der Fremdüberwacher **hat** die Überwachung einzustellen. Dies muss die Überwachungsstelle schriftlich und mit Angabe von Gründen sowohl dem Betreiber als auch der zuständigen Überwachungsbehörde mitteilen (§ 13 Abs. 2). Die zuständige Behörde gibt die Aufbereitungsanlage, für die die Fremdüberwachung eingestellt ist, auf ihrer Internet-Seite bekannt (§ 13 Abs. 3). Das aufbereitete Material darf dann nur noch mit Zustimmung der zuständigen Behörde verwertet oder gemeinwohlverträglich beseitigt werden.

Problematisch erscheinen hier gleich mehrere Punkte:

- Erfasst werden grundsätzlich alle, selbst **unwesentliche** Mängel.
- Ferner muss es sich bei der Wiederholungsprüfung nicht um denselben Mangel handeln, der bei der Erstprüfung festgestellt wurde.

- Bereits mit der ersten Mängelfeststellung ist zudem die zuständige Behörde zu informieren, sodass die **Fremdüberwachung** auch hierüber letztlich zum **verlängerten Arm der Überwachungsbehörde** wird.
- Selbst dann, wenn bei der Wiederholungsprüfung
 - ein anderer Mangel als bei der Erstprüfung festgestellt wird und
 - es sich bei diesem, bei der Wiederholungsprüfung festgestellten Mangel, nur um einen unwesentlichen Mangel handelt,
 ist wiederum die zuständige Behörde zu informieren. Diese löscht die Anlage aus der Liste der Aufbereitungsanlagen, die über ein Prüfzeugnis verfügen.

Damit wird die Güteüberwachung, die zunächst als freiwillige Maßnahme zur Gütesicherung für Aufbereitungsanlagen gedacht war, zu einer **Existenzbedrohung** für die Betreiber von Aufbereitungsanlagen. Und zwar unabhängig davon, ob die festgestellten Mängel überhaupt relevant / wesentlich für den ordnungsgemäßen Anlagenbetrieb sind oder nicht.

So wäre etwa eine fehlerhafte Dokumentation (z.B. das Fehlen eines Datums oder einer Unterschrift) ein Mangel, auch wenn die Materialwerte umfänglich eingehalten wurden. Dasselbe gilt, wenn in einer im Rahmen der werkseigenen Produktionskontrolle kontrollierten Charge anstatt 5.000 t tatsächlich 5.150 Tonnen kontrolliert wurden. In all diesen Fällen wird die Vermarktung der aufbereiteten Materialien unzulässig. Es muss abgewartet werden, bis die Fremdüberwachung wieder aufgenommen wird.

Letztlich werden hierüber die immissionsschutzrechtlichen Mittel zur Untersagung des Weiterbetriebs einer Anlage gravierend erweitert. Es wäre lediglich eine weitere Aufbereitung ‚auf Halde‘ möglich, nicht aber der Einsatz / die Vermarktung der aufbereiteten Materialien. Dies führt fast selbstredend zu einem unwirtschaftlichen Betrieb, zumal **nicht** klargestellt ist, dass die Behebung des Mangels und die Wieder-Anerkennung des Betriebs innerhalb bestimmter Fristen zu erfolgen hat.

3.3 Verhältnismäßigkeit?

Das Immissionsschutzrecht berücksichtigt insoweit den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. So ist in § 20 BImSchG klargestellt, dass der Weiterbetrieb einer Anlage z.B. dann untersagt werden **kann** (nicht muss oder soll), wenn gegen immissionsschutzrechtliche Pflichten oder Auflagen verstoßen wird. Der Weiterbetrieb **ist** nur dann zu untersagen, wenn dieser eine unmittelbare Gefährdung der menschlichen Gesundheit verursacht oder eine unmittelbare erhebliche Gefährdung der Umwelt darstellt oder aber zu schweren Unfällen führen kann.

Nach der hier getroffenen Vorgabe wird jedoch der wirtschaftliche Betrieb einer Aufbereitungsanlage, der die Möglichkeit der Vermarktung der erzeugten Ersatzbaustoffe entzogen wird, verunmöglicht. Dies gilt für jeden und letztlich selbst für jeden **unerheblichen** Mangel.

In § 13 wird mithin keine Erwägung dahingehend vorgenommen, um welchen Mangel es sich bei der werkseigenen Produktionskontrolle handelt und ob dieser – vergleichbar der immissionsschutzrechtlichen Kriterien für die Untersagung des Weiterbetriebs einer Anlage – tatsächlich relevant ist oder als unerheblich zu werten ist. Mit der Vorgabe des § 13 Abs. 2 ist daher gleichfalls der verfassungsrechtlich garantierte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verletzt.

Nachvollziehbar wäre insoweit allenfalls, dass bei Feststellung **nicht unerheblicher** Mängel die Ersatzbaustoffe / Sekundärbaustoffe nicht mehr **als Produkt** vermarktet werden dürfen. Doch der Produktstatus von aufbereiteten Ersatzbaustoffen wurde jedenfalls bislang ohnehin nicht anerkannt.

4. Vorlage der Dokumentationen bei den zuständigen Behörden

Die Dokumentationen bzgl. der Eigenüberwachung und der Fremdüberwachung sind der zuständigen Behörde **auf Verlangen** vorzulegen (§ 12 Abs. 2; siehe auch § 17 Abs. 3). Dies kann wiederum zu einem sehr uneinheitlichen Vollzug führen.

V. Anzeigen, Lieferscheine, Rückbau, Dokumentation und Ersatzbaustoffkataster

Zu den Anzeige- und Dokumentationspflichten ist zunächst allgemein anzumerken, dass die vorgesehenen, umfangreichen Anforderungen im Rahmen der Diskussionen um diese Verordnung (einschließlich der diversen vorgelegten Entwürfe) stets kritisiert wurden. Diese Kritikpunkte wurden jedoch vom Verordnungsgeber in keiner Weise aufgegriffen. Vielmehr wurden die Anforderungen mit der nun verabschiedeten Verordnung teilweise nochmals erheblich verschärft.

1. Anzeigepflicht und Ersatzbaustoffkataster für bestimmte Ersatzbaustoffe

Für den Einsatz / den Einbau bestimmter Ersatzbaustoffe, die den höheren Materialwerten zuzuordnen sind, bestehen vorgegebene Mindestmengen für den Einbau (§ 20). Darüber hinaus bestehen für diese Materialien sowie für weitere Ersatzbaustoffe (Baggergut der Klasse F3, Bodenmaterial der Klasse F3 sowie RC-Baustoffe der Klasse F3) Anzeigepflichten (§ 22 Abs. 1). Im Rahmen dieser Anzeigen, die mindestens 4 Wochen vor dem Einbau vorzunehmen sind, sind umfangreiche Angaben über alle relevanten Fragen zu treffen.

Dasselbe gilt für Ersatzbaustoffe, die in einem Wasser- oder Heilquellenschutzgebiet eingebaut werden (siehe dazu oben, Ziffer III.2.2).

Ein Verstoß gegen die Anzeigepflichten stellt – selbstverständlich – wieder eine Ordnungswidrigkeit dar.

Über den Einsatz / den Einbau der in § 20 genannten sowie der weiteren, in § 22 genannten Fraktionen wird zudem ein Ersatzbaustoffkataster geführt (§ 23).

Auf die Anforderungen des § 20 und § 22 Abs. 1 soll in diesem Rahmen nicht vertieft eingegangen werden, da entsprechende Materialien ohnehin kaum im normal laufenden Betrieb einer Aufbereitungsanlage aufbereitet und vermarktet werden. Denkbar ist der Einsatz ggf. z.B. im Rahmen von Straßenbaumaßnahmen oder bei der Sanierung von Altlasten; bei solchen Maßnahmen sind die Behörden aber ohnehin regelmäßig federführend beteiligt.

Dennoch sei auch hier angemerkt, dass auch Materialien, die höheren Materialwerten zuzuordnen sind, für bestimmte Einsatzbereiche durchaus gut, geeignet und umweltverträglich verwendet werden können. Bei ‚normalen‘ Produkte – wie z.B. in jedem Baumarkt erhältlichen Farben und Lacken, die ihrerseits nicht unerhebliches Gefahrenpotential in sich bergen – reicht es aus, wenn stets exakt beschrieben wird, für welchen Einsatz diese Materialien geeignet sind und welcher Umgang empfohlen wird. Im Übrigen sind diese Produkte frei handelbar. Für die hier genannten Ersatzbaustoffe bestehen hingegen gesonderte Anzeigepflichten gegenüber der zuständigen Behörde.

Darüber hinaus erinnert das ‚Ersatzbaustoffkataster‘ ohnehin an das Altlastenkataster, ohne dass es unmittelbar so genannt wird.

2. Einbau von Ersatzbaustoffen

Für den Einbau von Ersatzbaustoffen ist stets eine bodenkundliche Untersuchung erforderlich, um die Grundwasserdeckschichten zu ermitteln. Diese Untersuchung muss entsprechend der Vorgabe des § 19 Abs. 8 erfolgen. Angesichts der Komplexität dieser Vorgabe wird grundsätzlich – so auch bei den als unbelastet eingestuften Materialien – stets eine fachmännische Beurteilung erforderlich werden. Diese Anforderungen sind im Vergleich zum Kabinettsbeschluss von Mai 2017 nochmals umfassend erweitert worden und bleiben letztlich auch für Fachleute unverständlich.

§ 19 Abs. 8 definiert darüber hinaus die Anforderungen an die Grundwasserdeckschicht. Hiernach dürfen Ersatzbaustoffe grundsätzlich nicht auf **kiesigem** Untergrund eingesetzt werden. Dies schließt jedoch aufgrund der geologischen Verhältnisse in vielen Regionen, in denen vorrangig ein kiesiger Untergrund vorzufinden ist, den Einsatz / die Verwendung von Ersatzbaustoffen grundsätzlich aus. Ob und unter welchen Voraussetzungen eine Sorptionsschicht eingebaut werden kann, bleibt hingegen auch nach Prüfung durch einschlägige Fachleute ungeklärt.

Das Bundesumweltministerium hat sich auf Anfrage hierzu sinngemäß wie folgt geäußert: Wenn die Voraussetzungen an die Grundwasserdeckschicht nicht erfüllt werden können, sei der Einbau gemäß Ersatzbaustoffverordnung nicht zulässig. Es bestehe jedoch die Möglichkeit einer Einzelfallgenehmigung (einer wasserrechtlichen Erlaubnis). Alternativ könne die Grundwasserdeckschicht in Abstimmung mit der zuständigen Behörde auch künstlich hergestellt werden.

Beides – also eine wasserrechtliche Erlaubnis oder das Erstellen einer Grundwasserdeckschicht in Abstimmung mit der zuständigen Behörde – wird jedoch zu einem höchst uneinheitlichen Vollzug führen. Ferner dürfte die Akzeptanz des Einsatzes von Ersatzbaustoffen nochmals erheblich geschmälert werden.

Der Verordnungsgeber hat es mithin versäumt, einheitliche Anforderungen an eine Grundwasserdeckschicht in kiesigen Regionen – sei es durch einen Mindestabstand zum nächsten Grundwasserleiter, sei es durch Vorgaben an die künstlich herzustellende Sorptionsschicht – vorzugeben.

Für den Einsatz von Ersatzbaustoffen in Dämmen und Wällen gelten zudem die zusätzlichen Anforderungen des § 19 Abs. 9.

3. Keine wasserrechtliche Erlaubnis erforderlich

In § 21 wird klargestellt, dass Einbaumaßnahmen keiner wasserrechtlichen Erlaubnis bedürfen, wenn die Anforderungen der §§ 19 und 20 eingehalten werden. Darüber hinaus können Einzelfallzulassungen für Einbauweisen oder für Abweichungen von den vorgegebenen Grenzwerten auf Antrag erteilt werden, wenn nachteilige Veränderungen der Grundwasserbeschaffenheit und schädliche Bodenveränderungen nicht zu besorgen sind. Diese Vorgabe ist tatsächlich – auch angesichts des Verhältnismäßigkeitsgrundes und des Gleichbehandlungsgrundsatzes – zu begrüßen. Dennoch ist zu befürchten, dass aufgrund der detailliert vorgegebenen Materialwerte und der Einbauweisen eine Abweichung hiervon nur schwerlich von den zuständigen Behörden zugelassen werden wird.

Zur geplanten Novellierung des § 21 Abs. 3a

Immerhin ist mit der Novellierung vorgesehen, dass nach § 21 Abs. 3a im Verkehrswegebau landesspezifische Regelungen im Hinblick auf die Anwendung von technischen Regelwerken getroffen und durch Leitfäden konkretisiert werden können. Solche länderspezifischen Regelwerke können somit zumindest im Verkehrswegebau insoweit den Vollzugsbehörden ‚den Rücken stärken‘ dahingehend, tatsächlich im Einzelfall Abweichungen und damit Einzelfallzulassungen für Einbauweisen oder für Abweichungen von den vorgegebenen Grenzwerten zuzulassen.

4. Dokumentation des Verbleibs sämtlicher Ersatzbaustoffe

Der Verbleib **sämtlicher** Ersatzbaustoffe ist zu dokumentieren (§ 25). Diese Dokumentation muss vom erstmaligen Inverkehrbringer bis hin zum tatsächlichen Einbau in ein technisches Bauwerk reichen. Problematisch erscheint hier bereits, dass jedenfalls bislang von Bauunternehmen Ersatzbaustoffe gekauft werden und das Bauunternehmen erst danach den / die endgültige(n) Einsatzort(e) bestimmt.

In den Lieferscheinen, die mitzuführen sind, ist zum einen die Materialfraktion – welche Materialwerte vorliegen und entsprechend der Einbauweisen der Anlagen 2 und 3 mit den dazugehörigen Fußnoten wo eingebaut werden dürfen – zu beschreiben. Ferner sind die Körnung und die Bodengruppe, in der die Materialien eingebaut werden dürfen, anzugeben. Zudem sind Untersuchungsstellen, ggf. die Abfallschlüsselnummern, die Menge, das Abgabedatum und der Beförderer anzugeben (siehe im Einzelnen § 25 Abs. 1 sowie Anlage 7).

Ein Lieferschein kann entfallen, wenn für eine Baumaßnahme ausschließlich ≤ 200 Tonnen Boden oder vergleichbares Material der niedrigeren Materialklassen eingebaut werden (siehe § 25 Abs. 3 Satz 3).

Nach Vorlage des Lieferscheins muss der Verwender die Angaben im Deckblatt nach Anlage 8 eintragen (siehe auch § 25 Abs. 3). Hierzu zählen u.a. der Bauherr, der Einbauort, die Bodenart der Grundwasserdeckschicht und der Grundwasserabstand sowie die Lage der Baumaßnahme im Hinblick auf Wasserschutzbereiche (Wasserschutzgebiete und vergleichbare Gebiete, siehe § 2 Nr. 17).

Daneben ist bei ‚kritischen Baumaßnahmen‘, so etwa, wenn es sich um die Verlegung von Erdkabeln handelt, dieses Deckblatt dem Betreiber dieser ‚kritischen Dienstleistung‘ zu übergeben (§ 25 Abs. 3 am Ende). Es ist zwar kaum ersichtlich, weshalb der Betreiber einer ‚kritischen Dienstleistung‘ andere Vorsichtsmaßnahmen in Bereichen, in denen Erdkabel verlegt sind, wahr, wenn dort Ersatzbaustoffe eingesetzt wurden. Nichtsdestotrotz wurde selbst diese Verpflichtung in die Verordnung aufgenommen.

Ein Verstoß gegen diese Dokumentationspflichten stellt selbstredend wiederum eine Ordnungswidrigkeit dar.

Der Aufbereiter bzw. Inverkehrbringer von nicht aufbereitetem Boden / Baggergut hat die Dokumente 5 Jahre lang aufzubewahren. Der Grundstückseigentümer muss die Dokumente hingegen solange aufbewahren, **wie der verwendete Ersatzbaustoff eingebaut ist**.

Auch diese umfassenden Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten werden kaum zu einer Akzeptanzsteigerung für den Einsatz von Sekundärbaustoffen / Ersatzbaustoffen führen. Vielmehr muss davon ausgegangen werden, dass diese Pflichten viele Bauherren davon abschrecken werden, entsprechende Materialien zu verwenden.

Denn neben diesen Dokumentationspflichten wird die Skepsis, ob diese Materialien tatsächlich wie Primärbaustoffe umweltverträglich verwendet und eingebaut werden können, eher noch gesteigert. Anstatt die umweltverträgliche Verwendung von Sekundärbaustoffen zu unterstreichen und hervorzuheben, werden, so ist zu befürchten, viele Bauherren von der Verwendung von Sekundär- / Ersatzbaustoffen Abstand nehmen und auf Primärbaustoffe zurückgreifen. Unabhängig davon, welche Schadstoffbelastungen diese Primärbaustoffe ihrerseits ggf. aufweisen.

5. Rückbau, Sanierung oder Reparatur technischer Bauwerke

Beim Rückbau, der Sanierung oder Reparatur technischer Bauwerke sind die verwendeten Ersatzbaustoffe grundsätzlich **getrennt** voneinander und von (ursprünglichen) Primärbaustoffen zu sammeln, zu transportieren und wieder zu verwenden bzw. zu verwerten (§ 24 Abs. 1). Ein Verstoß stellt wiederum eine Ordnungswidrigkeit dar. Eine Ausnahme gilt insoweit für RC-Baustoff; dieser kann mit gleichartigen Abfällen aus Primärbaustoffen gesammelt und befördert werden (§ 24 Abs. 3). Allerdings ist auch

hier nicht klargestellt, dass die RC-Baustoffe gemeinsam mit den (ehemaligen) Primärbaustoffen verwendet / verwertet / aufbereitet werden können.

Ferner gilt eine Ausnahme, wenn die getrennte Sammlung technisch nicht möglich oder wirtschaftlich nicht zumutbar ist, wobei vergleichbare Kriterien wie bei der GewAbfV angesetzt werden (so insbesondere Platzgründe, sehr geringe Mengen und Verunreinigungen). Vergleichbar den Anforderungen der GewAbfV ist auch hier zu dokumentieren, wenn eine Getrenntsammlung nicht vorgenommen wird (§ 24 Abs. 5, der gleichzeitig eine Kleinmengenregelung ($\leq 50 \text{ m}^3$) enthält).

Sammlung, Transport, Wiederverwendung und Verwertung sind selbstredend zu dokumentieren.

Letztlich ist die Sinnhaftigkeit dieser Vorschrift nicht nachvollziehbar. Egal ob RC-Baustoff oder Primärbaustoffe, Boden als Ersatzbaustoff oder Boden als natürlich vorkommendes Material: Sobald ausgebaut / rückgebaut wird, wird zunächst grundsätzlich alles als Abfall eingestuft. Insoweit ist es auch unerheblich, ob das, was beim Rückbau als Abfall anfällt, vormals als Primärbaustoff eingesetzt worden war.

Doch auch hier ist zu befürchten, dass viele Bauherren von dem Einsatz von Ersatzbaustoffen (korrekt: Sekundärbaustoffen) zurückschrecken werden, wenn sie auf die Pflicht zum selektiven Sammeln, Transportieren, Wiederverwenden und Verwerten der beim Rückbau / der Sanierung / der Reparatur anfallenden, ursprünglich eingesetzten Ersatzbaustoffe hingewiesen werden. Und dieser Rückbau, die Sanierung oder Reparatur erfolgt oftmals erst viele Jahre, ggf. erst Jahrzehnte später. Doch selbst dann bleibt der Bauherr bzw. der Grundstückseigentümer noch in der Pflicht, da er viele Jahre zuvor Ersatzbaustoffe verwendet hat, deren Geeignetheit und umweltverträgliche Nutzung ihm – eigentlich – bestätigt worden waren.

Zudem ist der Verwender von Ersatzbaustoffen, die § 22 Abs. 1 unterliegen, verpflichtet, den Rückbau der jeweiligen technischen Bauwerke zuvor bei der zuständigen Behörde anzuzeigen (§ 22 Abs. 6).

VI. Weitere Ordnungswidrigkeiten

Weitere Tatbestände, die den Vorwurf einer Ordnungswidrigkeit begründen können, sind – fast selbstverständlich – in die Verordnung aufgenommen worden (siehe § 26). So stellt beispielsweise jede nicht, nicht richtige, nicht vollständige oder nicht rechtzeitige Dokumentation eine Ordnungswidrigkeit dar, für die ein Bußgeld verhängt werden kann. Eine falsch eingetragene Datumsangabe kann somit bereits den Vorwurf einer Ordnungswidrigkeit begründen. Dasselbe gilt z.B. für die durchzuführenden Untersuchungen.

Auch bezüglich der Verhängung von Bußgeldern zeigt die Erfahrung, dass sehr unterschiedliche Maßstäbe bei den zuständigen Behörden zugrunde gelegt werden. Auch insoweit sind ein uneinheitlicher Vollzug und eine erhebliche Belastung einzelner Firmen, die die Aufbereitung zum Zwecke der Gewinnung wertvoller Sekundärbaustoffe zur Einsparung von Primärbaustoffen betreiben, vorprogrammiert.

VII. Zusammenfassende Einschätzung

„Stoffkreisläufe sollen möglichst geschlossen werden, indem Abfälle der Wirtschaft wieder als Sekundärrohstoffe zur Verfügung gestellt werden. Abfälle sind wertvolle Rohstoffe, die effektiv genutzt werden können, um natürliche Ressourcen zu schonen.“ So das Bundesumweltministerium auf seiner Internet-Seite.

Angesichts so mancher aktuellen Regelung – so etwa in der neuen TA Luft oder der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift Abfallbehandlungsanlagen – stellt sich allerdings die Frage, ob diese neuen Vorgaben tatsächlich sachgerecht sind. Bei genauerer Prüfung ergibt sich, dass manche dieser Vorgaben eine sinnvolle Recyclingpraxis ohne Not schlicht und einfach konterkarieren oder zumindest erheblich erschweren, ohne dass ein verbesserter Schutz der Umwelt erkennbar ist.

Dies gilt auch für die in der MantelV verankerte EBV. Mit dieser Verordnung sollte das Recycling und die Verwendung mineralischer Sekundärbaustoffe geregelt und gefördert werden, um angesichts der vielfältigen und umfangreichen Baumaßnahmen natürliche Primärbaustoffe zu schonen. Allerdings stellt der Ordnungsgeber mit der EBV so hohe Klippen auf, dass die Akzeptanz für den Einsatz von Sekundärbaustoffen in keiner Weise gefördert werden wird. Die umfangreichen Anforderungen haben eher einen abschreckenden Charakter als dass sie einen Anreiz dafür bieten, in verstärktem Umfang Sekundärbaustoffe zu nutzen.

Weder mit dem KrWG noch mit der EBV wurde der Produktstatus – und sei es zumindest für bestimmte Sekundärbaustoffe / Ersatzbaustoffe – bislang bestätigt. Den Einsatz von Abfällen scheuen aber nicht nur die meisten privaten Bauherren, sondern auch die öffentliche Hand selbst. Wer will schon Abfälle in seinen Baumaßnahmen verwenden? Eine vorrangige Verpflichtung der öffentlichen Hand zur vorrangigen Nutzung von Sekundärrohstoffen / Sekundärbaustoffen wurde jedenfalls auf Bundesebene nicht verbindlich eingefügt. Hinzu kommen die umfangreichen Anzeige-, Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten bis hin zum gesonderten Rückbau.

Darüber hinaus erscheint ohnehin fraglich, ob die EBV den verfassungsrechtlichen Grundsätzen entspricht, konkret, ob sie dem im Grundgesetz verankerten Bestimmtheitsgebot genügt, ob die Anforderungen erforderlich und damit angemessen sind und ob einzelne Vorgaben mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz und dem Grundsatz ‚Bundesrecht bricht Landesrecht‘ vereinbar sind.

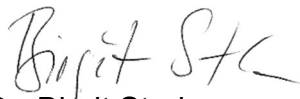
Zum formalen Aufbau der Verordnung bleibt anzumerken, dass diese nicht nur für den Praktiker schon allein wegen der vielen Querverweise und der teilweise unsystematisch aufgebauten Fußnoten kaum lesbar ist. Sie enthält zudem widersprüchliche Anforderungen und wirft Fragen auf, die auch nach mehrmaligem Lesen des Verordnungstextes unerklärt bleiben.

Für die Betreiber von Aufbereitungsanlagen werden zudem neue Pflichten geschaffen, die als unverhältnismäßig zu werten sind. Die Konsequenzen bei einem aus welchen Gründen auch immer erfolgten Verstoß sind wesentlich strenger als etwa die Gründe,

die nach BImSchG zur Untersagung des Weiterbetriebs einer Anlage führen können. Dies gilt selbst für minimale, vollkommen unwesentliche Verstöße.

Schließlich ist bei vielen, vermeintlich strikt anzuwendenden Vorgaben der unterschiedliche Vollzug – von Land zu Land und von Vollzugsbehörde zu Vollzugsbehörde – bereits vorprogrammiert.

Im Ergebnis kann die EBV daher nur als „Anti-Recycling-Verordnung“ tituliert werden. Leider ergibt sich aus den vorgesehenen Änderungen der Verordnung kein günstigeres, positiveres Bild. Weder der Einsatz von Sekundärbaustoffen noch dessen Akzeptanz werden durch die vorgesehene Novellierung gestärkt. Der Produktstatus zumindest bestimmter, als umweltunschädlich eingestufte Sekundärbaustoffe bleibt nach wie vor offen. Daneben bleiben die umfangreichen Anzeige- und Dokumentationspflichten bestehen. Als positiv zu werten ist lediglich der Ansatz, dass über § 21 Abs. 3 zumindest im Verkehrswegebau Abweichungen und damit Einzelfallzulassungen für Einbauweisen oder für Abweichungen von den vorgegebenen Grenzwerten zugelassen werden können.



Dr. Birgit Stede
Rechtsanwältin