

---

# Handlungshilfe zur behördlichen Prüfung des abfallrechtlichen Nebenproduktstatus

---

# Inhalt

Einleitung.....	3
Gesetzliche Systematik der Statusklärung .....	3
Nebenprodukte .....	5
Sicherstellung der weiteren Verwendung.....	6
Keine Erforderlichkeit einer über ein normales industrielles Verfahren hinausgehenden Vorbehandlung .....	10
Erzeugung als integraler Bestandteil eines Herstellungsprozesses.....	11
Rechtmäßigkeit der weiteren Verwendung .....	11
Behördliche Handlungsmöglichkeiten.....	13
Behördliche Überwachung der Einstufung .....	13
Anlässe für eine behördliche Überprüfung.....	13
Regelungsmöglichkeiten und Beratung.....	15

# Einleitung

## *Gesetzliche Systematik der Statusklärung*

Ziel dieser Handlungshilfe ist es, den Leser dabei zu unterstützen, rechtssicher die Einstufung eines Stoffes oder Gegenstandes als Nebenprodukt zu überprüfen. Der Begriff des Nebenproduktes ist dabei als Abgrenzung zum Begriff des Abfalls zu betrachten.

Die Definition des Abfallbegriffs findet sich im Kreislaufwirtschaftsgesetz und umfasst alle Stoffe oder Gegenstände, derer sich ihr Besitzer entledigt, entledigen will oder entledigen muss. Ist eine dieser Voraussetzungen – die tatsächliche Entledigung, der Entledigungswille oder die Entledigungspflicht – gegeben, handelt es sich bei dem betrachteten Stoff oder Gegenstand um Abfall im Sinne des Gesetzes.

§ 3 Abs. 1 S. 1 KrWG

Bei den Stoffen oder Gegenständen, die von Erzeugern fälschlicherweise als Nebenprodukte eingestuft werden, wird eine tatsächliche Entledigung, also die Zuführung der Stoffe oder Gegenstände zu einer Verwertung oder Beseitigung, in den wenigsten Fällen vorkommen. Dieser Aspekt wird daher, wie auch die mögliche Pflicht zur Entledigung, hier nicht näher betrachtet. Entscheidend ist in den meisten Fällen vielmehr die dritte Alternative, der Entledigungswille.

Hinsichtlich des Entledigungswillens gibt es die gesetzliche Grundsatzvermutung, dass ein Entledigungswille hinsichtlich solcher Stoffe oder Gegenstände besteht, die bei der Energieumwandlung, Herstellung, Behandlung oder Nutzung von Stoffen oder Erzeugnissen oder bei Dienstleistungen anfallen, ohne dass der Zweck der jeweiligen Handlung hierauf gerichtet ist. Mit anderen Worten: Für Stoffe oder Gegenstände, die nebenher, gleichsam ungewollt anfallen, gilt zunächst die gesetzliche Vermutung, dass ein Entledigungswille des Besitzers besteht, diese Stoffe oder Gegenstände also als Abfall anfallen.

§ 3 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 KrWG

- ! Gesetzliche Grundsatzvermutung: Stoffe oder Gegenstände, die nebenher, gleichsam ungewollt anfallen, sind Abfall.

Historisch betrachtet war nun über die Definition des Entledigungswillens auszulegen, ob der Anlagenbetrieb zumindest als Nebenzweck auch der Herstellung des betrachteten Stoffes oder Gegenstandes dient. Da dies zu erheblichen Abgrenzungsproblemen zwischen Abfällen und Nebenprodukten führte, wurde inzwischen eine gesetzliche Regelung eingeführt, die bestimmt, unter welchen Bedingungen ein Stoff oder Gegenstand als Nebenprodukt und nicht als Abfall anzusehen ist.

§ 4 Abs. 1 KrWG

Sind die normierten Voraussetzungen erfüllt, handelt es sich bei dem betrachteten Stoff oder Gegenstand kraft Gesetzes um ein Nebenprodukt. Es bedarf dazu keiner konstitutiven Feststellung, etwa durch einen Verwaltungsakt.

- ! Der Nebenproduktstatus muss nicht behördlich festgestellt oder bestätigt werden.

Aufgrund der oben beschriebenen gesetzlichen Grundsatzvermutung hinsichtlich des Entledigungswillens, liegt die Beweislast für das Vorliegen eines Nebenproduktes jedoch beim Erzeuger des Stoffes oder Gegenstandes. Solange der Erzeuger nicht das Vorliegen aller Voraussetzungen eines Nebenproduktes geprüft hat und schlüssig darlegen kann, dass diese erfüllt sind, handelt es sich bei dem betrachteten Stoff oder Gegenstand um Abfall.

- ! Die Beweislast für den Nebenproduktstatus liegt beim Erzeuger des Stoffes oder Gegenstandes.

# Nebenprodukte

Fällt ein Stoff oder Gegenstand bei einem Herstellungsverfahren an, dessen hauptsächlicher Zweck nicht auf die Herstellung dieses Stoffes oder Gegenstandes gerichtet ist, ist er als Nebenprodukt und nicht als Abfall anzusehen, wenn

§ 4 Abs. 1 KrWG

1. sichergestellt ist, dass der Stoff oder Gegenstand weiterverwendet 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 gesetzliche Statusbestimmung gilt nur für Stoffe oder Gegenstände, die bei Herstellungsverfahren anfallen. Aufgrund des Regel-Ausnahme-Verhältnisses der Nebenproduktbestimmung in § 4 KrWG zur Grundsatzannahme eines Entledigungswillens, ist das Herstellungsverfahren in Abgrenzung von den anderen genannten Tätigkeiten – Energieumwandlung, Behandlung oder Nutzung von Stoffen oder Erzeugnissen und Dienstleistungen – zu verstehen. In der Entscheidung vom 17.11.2022 – C-238/21 (sog. „Porr-Urteil“) sieht der EuGH die Bautätigkeit, die ausgehobenes Bodenmaterial erzeugt, als Herstellungsverfahren im Sinne des Art. 5 Abs. 1 AbfRRL an.

Fallen Stoffe oder Gegenstände bei anderen Tätigkeiten als Herstellungsverfahren an, regelt der oben wiedergegebene § 4 KrWG die Nebenprodukteigenschaft nicht. In diesen Fällen, etwa bei nebenher anfallenden Stoffen aus Kraftwerken, ist weiterhin die grundsätzliche Annahme des Entledigungswillens nach § 3 Abs. 3 Nr. 1 KrWG auszulegen. Die Prüfkriterien dieser Auslegung sind jedoch analog zu § 4 KrWG zu wählen, sodass der Ablauf der Prüfung sich nicht unterscheidet, sondern lediglich die Rechtsgrundlage für die Stuseinstufung eine andere ist.

- ! Die gesetzliche Nebenproduktdefinition gilt nur für Materialien, die bei Herstellungsverfahren anfallen. Der Prüfungsablauf ist in anderen Bereichen, z. B. bei Kraftwerksnebenprodukten aber analog, basiert lediglich auf einer anderen Rechtsgrundlage.

Im Folgenden werden die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen für die Nebenprodukteigenschaft von Stoffen oder Gegenständen aus Herstellungsverfahren näher betrachtet. Zu beachten ist dabei, dass die Voraussetzungen nach dem Wortlaut und Sinn der Norm bereits zum Zeitpunkt, in dem der Stoff oder Gegenstand anfällt,

- ! Die Voraussetzungen eines Nebenproduktes müssen zum Zeitpunkt des Materialanfalls erfüllt sein, sonst handelt es sich um Abfall. Ein späterer Wechsel von Abfällen in den Status eines Nebenproduktes ist nicht möglich.

erfüllt sein müssen. Anderenfalls fällt der Stoff oder Gegenstand als Abfall an. Die zunächst fehlende Voraussetzung kann auch nicht zu einem späteren Zeitpunkt geheilt werden. Einmal als Abfall angefallene Stoffe oder Gegenstände können nicht nachträglich noch in den Status eines Nebenproduktes wechseln.

Fallen Materialien nicht als Nebenprodukt, sondern als Abfall an, bleibt der Status des Nebenproduktes somit verwehrt. Dennoch kann ein solches Material nach dem Durchlaufen eines Verwertungsverfahrens, bei dem gegebenenfalls noch notwendige Anpassungen von Materialeigenschaften erfolgen, aus dem Status eines Abfalls entlassen werden, wenn das Ende der Abfalleigenschaft gemäß der Regelung des Kreislaufwirtschaftsgesetzes erreicht ist. Unter Umständen kann bereits die bloße „Prüfung, Reinigung und Reparatur“ eines Abfalls das Ende der Abfalleigenschaft herbeiführen.<sup>1</sup>

§ 5 Abs. 1 KrWG

Dementsprechend können auch die Tatbestandsvoraussetzungen für den Status eines Nebenproduktes und für das Ende der Abfalleigenschaft nicht gleichzeitig vorliegen, sondern schließen sich gegenseitig aus: Während Stoffe oder Gegenstände nur dann das Ende der Abfalleigenschaft erreichen können, wenn sie zuvor Abfälle sind, waren Nebenprodukte, bei deren Anfall bereits alle Voraussetzungen eines Nebenproduktes erfüllt sein müssen, nie Abfall und können auch nicht aus einem solchen hervorgehen.

Die Einstufung als Nebenprodukt kann sich auch auf einen abgrenzbaren Teil einer Gesamtmenge beziehen, etwa, wenn nur für einen Teil die weitere Verwendung sichergestellt ist. Während dieser Teil der Gesamtmenge dann als Nebenprodukt anfällt, wird die verbleibende Menge als Abfall anfallen.

### *Sicherstellung der weiteren Verwendung*

Die nicht als Hauptzweck der Anlage hergestellten Stoffe oder Gegenstände fallen nur dann nicht als Abfälle an, wenn für ihre geplante Verwendung eine gesicherte positive

---

<sup>1</sup> Jarass/Petersen, KrWG 2. Auflage 2022, § 5 Rn. 41

Prognose besteht. Dabei muss die Verwendungsabsicht bereits im Herstellungsverfahren nachgewiesen sein.<sup>2</sup> Es soll verhindert werden, dass Stoffe oder Gegenstände, für die keine weitere Verwendung mehr besteht, die also die abfalltypische Gefahr einer nicht ordnungsgemäßen Entsorgung innehaben, unter dem Deckmantel eines Nebenproduktes der Kontrolle des Abfallrechts entzogen werden. Nicht ausreichend in dieser Hinsicht ist es, wenn ein Stoff oder Gegenstand zunächst auf unbestimmte Zeit gelagert wird, bis eine Verwendung dafür gefunden wird. In diesem Fall handelt es sich um Abfall.

Die gesicherte positive Prognose besteht etwa hinsichtlich Stoffen oder Gegenständen, für die gültige Abnahmeverträge bestehen. Hierbei ist jedoch grundsätzlich darauf zu achten, dass ein wirtschaftlicher Vorteil wie ein Erlös erzielt wird (positiver Marktwert). Auch die Qualität des Stoffes, eine relevante Kostenersparnis bei der Verwendung statt Entsorgung, vertragliche Vorkehrungen zur Sicherstellung der Verwendung, Garantien des Entsorgers oder langfristige Handelsverträge können ein mögliches Kriterium der Sicherstellung der weiteren Verwendung sein<sup>3</sup>. Besteht kein wirtschaftlicher Vorteil, bleibt zu befürchten, dass das Material nicht ordnungsgemäß entsorgt wird, um Kosten zu sparen.

Entscheidend ist dabei auch, dass nach dieser Regelung die Verwendung und nicht lediglich die bloße Abgabe sichergestellt sein muss. Daher ist es nicht ausreichend, wenn ein Abnahmevertrag zwischen dem Erzeuger und einem Händler geschlossen wurde, der Händler jedoch erst Kunden sucht, wenn der Stoff oder Gegenstand bereits angefallen ist. In diesem Fall ist beim Anfallen des Stoffes oder Gegenstandes die weitere Verwendung – im Gegensatz zur Abgabe – gerade noch nicht sichergestellt. Der Stoff oder Gegenstand fällt daher gemäß dem anzunehmenden Entledigungswillen des Erzeugers als Abfall an.

---

<sup>2</sup> BT-Drucks. 216/11, S. 180

<sup>3</sup> Jarass/Petersen, KrWG 2. Auflage 2022, § 4 Rn. 39

## Bsp

Der Betreiber B einer Anlage zur Herstellung des Stoffes X erzeugt im Herstellungsprozess nebenher den Stoff Y (30 t pro Monat).

Mit dem Händler H hat B einen Vertrag geschlossen, der H verpflichtet, B jeden Monat 30 t Y abzunehmen. H hat selbst noch keinen Abnehmer für Y und lagert daher die übernommenen Mengen zunächst zwischen, während er Kunden sucht. In der Vergangenheit hat H auch stets Kunden, die den Stoff Y verwenden, (mal nach kürzerer, mal nach längerer) Suche gefunden.

Trotz des geschlossenen Abnahmevertrages mit H fällt der Stoff Y bei B nicht als Nebenprodukt, sondern als Abfall an, da in diesem Fall zwar die Abnahme aber nicht die Verwendung sichergestellt ist. Selbst wenn H in der Vergangenheit stets Verwender gefunden hat, ist für ein Nebenprodukt die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen zum Zeitpunkt des Anfalls entscheidend.

Auch wenn der Nebenproduktstatus damit verwehrt bleibt, könnte B dem H den Stoff Y möglicherweise als Abfall verkaufen, für den H, nachdem er einen Abnehmer (also eine Nachfrage) gefunden hat, gegebenenfalls das Ende der Abfalleigenschaft feststellen kann, wenn auch die übrigen Bedingungen dafür erfüllt sind. Diese Prüfung ist jedoch unabhängig vom in diesem Leitfaden betrachteten Nebenproduktstatus und wird daher hier nicht weiter beschrieben.

Eine Zwischenlagerung kann dann unschädlich sein, wenn die vorgesehene Verwendung des Stoffes – auch mit Blick auf die zeitliche Dimension – jedoch hinreichend sicher und durch Garantien abgesichert, ist.<sup>4</sup> Dies hat der EuGH im Porr-Urteil (17.11.2022 – C-238/21 ) bestätigt. Danach ist eine Lagerung von einer angemessenen Dauer zum Zwecke der vorübergehenden Verwahrung bis zur Durchführung der vereinbarten Arbeiten zulässig. Zwar fehlt im Urteil eine Konkretisierung des Begriffs „angemessene Dauer“. Jedoch verweist der EuGH auf sein Urteil vom 03.10.2013 – C-113/12 – „Brady“, aus dem hervorgeht, dass die Lagerdauer nicht über das hinausgehen darf, was erforderlich ist, damit das betreffende Unternehmen in der Lage ist, seinen vertraglichen Verpflichtungen nachzukommen. Nicht ausreichend für eine gesicherte positive Prognose ist es, wenn die Abgabe des Erzeugers an die Verwender mittels eines Händlers erfolgt, der die Verwender und die mit ihnen geschlossenen Verträge gegenüber dem Erzeuger so geheim hält, dass kein Nachweis der weiteren Verwendung gegeben wird. Die Einstufung des anfallenden Stoffes oder Gegenstandes steht in der Verantwortung des Erzeugers. Dieser kann seiner Prüfungsverpflichtung jedoch nicht vollumfänglich nachkommen, wenn er die Vertrags-

---

<sup>4</sup> Jarass/Petersen, KrWG 2. Auflage 2022, § 4 Rn. 41, VGH Mannheim Beschl v. 19.09.2013 - 10 S 1725/13



kette nicht bis zur tatsächlichen Verwendung des Stoffes oder Gegenstandes nachvollziehen kann. In diesem Fall wäre die positive Prognose, so sie dennoch besteht, zumindest nicht gesichert. Entsprechend wäre auch die weitere Verwendung für den Erzeuger nicht prüfbar sichergestellt. In diesem Fall gilt die gesetzliche Grundsatzvermutung des bestehenden Entledigungswillens beim Erzeuger, so dass der Stoff oder Gegenstand als Abfall anfällt.

## Exkurs

Was passiert, wenn die Verwendung unvorhergesehen alternativlos wegfällt?

Eine vermutlich äußerst selten vorkommende, aber dennoch denkbare Situation soll im Folgenden betrachtet werden:

Der Betreiber einer Anlage A erzeugt ein Material als Nebenprodukt, das in der Anlage B verwendet wird. Der Transport von A zu B erfolgt dabei mittels LKW. Nachdem nun ein LKW bei A gestartet und bevor er bei B angekommen ist, kommt es in der Anlage B zu einem unerwarteten Zwischenfall, der zur Folge hat, dass die Anlage B für eine längere Zeit nicht betrieben werden kann.

Bezüglich des Status ergibt sich in dieser Situation folgendes Bild:

Bei Anfall des Materials waren zunächst alle Tatbestandvoraussetzungen der Nebenprodukteigenschaft erfüllt. Mit Eintritt des Zwischenfalls in der Anlage B ist jedoch die weitere Verwendung des Materials nicht mehr sichergestellt. Ab diesem Zeitpunkt fällt das Material daher als Abfall an. Ebenfalls unproblematisch ist die bereits vor dem Zwischenfall verwendete Menge des Materials, für die bis zum Verbrauch die Voraussetzungen eines Nebenproduktes gegeben war. Es befindet sich jedoch zum Zeitpunkt des Zwischenfalls auch noch eine LKW-Ladung des Materials auf dem Transportweg. Diese Menge wurde als Nebenprodukt erzeugt, nachträglich entfällt nun jedoch die Verwendung.

Zur Bewertung des abfallrechtlichen Status (Nebenprodukt oder Abfall) der im Transport befindlichen Materialmenge nach Wegfall des Verwendungszwecks, kann auf den Sinn und Zweck der Vorschrift abgestellt werden. Unstreitig ist, dass die Verwendung als gesicherte Prognose bei Anfall des Materials feststehen muss. Dies kann allerdings nicht bedeuten, dass der nachträgliche Wegfall des Verwendungsweges unschädlich ist, da ansonsten die abfallrechtlichen Vorschriften unterlaufen und nicht kontrollierbare Grauzonen geschaffen würden. Folglich müssen die Voraussetzungen des § 4 KrWG notwendigerweise ab Anfall des Stoffes bis zur rechtmäßigen Verwendung durchgehend erfüllt sein. Die Auslegung der

Rechtsprechung und Kommentarliteratur, dass die Verwendungsabsicht bereits bei Herstellung des Stoffes feststehen muss, bedeutet nicht, dass ausschließlich zu diesem Zeitpunkt eine gesicherte Verwendungsprognose bestehen muss, sondern gibt nur den maßgeblichen Anfangszeitpunkt der Betrachtung an. Diese Auslegung entspricht auch dem Rechtsgedanken des § 3 Abs. 3 Nr. 2 KrWG auf den hilfsweise abgestellt werden könnte.

Insgesamt sei jedoch darauf hingewiesen, dass diese Überlegungen grundsätzlich nur einzelne Mengen in wenigen Fällen betreffen können. Ab dem Zeitpunkt, zu dem die weitere Verwendung wegfällt, fällt entstehendes Material nicht länger als Nebenprodukt, sondern als Abfall an.

### *Keine Erforderlichkeit einer über ein normales industrielles Verfahren hinausgehenden Vorbehandlung*

Zu prüfen ist bei diesem Tatbestandsmerkmal, ob die Vorbehandlung ein abfalltypisches Verfahren beinhaltet. Von der EU-Kommission werden darunter jene Verfahren verstanden, die auf abfallbezogene Eigenschaften des Produktionsrückstandes abzielen wie etwa Kontamination mit Störstoffen.<sup>5</sup> Vor der weiteren Verwendung des Stoffes oder Gegenstandes darf keine abfalltypische Behandlung erfolgen. Weist ein Material also Verunreinigungen oder Störstoffe auf, die es von sonst verwendeten Primärmaterialien unterscheiden, ist dies ein Hinweis darauf, dass seine Zusammensetzung nicht auf die beabsichtigte Verwendung angepasst ist. In diesem Fall handelt es sich zunächst um Abfall, der nach einer entsprechenden Verwertung gegebenenfalls das Ende der Abfalleigenschaft erreichen kann. Hingegen erlaubt ist jedenfalls die Aufbereitung des Stoffes oder Gegenstandes in einem Verfahren, das auch bei der Verarbeitung von Primärprodukten und -stoffen üblich ist.<sup>6</sup> Zur Abgrenzung von abfalltypischen und normalen industriellen Behandlungsverfahren kann möglicherweise auch die Genehmigung der behandelnden Anlage einen Hinweis geben: Handelt es sich um eine Produktionsanlage oder eine Abfallentsorgungsanlage? Nur dann, wenn der Stoff unmittelbar in eine Produktionsanlage gegeben wird, kann davon ausgegangen werden, dass keine abfalltypische Vorbehandlung erfolgt.

---

<sup>5</sup> European Commission, Guidelines on the interpretation of Directive 2008/98/EC on waste, Version 1 (Juni 2012)

<sup>6</sup> BT-Drucks. 216/11, S. 180

## *Erzeugung als integraler Bestandteil eines Herstellungsprozesses*

Das Wort integral bedeutet „ein Ganzes ausmachend“, „vollständig“.<sup>7</sup> Daher ist ersichtlich, dass der das Nebenprodukt erzeugende Prozessschritt in der Regel ein unabdingbarer Bestandteil des Herstellungsprozesses des Produktes einer Anlage sein muss. Diese Forderung soll gewährleisten, dass der Stoff oder Gegenstand tatsächlich ständig in einer Form anfällt, die für die beabsichtigte spätere Verwendung erwartet wird. Nach dem EuGH (17.11.2022 – C-238/21) ist z.B. die Erzeugung von Bodenaushub ein integraler Bestandteil der Bautätigkeit. Der Bodenaushub fällt bei einem der ersten Schritte an, die im Verfahren der Bauausführung als wirtschaftlicher Tätigkeit, die zur Transformation vom Gelände führt, üblicherweise unternommen werden.

Integraler Bestandteil eines Herstellungsprozesses bedeutet auch, dass der jeweilige Prozessschritt Einfluss auf die Herstellung des (Haupt-)Produktes der Anlage hat – es sich demnach nicht bereits um eine Verarbeitung des als Nebenprodukt betrachteten Stoffes oder Gegenstandes handelt, die unabhängig von der Herstellung des (Haupt-)Produktes der Anlage ist. Bei solchen Verarbeitungsschritten würde es sich dann bereits um Vorbehandlungsschritte im Sinne des vorherigen Tatbestandsmerkmals handeln. Handelte es sich nicht um einen integralen Bestandteil des Herstellungsprozesses, bei dem ein Material in einer die weitere Verwendung ermöglichenden Form anfällt, bestünde die erhöhte Gefahr, dass stattdessen eine Form des Materials erzeugt wird, die der geplanten weiteren Verwendung nicht zugänglich ist. Es bestünde in diesem Fall die abfalltypische Gefahr einer nicht ordnungsgemäßen Entsorgung.

Die Aufbereitung des Materials durch Dritte, d. h. durch zwischengeschaltete Unternehmen oder die späteren Nutzer selbst, kann laut europarechtlicher Vorgaben ebenfalls als „integraler Prozess“ anzusehen sein.<sup>8</sup> Dieses Verständnis des Begriffes „integral“ birgt die Gefahr, dass unaufbereitete Produktionsrückstände jenseits einer abfallrechtlichen Kontrolle an Dritte zur „integralen industrietypischen“ Aufbereitung herausgegeben werden. An die Verwendungsprognose sind deshalb umso strengere Anforderungen zu stellen, je differenzierter und arbeitsteiliger die Vorbehandlungsschritte angelegt sind.<sup>9</sup>

## *Rechtmäßigkeit der weiteren Verwendung*

Die zentrale Anforderung an ein Nebenprodukt ist, dass es die gleichen Umweltschutz- und Sicherheitsstandards erfüllt, wie ein Hauptprodukt. Daher gelten allgemein die Vorschriften des Produkt-, Umwelt- und Gesundheitsschutzrechts für die Verwendung des designierten Nebenproduktes. Entscheidend ist hierbei die konkret beabsichtigte Verwendung, die nach dem ersten Tatbestandsmerkmal sichergestellt sein muss. Ergänzend wird gefordert, dass die Verwendung nicht zu schädlichen Auswirkungen

---

<sup>7</sup> Wörterbuch der deutschen Gegenwartssprache

<sup>8</sup> Jarass/Petersen, KrWG 2. Auflage 2022, § 4 Rn. 47

<sup>9</sup> Jarass/Petersen, KrWG 2. Auflage 2022, § 4 Rn. 49

auf Mensch oder Umwelt führen darf. Damit wird ein identischer Schutzstandard wie bei dem Ende der Abfalleigenschaft gefordert.<sup>10</sup>

Ein Beispiel für eine entsprechende Regelung, die für Nebenprodukte relevant ist, ist die Verordnung (EG) Nr. 1907/2006 (REACH-Verordnung). Abfall im Sinne der Richtlinie 2006/12/EG gilt nicht als Stoff, Gemisch oder Erzeugnis im Sinne der REACH-Verordnung. Fällt ein Stoff oder Gegenstand jedoch als Nebenprodukt an, handelt es sich gerade nicht um einen Abfall. Dementsprechend gelten die in der REACH-Verordnung normierten Pflichten für Stoffe, Gemische oder Erzeugnisse auch für Nebenprodukte. Insbesondere ergibt sich grundsätzlich eine Pflicht zur Registrierung als Stoff, Gemisch oder Erzeugnis im Sinne des Titels II der REACH-Verordnung.

Art. 2 Abs. 2 REACH-Verordnung

Art. 5 ff. REACH-Verordnung

Durch die gesetzliche Forderung, dass die Verwendung des Stoffes oder Gegenstandes insgesamt nicht zu schädlichen Auswirkungen auf Mensch oder Umwelt führen darf, wird eine gesicherte Prognose darüber, dass keine negativen Auswirkungen auf die Umwelt und die Gesundheit entstehen, vervollständigt.<sup>11</sup> Dieser Schutzstandard kann bereits durch das allgemeine Produkt-, Umweltschutz- oder Gesundheitsschutzrecht erfüllt sein, dessen Einhaltung explizit gefordert wird. Sofern dort jedoch beispielsweise hinsichtlich der vorliegenden Verwendung Schutzlücken bestehen, etwa, weil der erzeugte Stoff oder Gegenstand Gefahren aufweist, die bei gezielt hergestellten Hauptprodukten nicht relevant sind, kann die Forderung nach § 4 Abs. 1 Nr. 4 KrWG noch hierüber hinausgehen.<sup>11</sup>

Im Rahmen dieser Tatbestandsvoraussetzung ist daher eine vergleichende Sicherheitsbetrachtung bezogen auf die konkrete Verwendung des betrachteten Stoffes oder Gegenstandes vorzunehmen. Diese ist notwendig, da durch eine Einstufung des Stoffes oder Gegenstandes als Nebenprodukt keine Absenkung des Schutzniveaus für Mensch und Umwelt entstehen darf. Dies bedeutet, dass mögliche schädliche Auswirkungen durch für Nebenprodukte geltende produktrechtliche Regelungen ebenso effektiv verhindert werden müssen, wie durch die Vorschriften des Abfallrechts. Um dies beurteilen zu können, müssen den abfallrechtlichen Vorschriften die entsprechenden produktrechtlichen Normen gegenübergestellt werden und sofern keine entsprechende Regelung existiert, begründet werden, warum diese nicht notwendig ist, um eine schädliche Auswirkung durch den Stoff oder Gegenstand zu verhindern, d. h., warum bestimmte schädliche Auswirkungen für diesen Stoff oder Gegenstand ausgeschlossen sind.

---

<sup>10</sup> BT-Drucks. 216/11, S. 180

<sup>11</sup> BT-Drucks. 216/11, S. 182

# Behördliche Handlungsmöglichkeiten

## *Behördliche Überwachung der Einstufung*

Wie einleitend festgestellt, liegt die Verantwortung für die abfallrechtliche Stufeneinstufung beim Erzeuger des möglichen Nebenproduktes. Die Einstufung eines Stoffes oder Gegenstandes als Nebenprodukt durch den Erzeuger bedarf zwar keiner konstitutiven Feststellung, die Rechtmäßigkeit dieser Erzeugereinstufung ist jedoch behördlich überprüfbar: Die behördlichen Überwachungsbefugnisse aus dem Kreislaufwirtschaftsgesetz erstrecken sich auch auf die Prüfung, ob bestimmte Stoffe oder Gegenstände gemäß den Voraussetzungen des § 4 KrWG nicht als Abfall anzusehen sind.

§ 47 Abs. 6 KrWG

Im Rahmen dieser Überwachung haben Erzeuger der zuständigen Behörde Auskunft zu erteilen über Betrieb, Anlagen, Einrichtungen und sonstige der Überwachung unterliegende Stoffe oder Gegenstände, zu denen auch die Einhaltung der Voraussetzungen für die Einstufung als Nebenprodukt zählt.

§ 47 Abs. 3, 6 KrWG

Die zur Auskunft verpflichteten Personen können dabei jedoch die Auskunft verweigern, wenn sie oder in der Strafprozessordnung genannte Angehörige Gefahr laufen würden, wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden. Über dieses Recht sind die zur Auskunft verpflichteten Personen zu belehren.

§ 47 Abs. 5, 6 KrWG  
i. V. m. § 55 StPO

## *Anlässe für eine behördliche Überprüfung*

Im Folgenden sollen nun verschiedene Situationen betrachtet werden, die Anlass zu einer solchen Überprüfung der Einstufung von Stoffen oder Gegenständen bieten können.

### *Vorliegen eines Genehmigungsantrags nach BImSchG*

Gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG sind genehmigungsbedürftige Anlagen so zu errichten und zu betreiben, dass Abfälle vermieden, nicht zu vermeidende Abfälle verwertet und nicht zu verwertende Abfälle ohne Beeinträchtigungen des Wohls der Allgemeinheit beseitigt werden. Soweit weder die Vermeidung noch Verwertung bzw. Beseitigung eines Abfalls möglich ist, darf die Anlage nicht betrieben werden.<sup>12</sup> Ein vollständiger Genehmigungsantrag nach BImSchG enthält eine Auflistung der Stoffe und Gegenstände, die die Anlage verlassen. Insofern ergibt sich hier die Gelegenheit, den Status dieser Materialien zu überprüfen. Nach der Identifikation des

§ 4 Abs. 1 Nr. 3 lit. b  
der 9. BImSchV

---

<sup>12</sup> Jarass, BImSchG, 13. Aufl. 2020, § 5 Rn. 72

Stoffes oder Gegenstands, auf dessen Herstellung der hauptsächliche Zweck des Herstellungsverfahrens gerichtet ist (Hauptprodukt), und der Materialien, die als Abfälle entsorgt werden, verbleibt eine Liste derjenigen Stoffe und Gegenstände, die nach Auffassung des Betreibers als Nebenprodukte anfallen. Für diese kann nun zielgerichtet überprüft werden, ob der Nebenproduktstatus zutreffend angenommen wurde oder ob die Stoffe oder Gegenstände als Abfälle anfallen.

Aufgrund der gesetzlichen Grundsatzvermutung, dass es sich bei diesen Materialien um Abfälle handelt, liegt die Beweislast dabei beim Erzeuger. Daher können möglicherweise noch fehlende Informationen zur Entscheidung über den Status nachgefordert werden.

Zur Prüfung, ob die angegebene Liste der Materialien, die die Anlage verlassen, vollständig ist, kann gegebenenfalls eine Bilanzierung der Eingangs- und Ausgangsseite herangezogen werden. Fallen hier Differenzen auf, etwa, weil der Anlage laut Antrag mehr Masse zugeführt wird als diese verlässt, kann dies ein Hinweis darauf sein, dass die Auflistung der Materialien, die die Anlage verlassen, unvollständig ist.

#### *Erkenntnisgewinn durch Rechtsprechung*

Teilweise kann sich durch neue Rechtsprechung, etwa zu einzelnen Materialien oder Tatbestandsvoraussetzungen der Nebenprodukteigenschaft, ein Erkenntnisgewinn ergeben, der sich auch auf andere ähnlich gestaltete Fälle in der eigenen Zuständigkeit übertragen lässt. Anhand dieser neuen Erkenntnis kann eine (erneute) Überprüfung einer Nebenprodukteinstufung erfolgen.

#### *Meldungen Dritter*

Die Überprüfung einer Nebenprodukteinstufung kann auch durch Externe veranlasst werden. Beispielsweise könnte die Überwachungsbehörde eines Verwenders die Überwachungsbehörde eines Erzeugers eines vermeintlichen Nebenproduktes um eine Einschätzung hinsichtlich des Materialstatus bitten.

Andererseits kann aber auch durch die gemeldeten Informationen eines Dritten ein Erkenntnisgewinn entstehen, der Zweifel an einer Nebenprodukteinstufung entstehen lässt und so Anlass zu einer (erneuten) Überprüfung bietet. Dies kann etwa der Fall sein, wenn die Materialanalysen eines anderen Betreibers auf Abweichungen bei der Zusammensetzung hindeuten.

#### *Änderungen bei Verwendern*

Sofern die Verwender eines Nebenproduktes bereits bekannt sind, können auch Änderungen an deren Anlagen Anlass zu einer Überprüfung bieten, ob der Nebenproduktstatus weiterhin besteht. Beispielsweise könnte bei einer Kapazitätsreduzierung des Verwenders fraglich sein, ob die weitere Verwendung des Materials auch weiterhin sichergestellt ist.

### *Im Rahmen der Regelüberwachung*

Schließlich sollte auch der eigentlich intuitivste Fall nicht übersehen werden: Auch im Rahmen einer medienübergreifenden Umweltinspektion kann für vermeintliche Nebenprodukte der abfallrechtliche Materialstatus überprüft werden.

### *Beratungswunsch des Erzeugers bei geplanten Änderungen*

Mitunter wünscht der Erzeuger von Stoffen eine Abstimmung mit der Behörde zur abfallrechtlichen Einstufung eines anfallenden Materials und bittet um entsprechende Beratung. In diesen Fällen liegt es in der Verantwortung des Erzeugers, die zur abfallrechtlichen Einstufung des Materials relevanten tatsächlichen oder geplanten Umstände darzulegen. Dabei ist zunächst nicht entscheidend, ob diese Verfahrensweisen und Wege der ausgeführten Praxis entsprechen. Genauso kann ein Erzeuger planen, die aktuellen Verhältnisse zukünftig zu ändern und wünscht im Hinblick darauf eine Beratung. In diesem Punkt unterscheidet sich die beratende Stellungnahme auch bedeutend von einer Überwachung, bei der die tatsächlichen Verhältnisse zum Zeitpunkt der Überwachung oder in der Vergangenheit betrachtet werden.

### *Regelungsmöglichkeiten und Beratung*

Nachdem nun festgestellt wurde, dass die gesetzliche Einstufung eines Materials als Nebenprodukt oder als Abfall nicht behördlich bestätigt werden muss, stellt sich die Frage, wann und in welcher Form es sinnvoll ist, eine entsprechende Regelung der Einstufung im Einzelfall festzusetzen oder die eigene Auffassung dem Erzeuger mitzuteilen.

### *Einstufung anlässlich der Anlagenzulassung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz*

Ein Anlass zur Überprüfung der Einstufung eines Materials ergibt sich bei der Anlagengenehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG). Im Rahmen des Genehmigungsverfahrens ist mithin der abfallrechtliche Status der Stoffe und Gegenstände im Ausgang einer Anlage und deren Einstufung des Betreibers von der Behörde zu überprüfen, wie im vorherigen Kapitel ausgeführt wird. Wird bei dieser Prüfung festgestellt, dass eine Falscheinstufung durch den Anlagenbetreiber vorliegt, ist dies dem Betreiber mitzuteilen und ggf. auf eine Änderung des Antrags hinzuwirken.

Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung regelt die Errichtung und den Betrieb einer Anlage. Die rechtliche Einstufung von Stoffen und Gegenständen hinsichtlich der Frage, ob es sich um Abfälle oder Nicht-Abfälle handelt, betrachtet dagegen auch Aspekte, die unabhängig von der Errichtung und dem Betrieb der Anlage sind und ggf. auch nur zeitlich beschränkt gelten. Beispielsweise ist der Nebenproduktstatus unter anderem davon abhängig, ob die weitere Verwendung z.B. durch Abnahmeverträge sichergestellt ist. Daher kann eine Feststellung der

§ 4 Abs. 1 BImSchG

§ 4 Abs. 1 Nr. 1 KrWG

Nebenprodukteigenschaft u.U. auch nur befristet angenommen werden. Diese Prüfungen stehen in der Verantwortung des Anlagenbetreibers als Erzeuger möglicher Abfälle und sind regelmäßig durchzuführen. Dies schließt eine behördliche Überprüfung des abfallrechtlichen Status von Stoffen oder Gegenständen jedoch nicht aus.

Es sollte daher keine Bestätigung einer Nebenprodukteigenschaft oder einzelner Tatbestandvoraussetzungen hierfür in den Genehmigungsbescheid aufgenommen werden, um den Eindruck zu vermeiden, der Betreiber werde dadurch von seiner Pflicht zur regelmäßigen Prüfung entbunden und könne sich stattdessen auf diese einmalige behördliche Betrachtung berufen. Insbesondere sollte im Genehmigungsbescheid nicht für Stoffe oder Gegenstände der Nebenproduktstatus dauerhaft festgesetzt werden.

§ 47 Abs. 6 KrWG

Bei Annahme eines Nebenproduktes im Genehmigungsverfahren empfiehlt es sich, gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 BImSchG eine Nebenbestimmung in den Genehmigungsbescheid aufzunehmen, dass, wenn die Nebenprodukteigenschaft entfällt und diese Änderung eine Anzeige gemäß § 15 BImSchG nicht erforderlich macht, der Entsorgungsweg anzuzeigen ist.

#### *Behördliche Überprüfung außerhalb von Anlagenzulassungen*

Möglich ist eine separate Mitteilung über das Ergebnis der behördlichen Überprüfung, wobei hier zwischen einem feststellenden Verwaltungsakt mit entsprechender Regelungswirkung und einer beratenden Stellungnahme differenziert werden muss.

#### *Beratende Stellungnahme*

Insbesondere beim Beratungswunsch des Erzeugers ist im Vorfeld zur Einstufung eines Stoffes oder Gegenstandes als Nebenprodukt häufig die beratende Stellungnahme die angemessene Form, um die eigene Auffassung zu einem Stoffstrom zu kommunizieren. Dabei verbleibt es in der Verantwortung des Erzeugers, regelmäßig zu überprüfen, ob sich Umstände, auch äußere, geändert haben, so dass der Nebenproduktstatus inzwischen entfallen ist. Für einen entsprechenden Hinweis, der in die Stellungnahme aufgenommen werden kann, eignet sich beispielsweise folgender Formulierungsvorschlag:





Formulierungsvorschlag für eine beratende Stellungnahme, die den Erzeuger auf seine Prüfungsverantwortung hinweist:

*Ich weise darauf hin, dass es sich bei meiner folgenden Stellungnahme um eine Beratung handelt, die Sie bei Ihrer Prüfung unterstützen soll, ob der Status eines Nebenproduktes erreicht wird oder nicht. Dazu nehme ich die von Ihnen im Rahmen dieser Beratung vorgetragenen Informationen als gegeben an und weise vorsorglich darauf hin, dass bei einer Abweichung von diesen Umständen oder zukünftigen Änderungen von Ihnen erneut geprüft werden muss, ob die betrachteten Materialien dem Abfall- oder dem Produktrecht unterliegen. Dementsprechend schließt diese Stellungnahme insbesondere auch eine zukünftige behördliche Überprüfung, ob die betrachteten Materialien den Status eines Nebenproduktes erreicht haben (§ 47 Abs. 6 Kreislaufwirtschaftsgesetz, KrWG), nicht aus und greift einer Entscheidung auf Grundlage einer Überprüfung der tatsächlichen Umstände im Rahmen einer Überwachung insofern nicht vor. Auch bei dieser behördlichen Überprüfung des Materialstatus sind Sie verpflichtet, sämtliche erforderlichen Unterlagen und Informationen bereitzustellen.*

### *Feststellender Verwaltungsakt*

Im Gegensatz zu einer beratenden Stellungnahme ist für einen feststellenden Verwaltungsakt kennzeichnend, dass er das Ergebnis eines behördlichen Subsumtionsvorgangs verbindlich festschreibt und darauf gerichtet ist, eine Rechtsfolge zu setzen.<sup>13</sup> Dies ist sinnvoll, wenn bei einem Material die Auffassung des Erzeugers und der Behörde auseinandergehen und durch den feststellenden Verwaltungsakt zum Beispiel die ordnungsgemäße Entsorgung des Materials eingeleitet werden soll, indem die zuvor bestehende Unsicherheit hinsichtlich des abfallrechtlichen Materialstatus durch eine Konkretisierung der gesetzlichen Regelung auf den Einzelfall ausgeräumt wird.

Während bei einer beratenden Stellungnahme Verfahrensweisen und Stoffströme vom Erzeuger vorgestellt werden können, ohne dass behördlicherseits überprüft wird, ob diese Wege der Realität entsprechen, ist folglich bei einem feststellenden Verwaltungsakt entscheidend, dass ermittelt wurde, wie die tatsächlichen Verhältnisse sind.

Bei einem feststellenden Verwaltungsakt, der die Nebenprodukteigenschaft eines Materials bestätigt, sollte darauf geachtet werden, dass die geprüften, zu dem jeweiligen Zeitpunkt vorliegenden Bedingungen, die die gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllen, genau beschrieben werden, damit bei einer möglichen Änderung der

---

<sup>13</sup> Urteil vom 05. November 2009 – BVerwG 4 C 3.09

Bedingungen im Rahmen einer Überwachung festgestellt werden kann, ob der feststellende Verwaltungsakt noch den Tatsachen entspricht. Diese Fälle dürften in der Praxis eher selten vorkommen, da es in der Regel für die Bestätigung der Nebenprodukteigenschaft durch Verwaltungsakt an einem Sachentscheidungsinteresse fehlt (Rechtsfolge tritt bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 4 KrWG kraft Gesetzes ein).