

Rechtliche Aspekte im Zusammenhang mit dem Kauf von Zertifikaten nach dem Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG) und dem Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (TEHG) sowie dem Betrieb von Carbon Capture Anlagen im Rahmen der thermischen Entsorgung von Abfällen

Köln, 18.12.2025
Az.: 288/24/06

Ihr Zeichen: 2025_05

im Auftrag der ITAD

Dr. Ralf Gruneberg
Rechtsanwalt
Dipl.-Verwaltungswirt

Dr. Anke Wilden-Beck M.J.I.
Rechtsanwältin

Manfred Reiche
Rechtsanwalt

Daniel Strausfeld
Rechtsanwalt

Inhaltsverzeichnis:

A.	Sachverhalt	6
I.	Grundlagen des europäischen und nationalen Emissionshandels	8
1.	Grundlagen des europäischen Emissionshandels	8
a.)	Grundlage des europäischen Emissionshandels: EU-ETS I	8
b.)	Green-Deal und EU-ETS II	10
c.)	Einbeziehung der thermischen Abfallbehandlungsanlagen für Siedlungsabfälle in den europäischen Emissionshandel	12
2.	Nationale Umsetzung des europäischen Emissionshandels	13
a.)	Die Umsetzung durch das TEHG	13
b.)	Einbeziehung der thermischen Abfallbehandlungsanlagen für Siedlungsabfälle in das TEHG	14
3.	Der nationale Emissionshandel	14
a.)	Das BEHG und die wesentlichen Grundsätze	15
(1)	Das Prinzip des nationalen Emissionshandels	15
(2)	Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereichs	17
(3)	Verfahren zum Erwerb der Zertifikate	19
(a)	Preismodell	19
(b)	Grundlegende Hinweise zum Handel/Erwerb von Zertifikaten	20
b.)	Rechtscharakter der CO ₂ - Zertifikatskosten	23
4.	Verhältnis zwischen nationalem und europäischem Emissionshandel	25
5.	Die Einbeziehung der thermischen Abfallbehandlungsanlagen in das nationale Emissionshandelssystem	26
II.	Carbon Capture Anlagen	28
B.	Fragestellungen und Prüfungsumfang	30
C.	Rechtliche Würdigung	31
Teil 1:	Der Erwerb von Zertifikaten nach dem BEHG	31
I.	Weitergabe der Kosten des Anlagenbetreibers an den Anlieferer der Abfälle	31
1.	Typische Elemente von Entsorgungsverträgen zwischen öRE und TAB-Betreibern in der kommunalen Abfallwirtschaft	32
a.)	Vertragsgegenstand und Sicherstellung der Entsorgungssicherheit	32
b.)	Anwendung des Vergaberechts	32
c.)	Anwendung des öffentlichen Preisrechts bei Entsorgungsverträgen	34
d.)	Preis Anpassungsmöglichkeiten	37
2.	Anpassung von bestehenden Entsorgungsverträgen	38
a.)	Vertragliche/ gesetzliche Anpassungsregelungen	38
(1)	Preis Anpassungsklauseln	38
(a)	Preis Anpassungsklauseln nach PrKG	39
(aa)	Leistungsvorbehaltsklausel	40
(bb)	Spannungsklausel	40
(cc)	Kostenelementeklausel	40
(dd)	Ermäßigungsklausel	41
(b)	Zwischenergebnis	41

(2)	Loyalitätsklauseln	44
(3)	Ergänzende Vertragsauslegung	46
(4)	Berücksichtigung über Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 Abs. 1 BGB)	49
(5)	Zwischenergebnis	55
b.)	Berücksichtigung von Preisanpassungen nach dem Recht der öffentlichen Auftragsvergabe	56
(1)	Vergaberecht	56
(2)	Preisrechtliche Auswirkungen	59
c.)	Praktische Umsetzung von Anpassungsregeln in bestehenden Verträgen (Berechnung von Zertifikatskosten)	59
3.	Berücksichtigung der CO ₂ -Bepreisung bei Neuverträgen	60
a.)	Vertragliche Gestaltung	60
b.)	Vertragliche Gestaltung vor dem Hintergrund des Jahres 2027	62
c.)	Zwischenergebnis	63
d.)	Berücksichtigung der CO ₂ -Bepreisung bei der Neuausschreibung der Entsorgungsverträge	63
e.)	Kalkulation der Kosten der CO ₂ -Zertifikate bei den Entgelten nach öffentlichem Preisrecht	64
(1)	Zertifikatskosten nach LSP	65
(2)	Umfang der Zertifikatskosten (Nebenkosten)	66
(3)	Berücksichtigung der Volatilität der Zertifikatspreise/ Zulässigkeit eines Selbstkostenerstattungspreises	67
(4)	Preisrechtlicher Umgang mit Zertifikatskosten im Jahre 2027	69
II.	Weitergabe der Kosten an den Benutzer der öffentlichen Einrichtung der Abfallentsorgung	71
1.	Gemeindewirtschaftsrechtliche Zulässigkeit des Erwerbs von BEHG-Zertifikaten durch kommunale Abfallbehandlungsunternehmen	71
a.)	Erwerb der Zertifikate als Bankgeschäft oder Finanzprodukt	72
b.)	Erforderliche Änderung im Gesellschaftsvertrag	74
c.)	Zwischenergebnis	75
2.	Gebührenrechtliche Ansatzfähigkeit der Kosten für die CO ₂ -Abgabe	75
a.)	Gebührenrechtliche Ansatzfähigkeit von Kosten der Zertifikate nach KAG NRW 76	
(1)	Benutzung der öffentlichen Einrichtung „Abfallentsorgung“	76
(2)	Betriebswirtschaftlicher Kostenbegriff nach § 6 Abs. 2 KAG NRW und Grundsatz der Betriebsbedingtheit	77
(a)	Kosten für die CO ₂ -Bepreisung beim Betrieb einer kommunalen thermischen Abfallbehandlungsanlage	77
(b)	Fremdleistungen	78
(3)	Erforderlichkeit	79
(4)	Erforderlichkeit von Fremdleistungen bei konsensualen Vertragsanpassungen	81
(5)	Lenkungswirkung im Gebührenrecht	83
(6)	Kein Verstoß gegen das Kostendeckungsgebot und Kostenüberschreitungsverbot	84
(7)	Gleichheitsgrundsatz (BEHG und Wärmeplanungsgesetz)	84

b.)	Zwischenergebnis	88
3.	Über- Unterdeckung im Gebührenrecht	89
a.)	Ausgleichszeitraum	90
b.)	Rechtsfolgen	91
c.)	Zwischenergebnis	92
4.	Weitere buchungstechnische, bilanzierungs- und handelsrechtliche Fragestellungen bei dem Erwerb von CO ₂ -Zertifikaten	93
a.)	Steuerrechtliche Besonderheiten bei Erwerb von CO ₂ -Zertifikaten im Hinblick auf Mehrwertsteuer/Umsatzsteuer	93
(1)	Grundsatz	93
(2)	Umkehr der Steuerschuldnerschaft (Reverse-Charge-Verfahren)	93
b.)	Bilanzielle Aspekte bei Emissionsrechten nach TEHG und BEHG	95
(1)	Bilanzierung und Bewertung von Emissionsrechten	95
(a)	Grundsatz	95
(b)	Ansatz	96
(c)	Bewertung im Zeitpunkt des Zugangs (Zugangsbewertung)	96
(d)	Ausweis	96
(2)	Bilanzierung und Bewertung der Verpflichtung zur Abgabe von Emissionsrechten	98
(a)	Ansatz	98
(b)	Bewertung	98
(c)	Ausweis	99
(d)	Berichtspflichten im Anhang	99
5.	Haftungsrisiken des Erwerbers der Zertifikate	99
6.	Notwendigkeit der Erweiterung von Versicherungspolice	101
Teil 2: Der Betrieb von Carbon Capture Anlagen (CC-Anlagen) aus gemeindewirtschafts- und gebührenrechtlicher Sicht		102
I.	Zulässigkeit des Betriebs einer Carbon Capture Anlage nach Bundes- Immissionsschutzgesetz und Kohlendioxid-Speicherungsgesetz	102
II.	Handel mit Negativ-Emissions-Zertifikaten	103
III.	Gemeindewirtschaftsrechtliche Zulässigkeit des Betriebs einer Carbon Capture Anlage und des Handels mit Negativ-Emissions-Zertifikaten	103
1.	Betrieb einer CC-Anlage und Handel mit Negativ-Emissions-Zertifikaten als Bankgeschäfte oder Finanzprodukte	104
2.	Handel mit Negativ-Emissions-Zertifikaten als nichtwirtschaftliche Betätigung nach § 107 Abs. 1 GO NRW	104
a.)	CC-Anlage als Bestandteil der Abfallentsorgung	105
b.)	Kapazitätsauslastende Annexstätigkeit	108
3.	Betrieb einer CC-Anlage und der Handel mit Negativ-Emissions-Zertifikaten als wirtschaftliche Betätigung nach § 107 Abs. 1 GO NRW	109
4.	Änderung des Gesellschaftsvertrages bei Betrieb einer CC-Anlage	111
5.	Zwischenergebnis	111
IV.	Ansatzfähigkeit der Kosten für den Betrieb von CC-Anlagen bei den Abfallgebühren 111	

V. Zwischenergebnis	115
VI. Berücksichtigung der Einnahmen/ Erlöse durch CC-Anlage bei den Abfallgebühren	115
D. Zusammenfassung	118
I. Berücksichtigung der CO ₂ -Bepreisung in Bestandsverträgen	118
1. Vertragliche Anpassungsmöglichkeiten	118
2. Vergaberechtliche Bewertung	118
3. Preisrechtliche Bewertung	119
II. Berücksichtigung der CO ₂ -Bepreisung in Neuverträgen	119
1. Vertragliche Gestaltung	119
2. Berücksichtigung der CO ₂ -Bepreisung bei der Ausschreibung von entsprechenden Entsorgungsverträgen	120
3. Preisrechtliche Zulässigkeit der Berücksichtigung der CO ₂ -Bepreisung	120
III. Umgang mit Zertifikatskosten im Jahre 2027	121
IV. Gemeindewirtschaftsrechtliche Zulässigkeit des Erwerbs von Zertifikaten	122
V. Berücksichtigung der CO ₂ -Bepreisung bei der Erhebung von Abfallgebühren	123
VI. Gemeindewirtschaftsrechtliche Zulässigkeit des Betriebs von CC-Anlagen durch öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger	124
VII. Gebührenrechtliche Berücksichtigungsfähigkeit des Betriebs von CC-Anlagen	124
VIII. Empfehlungen für gesetzliche Änderungen und Klarstellungen	125
IX. Hinweis	126

Das vorliegende Gutachten beleuchtet die wesentlichen rechtlichen Aspekte, die im Zusammenhang mit dem Kauf und Handel von Zertifikaten nach dem Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG) bzw. möglicherweise zukünftig nach dem European Union Emission Trading System, (EU-ETS I) (Teil 1) sowie mit dem Betrieb von Carbon Capture Anlagen (Teil 2) im Rahmen der thermischen Entsorgung von Abfällen stehen.

Hierbei sind im ersten Teil von besonderer Bedeutung die Berücksichtigung der Kosten für den Erwerb der Zertifikate im vertraglichen Verhältnis zwischen Betreiber einer Anlage zur thermischen Entsorgung von Abfällen und dem Anlieferer¹ der für die thermische Entsorgung vorgesehenen Abfälle sowie die Weitergabe dieser Kosten durch den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger an die Benutzer der öffentlichen Einrichtung der Abfallentsorgung.

Im zweiten Teil werden insbesondere die gemeindewirtschaftsrechtliche Zulässigkeit des Betriebs einer Carbon-Capture Anlage sowie die gebührenrechtliche Ansatzfähigkeit der Betriebskosten einer solchen Anlage bei der Abfallgebühr untersucht.

Stand des Sachverhalts, welcher diesem Gutachten zugrunde liegt, ist November 2025.

Dem Gutachten liegt dabei folgender Sachverhalt zugrunde:

A. Sachverhalt²

Mit der 2. Änderung des Brennstoffemissionshandelsgesetzes (BEHG - § 2 Abs. 2a BEHG) sind Abfallverbrennungsanlagen seit dem 01.01.2024 der CO₂-Bepreisung unterworfen worden. Betreiber von Abfallverbrennungsanlagen gelten seitdem als Inverkehrbringer von Abfall als "Brennstoff" und sind damit zum Erwerb von CO₂-Zertifikaten, abhängig von den angenommenen Abfallarten und -mengen, verpflichtet. Bepreist wird hierbei nur der fossile, nicht hingegen der biogene Anteil des Abfalls. Für das Jahr 2025 geht die ITAD davon aus, dass für ihre Mitgliedsunternehmen mit einem Abfalldurchsatz von 25,8 Mio. t, einem fossilen Anteil von 45 % und einem Zertifikatspreis von 55 € rund 640 Mio. € für den Erwerb der Zertifikate aufgewendet werden müssen.

¹ Dies kann ein öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger oder das von ihm beauftragte Entsorgungsunternehmen sein.

² Stand Sachverhalt: Aufgrund der Dynamik der Entwicklungen zum nationalen und europäischen Emissionshandel wird darauf hingewiesen, dass alle Entwicklungen bis zum 07.11.2025 berücksichtigt wurden.

Die Einbeziehung der Abfallverbrennungsanlagen in den Anwendungsbereich des BEHG führt zu einer Fülle rechtlicher Probleme. So ist zum einen derzeit nicht rechtlich abschließend geklärt, ob die Kosten für den Erwerb der Zertifikate, die sich nicht nur aus den Erwerbs-, sondern zusätzlich auch aus Monitoring- und Transaktionskosten zusammensetzen, in den geltenden Entsorgungsverträgen zwischen Anlagenbetreibern und Anlieferern der Abfälle Berücksichtigung finden können. Erste Gerichtsverfahren, in denen die Betreiber von TAB-Anlagen die Zertifikatskosten von den Anlieferern einklagen, sind bereits anhängig.

Auch die Gestaltung künftig abzuschließender Entsorgungsverträge sowie die Berücksichtigung in Ausschreibungen werfen verschiedene rechtliche Fragen auf. Insbesondere ist hierbei zu berücksichtigen, dass jedenfalls ab dem Jahr 2027 eine Marktpreisbildung unter Anwendung eines komplexen Versteigerungsverfahrens vorgesehen ist, welches zu unkalkulierbaren Zertifikatskosten führt, die zudem erst rückwirkend der Höhe nach feststehen. Die vertrags- sowie gebührenrechtliche Gestaltung dieses Verfahrens wirft verschiedene rechtliche Fragen auf.

Die Einbeziehung in den nationalen Emissionshandel ist dabei auch immer im Kontext des europäischen Emissionshandels zu sehen. Hiernach sind Betreiber von Anlagen zur Verbrennung von Siedlungsabfällen im EU-EHS 1 seit dem 1. Januar 2024 zwar monitoring- und berichtspflichtig, nicht verpflichtet sind sie allerdings zu einer Teilnahme am Emissionshandel.

Im Auftrag der EU-Kommission wird derzeit gemäß Artikel 30 Absatz 7 der Emissionshandels-Richtlinie bis zum 31.07.2026 ein Bericht zur Folgenabschätzung erstellt, ob und ggf. wie diese Anlagen ab 2028 im EU-ETS I zertifikathandelspflichtig werden sollen. Hintergrund ist, dass zunächst die Folgen im Hinblick auf die zu erreichenden Umweltziele und weitere Schutzgüter bei einer CO₂-Bepreisung der TAB untersucht werden sollen. Die Kommission hat am 03.09.2025 die Zusammenfassung der EU-ETS Konsultation u.a. zum Einbezug der Abfallwirtschaft veröffentlicht. 51 % sprechen sich für den Einbezug der Abfallwirtschaft in den EU-ETS aus und nur 36 % dagegen. Abzuwarten bleibt, wie die Kommission die Rückmeldungen bewertet.

Sollte es zu einer Einbeziehung in den europäischen Emissionshandel kommen, dürften die in dieser Stellungnahme zu untersuchenden Fragestellungen (wer trägt die Kosten der CO₂-Zertifikate, wie sind sie in Entsorgungsverträgen und Ausschreibungen zu berücksichtigen, sind die Kosten gebührenfähig) auch hierfür relevant bleiben.

Vor diesem Hintergrund soll zunächst eine Darlegung der Grundlagen des europäischen und nationalen Emissionshandels erfolgen:

I. Grundlagen des europäischen und nationalen Emissionshandels

Zunächst sind die Grundlagen des europäischen und nationalen Emissionshandels und ihr Verhältnis zueinander zu erläutern.

1. Grundlagen des europäischen Emissionshandels

Der europäische Emissionshandel ist das maßgebliche Klimaschutzinstrument auf EU-Ebene. Zunächst 2005 mit dem EU-ETS I gestartet, soll dieses nunmehr durch einen zweiten Emissionshandel, der sich gezielt an die Sektoren Gebäudewärme und Straßenverkehr richtet, ergänzt werden, dem sog. EU-ETS II. Während der Emissionshandel nach EU-ETS I einen sog. Downstream-Ansatz verfolgt, mit dem die Emittenten von Emissionen verpflichtet werden, sieht der EU-ETS II einen sog. Upstream-Ansatz vor, indem Unternehmen bepreist werden, die Treib- und Brennstoffe (z. B. Benzin, Diesel, Heizöl, Erdgas) in den Verkehr bringen. Diese Kosten werden dann in den Verkaufspreisen der Treib- und Brennstoffe weitergegeben, wodurch die Endverbraucher höhere Preise für Benzin, Diesel, Heizöl und Erdgas bezahlen müssen.³

Im Einzelnen:

a.) Grundlage des europäischen Emissionshandels: EU-ETS I

Zentrales Instrument der europäischen und nationalen Klimaschutzpolitik ist das 2005 in Kraft getretene und mit der europäischen Richtlinie 2003/87/EG zur Umsetzung des internationalen Klimaschutzabkommens von Kyoto eingeführte Emissionshandelssystem zunächst für die Sektoren Energie, Industrie, seit 2012 auch für den Sektor Luftfahrt sowie seit 2024 auch für den Sektor „Seeverkehr“.⁴

³ Hennische, Emissionshandel 1,2,3 – Wer will was von wem woraus, veröffentlicht unter: <https://www.umweltimrecht.blog/emissionshandel123/>, zuletzt besucht am 28.05.2025.

⁴ Gores/Graichen, in: UBA (Hrsg.), Ansätze zur Bewertung und Darstellung der nationalen Emissionsentwicklung unter Berücksichtigung des EU-ETS, 2017, S. 19; Reform des EU-Emissionshandel, veröffentlicht unter: <https://www.umweltbundesamt.de/themen/der-eu-emissionshandel-wird-umfassend-reformiert>, zuletzt besucht am 29.07.2025.

Neben den 27 Mitgliedstaaten nehmen am europäischen Emissionshandel auch Norwegen, Liechtenstein und Island teil. Zudem ist der europäische Emissionshandel seit dem Jahr 2020 mit dem der Schweiz verknüpft. Kein Teilnehmer des europäischen Emissionshandelssystems ist dagegen – seit Austritt aus der EU – das Vereinigte Königreich, welches ein eigenes nationales System betreibt.⁵

Der europäische Emissionshandel verfolgt das Prinzip des sogenannten „Cap and Trade“. Dabei legt die europäische Kommission jährlich Obergrenzen für die Gesamtmenge an Treibhausgasen fest, die von den emissionshandelspflichtigen Anlagen insgesamt ausgestoßen werden dürfen (sog. Cap). Die Mitgliedstaaten erhalten in Kooperation mit der EU-Kommission Emissionsberechtigungen (Zertifikate), die sie an die Anlagen ihres jeweiligen Landes vergeben, teilweise kostenlos, teilweise über Auktionen. Ein Zertifikat erlaubt den Ausstoß von einer Tonne fossilem CO₂ oder anderer Treibhausgase gemessen in CO₂, sog. CO₂-Äquivalente.

Die nach dem europäischen Recht verpflichteten Verursacher von Treibhausgasemissionen (sog. Downstream-Ansatz)⁶ müssen am Ende des Jahres Zertifikate in Höhe ihrer Emissionen vorweisen.⁷ Reichen die verfügbaren Zertifikate nicht aus, sind sie verpflichtet, weitere Zertifikate, z. B. an der Börse, zu erwerben. Haben sie aufgrund eines geringeren Emissionsausstoßes überschüssige Zertifikate, können sie diese verkaufen. Dadurch entsteht ein Markt für den Handel der Zertifikate („Trade“). Aufgrund der jährlichen Reduzierung des Cap soll sich am Markt ein Preis bilden, der einen Anreiz bildet, die eigenen Emissionen weiter zu senken.⁸

⁵ Emissionshandel in Europa, Factsheet, veröffentlicht unter: https://www.dehst.de/DE/Themen/EU-ETS-1/EU-ETS-1-Informationen/EU-ETS-1-verstehen/eu-ets-1-verstehen_node.html#doc283528bodyText4, zuletzt besucht am 27.05.2025.

⁶ Downstream- Ansatz: Verpflichtet werden die Betreiber von Anlagen, die Treibhausgasemissionen verursachen (wie Kraftwerke, Industrieanlagen und Fluggesellschaften).

⁷ UBA, Der Europäische Emissionshandel, veröffentlicht unter: <https://www.umweltbundesamt.de/daten/klima/der-europaeische-emissionshandel#teilnehmer-prinzip-und-umsetzung-des-europaischen-emissionshandels>, zuletzt besucht am 27.05.2025; Zur Abgrenzung: UBA, Einführung eines Emissionshandelssystems für Gebäude, Straßenverkehr und zusätzliche Sektoren in der EU, veröffentlicht unter: https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/11850/publikationen/factsheet_einfuehrung_eines_emissionshandelssystems.pdf, zuletzt besucht am 27.05.2025.

⁸ <https://eur-lex.europa.eu/DE/legal-content/summary/eu-emissions-trading-system.html?fromSummary=20>, zuletzt besucht am 29.07.2025.

b.) Green-Deal und EU-ETS II

2019 stellte die europäische Kommission ihre Pläne des sog. Green Deals dar, welcher die Schaffung eines klimaneutralen Kontinents bis 2050 zum Ziel hat. Rechtlich verbindlich wurden diese Ziele im sog. europäischen Klimagesetz festgelegt. Die Umsetzung erfolgt durch eine Vielzahl unterschiedlicher Rechtsakte, dem sog. „Fit for 55“-Programm, welches auch eine umfassende Reform des europäischen Emissionshandelssystems zum Inhalt hatte (Richtlinien (EU) 2023/958 und (EU) 2023/959).

Kernelemente waren hier:

1. Verstärkte Reduzierung der Obergrenzen (Cap),
2. Einführung eines Grenzausgleichsmechanismus (CBAM), mit dem importierte Güter künftig dem gleichen CO₂-Preis unterliegen wie europäische Produkte,
3. Einbeziehung weiterer Industrien (Seeverkehr),⁹
4. Reform der Regelungen für den Luftverkehr,¹⁰
5. Einführung eines zusätzlichen europäischen Emissionshandelssystems für Brennstoffe (EU-ETS II) ab 2027, für den Verbrauch fossiler Energien im Bereich Gebäude, Straßenverkehr sowie in zusätzlichen Sektoren für Industrie- und Energieanlagen, die aufgrund ihrer geringen Größe nicht unter EU-ETS I fallen (Art. 30a ff. Emissionshandelsrichtlinie).¹¹

Das EU-ETS II soll als „Upstream-System“ ausgestaltet werden, wonach nicht die Nutzer von fossilen Brennstoffen an der Beteiligung am EU-ETS II verpflichtet werden, sondern die Unternehmen, welche den Brennstoff in den Verkehr bringen, die sodann ihre Kosten, die durch den Erwerb der erforderlichen Zertifikate entstehen, an die Nutzer

⁹ Siehe hierzu: *Engel*, NVwZ 2013, 1348; *Hinselmann*, ZUR 2014, 473 (473 ff.).

¹⁰ Siehe zu den besonderen Regelungen des Luftverkehrs auch zum „Carbon Offsetting and Reduction Scheme für International Aviation“: *Falke*, ZUR 2017, 51 (51 ff.).

¹¹ Hierzu ausführlich: *Kreuter-Kirchhof*, ZUR 2025, 72 (72 ff.).

weitergeben. Anknüpfungspunkt ist mithin das Inverkehrbringen bestimmter Brennstoffe und nicht die emittierende Anlage.¹²

Die Obergrenze (Cap) der Emissionen soll sich an der Verordnung (EU) 2018/842 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2018 in der durch Verordnung (EU) 2023/857 geänderten Fassung (sog. Lastenteilungsverordnung) orientieren.¹³ Im EU-ETS II werden die Zertifikate frei gehandelt. Eine kostenlose Zuteilung von Zertifikaten, wie im EU-ETS I, ist ausgeschlossen. Die Erlöse aus dem Verkauf der Zertifikate sollen anteilig in den neugeschaffenen "Klima-Sozialfonds" fließen, sowie an die Mitgliedstaaten und sind für klima- oder sozialrelevante Ausgabezwecke, insbesondere in den Bereichen Gebäude oder Straßenverkehr, zu nutzen.¹⁴

Nach einer Übergangsphase, in der die betroffenen Unternehmen neben der Anwendbarkeit des BEHG aus dem EU-ETS allein berichtspflichtig sind, soll der EU-ETS II ab dem Jahr 2028 vollumfänglich gelten. Für den Start des EU-ETS II ist ein sog. „Frontloading-Mechanismus“ geplant, wonach zur Verhinderung von Preissprüngen zunächst die Gesamtmenge an Zertifikaten um 30 % höher ausfallen soll als nach dem Cap grundsätzlich vorgesehen.¹⁵ Die Gesamtmenge wird sodann in den Jahren 2029 – 2031 reduziert.¹⁶

Mit Stand vom 06.11.2025 hat die EU beschlossen, den EU-ETS II erst ab dem Jahre 2028 einzuführen.

¹² Hennicke, Emissionshandel 1,2,3 – Wer will was von wem woraus, veröffentlicht unter: <https://www.umweltimrecht.blog/emissionshandel123>, zuletzt besucht am 28.05.2025.

¹³ Die sog. Lastenteilungsverordnung legt u.a. Regeln zur Festlegung jährlicher Obergrenzen der Treibhausgasemissionen, ausgedrückt in jährlichen Emissionszuweisungen, für die Jahre 2021-2030 fest.

¹⁴ EHSt (2024), Ausweitung des Anwendungsbereichs des EU-ETS 1, Neuer Emissionshandel für Verkehr und Gebäude (EU-ETS 2), 21.02.2024.

¹⁵ Zur Frage der zu erwartenden Preise: Deutscher Bundestag, WD 5 - 3000 - 105/24, Mögliche Auswirkungen des geplanten EU-ETS 2 auf den CO₂-Preis, veröffentlicht unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/1025892/9e8726d3d401071e1f1c70267f040bf3/WD-5-105-24-pdf.pdf>, S. 11 ff., zuletzt besucht am 27.05.2025.

¹⁶ UBA, Einführung eines Emissionshandelssystems für Gebäude, Straßenverkehr und zusätzliche Sektoren in der EU, veröffentlicht unter: https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/11850/publikationen/factsheet_einfuehrung_eines_emissionshandelssystems.pdf, S. 3 f., zuletzt besucht am 27.05.2025.

c.) Einbeziehung der thermischen Abfallbehandlungsanlagen für Siedlungsabfälle in den europäischen Emissionshandel

Vom Anwendungsbereich des EU-ETS I erfasst sind derzeit die Betreiber von thermischen Abfallbehandlungsanlagen für Siedlungsabfälle derart, dass sie seit dem 1. Januar 2024 berichtspflichtig sind, nicht aber am Emissionshandel teilnehmen. Diesbezüglich wurde in der letzten Überarbeitung der Emissionshandelsrichtlinie 2023 festgelegt, dass zunächst eine Folgenabschätzung der EU-Kommission über die Durchführbarkeit und die möglichen Folgen einer Aufnahme von Siedlungsabfallverbrennungsanlagen in den Zertifikate-Handel bis Ende Juli 2026 erstellt werden soll.¹⁷ Dabei soll auch eruiert werden, ob durch eine CO₂-Bepreisung der Abfallverbrennung in der EU das Risiko von Abfallexporten in das außereuropäische Ausland erhöht wird. Die Folgenabschätzung soll ebenfalls in Anbetracht der Methanemissionen aus der Deponierung und zur Vermeidung ungleicher Wettbewerbsbedingungen auch die Möglichkeit prüfen, andere Abfallbewirtschaftungsverfahren, wie Deponierung, Vergärung, Kompostierung und mechanisch-biologische Behandlung, in den EU-ETS einzubeziehen. Darüber hinaus soll die EU-Kommission ebenfalls die potenzielle Abdeckung der Kohlenstoffentnahme und deren sichere und dauerhafte Speicherung durch den Emissionshandel prüfen, ohne dass die notwendigen Emissionsminderungen ausgeglichen werden. Geprüft werden soll, ebenfalls bis Juli 2026, die Regelung der Abscheidung von Kohlenstoff.¹⁸ Potenziell betroffen könnten hier die Deponierung, Vergärung, Kompostierung und die mechanisch-biologische Behandlung sein.

Die Kommission hat am 03.09.2025 die Zusammenfassung der EU-ETS Konsultation u.a. zum Einbezug der Abfallwirtschaft veröffentlicht.

¹⁷ COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS, Strasbourg, 21.10.2025 COM (2025) 870 final; Siehe auch Vorbericht der 39. Sitzung Fachausschusses Europa des VKU am 06. November 2025; ÜBERSICHT ZU VKU-RELEVANTEN VORHABEN IM ARBEITSPROGRAMM DER EU-KOMMISSION FÜR 2026, Brüssel, 22.10.2025.

¹⁸ Siehe auch Vorbericht der 39. Sitzung Fachausschusses Europa des VKU am 06. November 2025.

51 % sprechen sich für den Einbezug der Abfallwirtschaft in den EU-ETS aus und nur 36 % dagegen. Abzuwarten bleibt, wie die Kommission die Rückmeldungen bewertet.

Der Verband Kommunaler Unternehmen (VKU), der deutsche Landkreistag und der Deutsche Städte- und Gemeindebund haben eine gemeinsame Stellungnahme gegen die Aufnahme von Siedlungs- und Sonderabfallverbrennungsanlagen in den EU-ETS veröffentlicht.¹⁹ Auch die ITAD hat gegen diese geplante Aufnahme in den EU-ETS Position bezogen.²⁰

Insbesondere kritisieren sie, dass die Aufnahme in den EU-ETS keinen Einfluss auf den Input an Abfällen haben würde. Die CO₂-Bepreisung führe somit nicht zu einer Emissionsvermeidung. Auch würden ökologische Fehlanreize gesetzt, da etwa die Deponierung nicht von der CO₂-Bepreisung betroffen wäre. Hierdurch würde die Deponierung begünstigt und die Abfallhierarchie gefährdet. Auch würden durch diese Kosten, welche auf die Bürger umgelegt werden, eine soziale und wirtschaftliche Belastung entstehen.²¹

2. Nationale Umsetzung des europäischen Emissionshandels

a.) Die Umsetzung durch das TEHG

In Deutschland werden die Rechtsvorschriften zum europäischen Emissionshandel insbesondere durch das „Gesetz über den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten“ (TEHG) umgesetzt. Ergänzend zum TEHG gibt es verschiedene Verordnungen, die spezifische Aspekte des Emissionshandels regeln, wie z. B. die „Verordnung über den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten“ (TEHG-VO).

¹⁹ VKU, DSTGB, Deutscher Landkreistag, EU-ETS und Abfallwirtschaft Falsches Instrument: Warum die Abfallverbrennung nicht in den EU-ETS gehört, veröffentlicht unter: <https://www.vku.de/vku-positionen/vku-positionen/eu-ets-und-abfallwirtschaft-und-falsches-instrument-warum-die-abfallverbrennung-nicht-in-den-eu-ets-gehört/>, zuletzt besucht am 03.11.2025.

²⁰ ITAD, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Treibhausgas-Emissionshandelsgesetzes an die Änderung der Richtlinie 2003/87/EG (TEHG Europarechtsanpassungsgesetz 2024) vom 30.07.2024 https://www.itad.de/ueber-uns/stellungnahmen/itad-stellungnahme-zur-tehg-novelle/2024-08-14_sn_itad_tehg.pdf letzter Aufruf am 09.12.2025; ITAD Stellungnahme zum Referentenentwurf Zweiten Verordnung zur Änderung der „Brennstoffemissionshandelsverordnung“ (BEHV) vom 07.07.2025 https://www.itad.de/ueber-uns/stellungnahmen/2025-07-07_itad_sn_behv-1.pdf letzter Aufruf am 09.12.2025.

²¹ VKU, DSTGB, Deutscher Landkreistag, EU-ETS und Abfallwirtschaft Falsches Instrument: Warum die Abfallverbrennung nicht in den EU-ETS gehört, veröffentlicht unter: <https://www.vku.de/vku-positionen/vku-positionen/eu-ets-und-abfallwirtschaft-und-falsches-instrument-warum-die-abfallverbrennung-nicht-in-den-eu-ets-gehört/>, zuletzt besucht am 03.11.2025.

Diese Verordnungen legen detaillierte Vorschriften zur Zuteilung, Überwachung und Berichterstattung fest.

Das TEHG wurde zuletzt mit dem Gesetz zur Anpassung des Treibhausgas-Emissionshandelsgesetzes an die Änderung der Richtlinie 2003/87/EG (TEHG-Europarechtsanpassungsgesetz 2024)²² vom 27.02.2025 novelliert, womit die Richtlinien (EU) 2023/958 und (EU) 2023/959 in nationales Recht umgesetzt worden sind.

b.) Einbeziehung der thermischen Abfallbehandlungsanlagen für Siedlungsabfälle in das TEHG

Im Rahmen der zuvor dargestellten Novellierung des TEHG hatte der Gesetzesentwurf der Bundesregierung zunächst erwogen, von ihrer Möglichkeit der unilateralen Ausweitung (Opt-in) gemäß Art. 24 der Richtlinie 2003/87/EG Gebrauch zu machen und auch die Siedlungsabfallverbrennungsanlagen in den Anwendungsbereich des TEHG mit Wirkung zum Jahr 2027 mitaufzunehmen (EU-ETS I).²³ Wie weit der Begriff der Siedlungsabfallverbrennungsanlagen gefasst werden sollte, war nicht geklärt. Dies wurde jedoch vom Gesetzgeber verworfen, sodass hier zunächst die Folgenabschätzung der Europäischen Kommission abzuwarten bleibt.²⁴

3. Der nationale Emissionshandel

2016 entwickelte die Bundesregierung den Klimaschutzplan 2050, der unter anderem eine Reduktion des Treibhausgasausstoßes bis 2050 zunächst von 85 % vorsah.²⁵ Um dieses Ziel zu erreichen, verabschiedete der Bundestag 2019 das Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG), welches ein nationales Emissionshandelssystem zunächst allein für Heiz- und Kraftstoffe einführte. Gemäß § 1 des BEHG war Zweck des BEHG, den europäischen Emissionshandel zunächst auf Sektoren auszudehnen, die bisher nicht vom europäischen EU-ETS I, umfasst waren, „um damit zur Erreichung der

²² Bundesgesetzblatt Jahrgang 2025 Teil I Nr. 70.

²³ Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Anpassung des Treibhaus-Emissionshandelsgesetzes an die Änderung der Richtlinie 2003/87/EG, veröffentlicht unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/20240730-entwurf-anpassung-treibhausgas-emissionshandelsgesetz.pdf?__blob=publicationFile&v=4, zuletzt besucht am 30.05.2025.

²⁴ Vgl. hierzu auch: StGB NRW-Mitteilung 175/2025 vom 17.02.2025.

²⁵ Das ursprüngliche Ziel der Reduktion von 85 % wurde zwischenzeitlich verschärft, siehe § 3 Bundes-Klimaschutzgesetz.

*nationalen Klimaschutzziele, einschließlich des langfristigen Ziels der Netto-Treibhausgasneutralität bis zum Jahr 2045, und zur Erreichung der Minderungsziele nach der EU-Klimaschutzverordnung sowie zur Verbesserung der Energieeffizienz beizutragen.*²⁶

Mit dem Inkrafttreten des TEHG-Europarechtsanpassungsgesetzes vom 27.02.2025 wurden nicht nur die Vorschriften des TEHG novelliert, sondern auch der Zweck des BEHG erweitert. So soll das BEHG nunmehr auch, „den Übergang des nationalen Emissionshandelssystems in das EU-Emissionshandelssystem für Brennstoffe sicherstellen.“

Von besonderer Bedeutung ist zudem die Einbeziehung der thermischen Abfallverbrennungsanlagen seit dem 01.01.2023 für den Zeitraum ab 01.01.2024 in den nationalen Emissionshandel.²⁷

a.) Das BEHG und die wesentlichen Grundsätze

(1) Das Prinzip des nationalen Emissionshandels

Auch das nationale Emissionshandelssystem verfolgt, ebenso wie der neu geschaffene EU-ETS II, einen sog. „Upstream Ansatz“, wonach die Inverkehrbringer von Brennstoffen zum Erwerb von Zertifikaten verpflichtet werden. Damit werden nicht die bereits entstandenen Emissionen erfasst, sondern vielmehr die, die erst zu einem späteren Zeitpunkt bei der Verbrennung der betroffenen Brennstoffe freigesetzt werden können.²⁸ Ausnahmen sind hierbei die Brennstoffgruppe Abfälle sowie die von der Energiesteuer befreite Kohle.²⁹

Das BEHG legt dementsprechend fest, dass Emittenten von CO₂ bzw. diejenigen, welche den die Emission hervorruhenden

²⁶ Zur Verfassungsmäßigkeit bzw. zur Verfassungswidrigkeit des BEHG vgl. u.a.: *Wernsmann*, Rechtsgutachten „Verfassungswidrigkeit der CO₂-Bepreisung nach dem Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG), insbesondere im Zeitraum von 2021 – 2025“, 2020, S. 25; *Ipsen/Wisniewski/Plappert*, in: UBA (Hrsg.), Rechtsgutachten „Zur Verfassungsmäßigkeit des Brennstoffemissionshandelsgesetzes (BEHG)“, 2022.

²⁷ Zur Kritik an der Einbeziehung der thermischen Abfallverbrennungsanlagen und zum Systembruch, vgl. die nachfolgenden Ausführungen unter Gliederungspunkt 5.

²⁸ Leitfaden zum Anwendungsbereich sowie zur Überwachung und Berichterstattung von CO₂-Emissionen, Nationales Emissionshandelssystem 2023- 2020, veröffentlicht unter: https://www.dehst.de/SharedDocs/downloads/DE/nehs/nehs-leitfaden-monitoring-2023-2030.pdf?__blob=publicationFile&v=14, S. 17, zuletzt besucht am 30.05.2025.

²⁹ Leitfaden zum Anwendungsbereich sowie zur Überwachung und Berichterstattung von CO₂-Emissionen, Nationales Emissionshandelssystem 2023- 2020, veröffentlicht unter: https://www.dehst.de/SharedDocs/downloads/DE/nehs/nehs-leitfaden-monitoring-2023-2030.pdf?__blob=publicationFile&v=14, S. 17, zuletzt besucht am 30.05.2025.

Rohstoff in den freien Warenverkehr bringen, einen bestimmten Preis pro emittierter Tonne CO₂ zu zahlen haben.³⁰ Die hieraus generierten Einnahmen fließen dem Staat zu und sollen, dem Willen des Gesetzgebers entsprechend, der Deckung der fehlenden Einnahmen aus der EEG-Umlage und einer Förderung der erneuerbaren Energien dienen.³¹

Die Inverkehrbringer bzw. Emittenten sollen, die für den Erwerb der Zertifikate erforderlichen Mehrkosten an die Verbraucher weitergeben, so dass durch steigende Preise ein Anreizsystem geschaffen wird, welches das Ziel hat, den eigenen CO₂-Ausstoß zu verringern. Das zunächst die Betreiber der TAB-Anlagen im BEHG herangezogen werden, hat hingegen administrative Gründe, um die Durchführbarkeit des Gesetzes zu ermöglichen.³² Denn für die Durchführbarkeit des Gesetzes ist es effizienter zunächst den Anlagenbetreiber mit Zertifikatskosten zu belasten, als direkt bei jedem einzelnen Abfallerzeuger eine CO₂-Bepreisung zu installieren.

Den nach dem BEHG-Verpflichteten obliegen dabei verschiedene Pflichten. Neben der Erstellung eines Überwachungsplans sind zudem Berichts- sowie Abgabepflichten einzuhalten:

- Erstellung des Überwachungsplans (§ 6 BEHG): Verpflichtete Unternehmen, die unter das BEHG fallen, müssen einen Überwachungsplan erstellen. Dieser Plan beschreibt, wie sie ihre CO₂-Emissionen erfassen und überwachen. Ziel ist es, eine transparente und nachvollziehbare Dokumentation sicherzustellen. Der Überwachungsplan wird bei der zuständigen Behörde (bundesweit die Deutsche Emissionshandelsstelle (DEHSt)) eingereicht. Diese prüft den Plan auf Vollständigkeit und Plausibilität. Nach erfolgreicher Prüfung wird der Plan genehmigt.
- Erfassung der Emissionen: Nach Genehmigung sind die verpflichteten Unternehmen verpflichtet, ihre tatsächlichen

³⁰ *Valta/Schmiedchen*, in: Kreuter-Kirchhof/Schlacke (Hrsg.), Klimaschutzrecht, 3. Teil: BEHG, Rn.8.

³¹ BT-Drs. 19/21638, 4.

³² BT-Drs. 20/3438, 2, 11; *Jänicke/Wenzel*, ZUR 2025, 265 (266).

CO₂-Emissionen gemäß dem Überwachungsplan regelmäßig zu erfassen und zu dokumentieren. Das kann durch Messungen, Berechnungen oder eine Kombination aus beidem erfolgen.

- **Berichterstattung (§ 7 BEHG):** Die erfassten Emissionsdaten des Vorjahres müssen in einem jährlichen Bericht (bis zum 31.07. eines jeden Jahres) zusammengefasst und bei der Behörde eingereicht werden. Dieser Emissionsbericht dient der Kontrolle und Überprüfung der Emissionswerte.
- **Abgabepflicht (§ 8 BEHG):** Basierend auf den gemeldeten Emissionen wird die CO₂-Abgabe berechnet. Der Verantwortliche hat dabei jährlich bis zum 30. September an die zuständige Behörde eine Anzahl von Emissionszertifikaten abzugeben, die der nach § 7 berichteten Gesamtmenge an Brennstoffemissionen im vorangegangenen Kalenderjahr entspricht.
- **Kontrollen und Nachprüfungen (§§ 14 ff. BEHG):** Die Behörden können stichprobenartige Kontrollen durchführen, um die Richtigkeit der Angaben zu überprüfen. Bei Unstimmigkeiten können Nachprüfungen erfolgen.

(2) Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereichs

Der sachliche Anwendungsbereich des BEHG ist zunächst eröffnet, soweit es sich gemäß § 2 Abs. 1 BEHG um die in Anlage 1 genannten Brennstoffe handelt. Zur Bestimmung der erfassten Brennstoffe nimmt dabei Anlage 1 Rückgriff auf die kombinierte Nomenklatur, mithin die Warennomenklatur nach Art. 1 VO (EWG) Nr. 2658/87.

Ab dem Jahr 2024 sind zudem solche Brennstoffe berichtspflichtig, die nicht unter eine Nummer der kombinierten Nomenklatur in Anlage 1 BEHG fallen, sofern sie in Anlagen nach Nummern 8.1.1 und 8.1.2 (mit dem Hauptbrennstoff Altöl) Anhang 1 der 4. BImSchV beseitigt oder verwertet werden und die Anlagen nicht dem EU-Emissionshandel unterliegen.

Zudem müssen die Brennstoffe entsprechend des zuvor genannten „Upstream Ansatzes“ in den Verkehr gebracht werden

(§ 2 Abs. 2 BEHG). Hierbei differenziert das BEHG zwischen drei verschiedenen Formen des Inverkehrbringens.

Erster Anknüpfungspunkt hierfür ist gemäß § 2 Abs. 2 BEHG zunächst das Energiesteuergesetz. Grundsätzlich besteht eine Zertifikatsabgabepflicht, wenn auch eine Steuerpflichtigkeit nach dem Energiesteuergesetz existiert.³³ Demnach begründet bereits das Steueraussetzungsverfahren nach § 5 Energiesteuergesetz, welches keine Steuerpflicht nach dem Energiesteuergesetz begründet, auch keine Verpflichtung nach dem BEHG.³⁴ Demgegenüber lässt allein ein Verfahren der Steuerbefreiung oder eine Entlastung von der Energiesteuer, die Pflichten nach dem BEHG unberührt, da hier die Energiesteuerpflicht zunächst entsteht. Zudem enthalten § 2 Abs. 2 Satz 2 und § 2 Abs. 2 a BEHG weitere Sonderbestimmungen:

Gemäß § 2 Abs. 2 Satz 2 unterfällt Kohle, die im Rahmen eines Verfahrens nach § 37 Abs. 2 Nummer 3 oder 4 Energiesteuergesetz (§ 2 Absatz 2 Satz 2 BEHG) energiesteuerfrei verwendet wird, dennoch dem BEHG. BEHG-Verantwortlicher ist der Erlaubnisinhaber der Steuerbefreiung. Ausnahmen gelten hier wiederum für Kohle in EU-ETS-I Anlagen.³⁵

Mit der zweiten Änderung des BEHG wurde zudem die thermische Abfallbehandlung in den nationalen Emissionshandel ab 2024 einbezogen. Die Betreiber von thermischen Abfallbehandlungsanlagen sind abhängig von potenziellen CO₂-Emissionen, zum Erwerb von CO₂-Zertifikaten verpflichtet. Dementsprechend sieht § 2 Abs. 2a BEHG eine weitere Sonderbestimmung für das Inverkehrbringen bei Abfallverbrennungsanlagen vor. Hier gelten Brennstoffe – es werden also Abfälle den Brennstoffen

³³ Zu den Ausnahmen vgl. DEHST, Leitfaden zum Anwendungsbereich sowie zur Überwachung und Berichterstattung von CO₂-Emissionen, Nationales Emissionshandelssystem 2023 – 2030, veröffentlicht unter: https://www.dehst.de/SharedDocs/downloads/DE/nehs/nehs-leitfaden-monitoring-2023-2030.pdf?__blob=publicationFile&v=14, zuletzt besucht am 30.05.2025.

³⁴ Hennis, Emissionshandel 1,2,3 – Wer will was von wem voraus, veröffentlicht unter: www.umweltrechimblog.de, zuletzt besucht am 30.05.2025.

³⁵ DEHST, Leitfaden zum Anwendungsbereich sowie zur Überwachung und Berichterstattung von CO₂-Emissionen, Nationales Emissionshandelssystem 2023 – 2030, veröffentlicht unter: https://www.dehst.de/SharedDocs/downloads/DE/nehs/nehs-leitfaden-monitoring-2023-2030.pdf?__blob=publicationFile&v=14, zuletzt besucht am 30.05.2025, S. 23.

gleichgesetzt – als in den Verkehr gebracht, wenn sie in immis-
sionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Abfallverbren-
nungsanlagen nach Nummer 8.1.1 und nach Nummer 8.1.2 (mit
dem Hauptbrennstoff Altöl) des Anhangs 1 zur 4. BImSchV ein-
gesetzt werden und nicht bereits gemäß § 2 Absatz 2 BEHG als
in den Verkehr gebracht gelten. Dies betrifft Anlagen zur Beseiti-
gung oder Verwertung von festen, flüssigen oder in Behältern
gefassten gasförmigen Abfällen, Deponiegas oder anderen gas-
förmigen Stoffen mit brennbaren Bestandteilen sowie Anlagen
zum Verbrennen von Altöl oder Deponiegas (mit Hauptbrennstoff
Altöl) in einer Verbrennungsmotoranlage. BEHG-Verantworti-
cher ist der Betreiber der Anlage.³⁶ Sofern die Anlagen bereits
volumfänglich dem Anwendungsbereich des EU-ETS-I unterfal-
len, besteht keine Verpflichtung nach dem BEHG.

(3) Verfahren zum Erwerb der Zertifikate

Das Verfahren zum Erwerb der erforderlichen Zertifikate ergibt
sich aus § 10 BEHG. Die Norm regelt dabei die Modalitäten für
die erstmalige Veräußerung der Emissionszertifikate durch die
Behörde und deren Preis.³⁷

(a) Preismodell



Quelle: DEHSt, veröffentlicht unter:

https://www.dehst.de/DE/Themen/nEHS/nEHS-verstehen/nehs-verstehen_node.html

Das Preismodell des nationalen Emissionshandels ist so
ausgestaltet, dass zunächst nach § 10 Abs. 2 BEHG von

³⁶ DEHST, Leitfaden zum Anwendungsbereich sowie zur Überwachung und Berichterstattung von CO₂-Emissionen, Nationales Emissionshandelssystem 2023 – 2030, veröffentlicht unter: https://www.dehst.de/SharedDocs/downloads/DE/nehs/nehs-leitfaden-monitoring-2023-2030.pdf?__blob=publicationFile&v=14, zuletzt besucht am 30.05.2025, S. 23.

³⁷ Engel, in: Engel, BEHG Kommentar, 1. Aufl. 2020, § 10 Rn. 1.

2021 bis 2026 eine Einführungsphase mit einem vorgegebenen Preispfad stattfindet, bevor der Preis sich ab 2027 aufgrund eines freien Handels am Markt selbst bilden soll. In der Einführungsphase werden von 2021 bis 2025 die Emissionszertifikate erst zu einem Festpreis verkauft. Ab 2026 erfolgt die Veräußerung dann im Wege der Versteigerung zunächst innerhalb eines Preiskorridors.

(b) Grundlegende Hinweise zum Handel/Erwerb von Zertifikaten

Die rechtlichen Grundlagen für den Handel mit Emissionszertifikaten und die Kontenstruktur im Emissionshandelsregister ergeben sich aus der Brennstoffemissionshandelsverordnung (BEHV). Die zentrale Verwaltungsinstanz ist die beim Umweltbundesamt angesiedelte Deutsche Emissionshandelsstelle (DEHSt), welche als zuständige Stelle das Emissionshandelsregister führt und verwaltet (§ 2 Abs. 1 BEHV).

Beim Erwerb kommen verschiedene Konten zum Einsatz:

Das Nationalkonto ist das Konto der zuständigen Stelle, auf dem die Emissionszertifikate gemäß den gesetzlichen Vorgaben erzeugt werden. Während der Einführungsphase des nationalen Emissionshandels erfolgt von dort die Übertragung der erzeugten Zertifikate auf das Veräußerungskonto der beauftragten Stelle (§ 8 BEHV). Das Veräußerungskonto wird von der sog. beauftragten Stelle geführt, die gemäß § 10 Abs. 1 BEHG mit dem Verkauf der Emissionszertifikate zum Festpreis betraut ist. Die Lieferung der Emissionszertifikate an den Erwerber erfolgt durch Übertragung vom Veräußerungskonto auf das jeweilige Konto des Erwerbers (§ 9 BEHV).

Das Compliance-Konto ist dem jeweiligen Verantwortlichen zugeordnet. Es dient insbesondere der Erfüllung der

Abgabepflicht nach § 8 BEHG, indem über dieses Konto Emissionszertifikate abgegeben werden können. Darüber hinaus ist auch der Handel mit Zertifikaten über dieses Konto möglich (§ 11 BEHV).

Ein Handelskonto kann von natürlichen oder juristischen Personen eröffnet werden, die am Emissionszertifikatehandel teilnehmen möchten. Es dient ausschließlich dem Handel; eine Abgabe von Emissionszertifikaten ist von diesem Konto aus nicht zulässig (§ 12 Abs. 2 BEHV).

Das Abgabekonto wird von der DEHSt geführt und dient der Entgegennahme der Emissionszertifikate, die Verantwortliche, gemäß ihrer Verpflichtung nach § 8 BEHG, jährlich abzugeben haben (§ 13 BEHV).

Das Löschungskonto ist ebenfalls ein Konto der zuständigen Stelle. Auf dieses Konto werden Emissionszertifikate übertragen, die gelöscht werden sollen, etwa wenn sie funktionslos geworden sind oder in sonstiger Weise nicht mehr zur Verwendung im Emissionshandel vorgesehen sind (§ 14 BEHV).

Die Einnahmen aus dem Emissionshandel fließen in den Klima- und Transformationsfonds entsprechend § 10 Abs. 4 BEHG.

Die Bundesregierung hat am 06.08.2025 die zweite Verordnung zur Änderung der Brennstoffemissionshandelsverordnung (BEHV) beschlossen. Damit werden wichtige Anpassungen für das nationale Emissionshandelssystem umgesetzt und die rechtlichen Grundlagen für das Veräußerungsverfahren von nationalen Emissionszertifikaten im nationalen Emissionshandelssystem ab dem Jahr 2026 geschaffen. Die Versteigerung löst im kommenden Jahr die bisherige Festpreisphase (2021 bis 2025) im nationalen

Emissionshandel ab. Dann gilt ein Preiskorridor von 55 bis 65 € pro Tonne CO₂.

Die rechtlichen Aspekte dieses Gutachtens werden nach bisheriger Erkenntnis von diesen Änderungen nur geringfügig betroffen. Auf die hier untersuchte Gebührenfähigkeit, die gemeindewirtschaftsrechtliche Zulässigkeit und die vertraglichen Regelungen in Entsorgungsverträgen hat die zweite Verordnung zur Änderung der Brennstoffemissionshandelsverordnung keinen direkten Einfluss. Jedoch wird eine Erhöhung der Kosten, die mit dem Erwerb der Zertifikate in Verbindung stehen, durch die umfassenden und komplexen Regelungen der BEHV zu berücksichtigen sein. Insgesamt bestärkt diese Änderung die in diesem Gutachten getroffene Empfehlung, dass die Zertifikatskosten in zukünftigen Entsorgungsverträgen als Erstattungspreis zu behandeln sind.

Die wichtigsten Änderungen lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Die Verordnung regelt das Versteigerungsverfahren im Jahr 2026 (§§ 11 ff. BEHV). Im Jahr 2026 werden die Zertifikate zunächst in einem Preiskorridor von 55 € bis 65 € je Zertifikat versteigert und im Anschluss zu einem Überschussmengenpreis zu je 68 € verkauft (§ 14 BEHV).
- Im Jahr 2027 können Unternehmen Zertifikate über den Nachkauf erwerben. Die Zertifikate im Nachkauf können zum Preis von 70 € erworben werden (§ 15 BEHV). § 15 BEHV begrenzt die mögliche Menge des Nachkaufs pro Teilnehmer auf 10 % der im Jahr 2026 erworbenen Emissionszertifikate zur Erfüllung der Abgabepflicht nach § 8 BEHG.
- Darüber hinaus wird auch der Übergang des nationalen Emissionshandels in den Europäischen Emissionshandel (EU-ETS II) rechtlich vorbereitet. Insbesondere wird geregelt, dass für die dann noch

im nationalen Emissionshandel verbleibenden Brennstoffmengen ab voraussichtlich 2028 ein Zertifikatspreis gilt, der an den Preis im EU-ETS II gekoppelt ist. Es handelt sich um einen marktbasierten Preis (§ 16 BEHV).

- Reduzierung der Veräußerungstermine von zwei auf einen Termin pro Woche (§ 6 BEHV).

Das größte Problem liegt hier in der Preisfindung für den, nach der beabsichtigten Verschiebung des EU-ETS II um ein Jahr, nun geltenden Zeitraum 01.01.2028 bis Mitte 2028 (Auktionspreis des vorletzten Quartals), da die Zertifikatspreise einer großen Bandbreite unterliegen können und die Beteiligten mehrere Monate nicht wissen, welcher Zertifikatspreis vom Anlagenbetreiber berechnet werden muss. Einige Modellstudien sind für den EU-ETS II bereits durchgeführt worden. Eine aktuelle Auswertung dieser Studien zeigt, dass die gesamte Spanne der Preise für das Jahr 2030 über alle Studien hinweg von rund 60 bis 380 €/t reicht. Zu dieser Auswertung kommt hier die Studie von Pahle,³⁸ welche die einzelnen Studien und Stellungnahmen, darunter etwa Agora Energiewende; Agora Verkehrswende 2023: Der CO₂-Preis für Gebäude und Verkehr, Ein Konzept für den Übergang vom nationalen zum EU-Emissionshandel, Günther, C. et al. 2024: Carbon prices on the rise? Shedding light on the emerging EU ETS2 und viele weitere Studien und Stellungnahmen berücksichtigt hat.³⁹

b.) Rechtscharakter der CO₂ - Zertifikatskosten

Die Zertifikatskosten nach BEHG und voraussichtlich auch nach TEHG haben den Rechtscharakter einer Abgabe eigener Art, das heißt einer

³⁸ Vertiefend: Pahle, Die CO₂-Bepreisung im Umbruch, Was ist vom ETS2 zu erwarten, was kann ein Klimageld leisten?, April 2024, veröffentlicht unter: <https://www.fes.de/bibliothek/artikelseite-bibliothek/fes-impuls-die-co2-bepreisung-im-umbruch>, zuletzt besucht am 23.09.2025.

³⁹ Vollständige Auflistung bei: Pahle, Die CO₂ -Bepreisung im Umbruch, Was ist vom ETS2 zu erwarten, was kann ein Klimageld leisten?, April 2024, <https://www.fes.de/bibliothek/artikelseite-bibliothek/fes-impuls-die-co2-bepreisung-im-umbruch>, letzter Aufruf 23.09.2025.

Vorteilsabschöpfungsabgabe.⁴⁰ Umgangssprachlich zwar häufig als „CO₂“-Steuer bezeichnet, handelt es sich also vielmehr um Beschaffungskosten für Emissionsberechtigungen.⁴¹

Der Staat erhält die Einnahmen nach § 10 Abs. 2 BEHG als Gegenleistung für die Veräußerung der Emissionszertifikate.⁴² Diese Zertifikate verkörpern eine Berechtigung der Unternehmen zur Emission von Treibhausgasen (§ 3 Nr. 2 BEHG), also zur Inanspruchnahme der natürlichen Umweltressource „Luft und Atmosphäre“ zu wirtschaftlichen Zwecken. Ohne diese Zertifikate könnten die Unternehmen keine TAB-Anlagen betreiben, bei deren Verbrennung CO₂-Emissionen freigesetzt werden. Die CO₂-Bepreisung ist daher nicht „voraussetzungslos“ geschuldet, sondern eine Gegenleistung für die Erbringung einer konkreten staatlichen Leistung.⁴³

Weil den Emissionsberechtigungen keine Kosten beim Staat („staatlicher Kostenaufwand“) gegenüberstehen, sollen die Kosten für den Erwerb der Zertifikate nicht z.B. dafür verwendet werden, die Verwaltungskosten für die Organisation der Ausgabe dieser Emissionszertifikate zu decken.⁴⁴ Es handelt es sich bei der CO₂-Bepreisung auch nicht um eine Gebühr,⁴⁵ da die Voraussetzung hierbei die tatsächliche Inanspruchnahme einer öffentlichen Leistung wäre.⁴⁶ Es handelt sich vielmehr um eine nicht-steuerliche Abgabe „mit dem Charakter einer Vorteilsabschöpfungsabgabe“. ⁴⁷ Da die Vorteilsabschöpfungsabgabe weder eine klassische Vorzugslast noch eine Sonderabgabe (im

⁴⁰ Gruneberg/Reiche/Strausfeld/Treder, in: Müll und Abfall 2024, 462 (463).

⁴¹ Wernsmann/Bering, in: NVwZ 2020, 497 (499); CO₂ Kosten im Fernwärmebereich, Rödl und Partner, veröffentlicht unter: <https://www.roedl.de/themen/kursbuch-stadtwerke/juni-2020/CO2-kosten-fernwaermebereich-vergleich-regelungen>, zuletzt besucht am: 30.05.2025; Ipsen/Wisniewski/Plappert; Rechtsgutachten „Zur Verfassungsmäßigkeit des Brennstoffemissionshandelsgesetzes (BEHG)“, i.A. des UBA 2022, S. 26.; a. A. wohl Steinbach/Valta, JZ 2019, 1139 (1142). Die CO₂-Bepreisung als „steuerähnliche Wirkung“ bezeichnend, Rodi, Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs zum Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG-E), Rechtsgutachten 2019, S. 13; Wünnemann, DStR 2019, 2099 („de facto Steuer“); vgl. zudem Diskussion CO₂-Bepreisung als „Kohlendioxid-Steuer“, Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, WD 4- 3000-094/19.

⁴² Vgl. in Bezug auf das europaweite Emissionshandelssystem, BVerfG, Beschluss vom 05.03.2018 – 1 BvR 2864/13.

⁴³ BVerfG, Beschluss vom 05.03.2018 – 1 BvR 2864/13- Juris.

⁴⁴ Vgl. hierzu Wernsmann, Rechtsgutachten „Verfassungswidrigkeit der CO₂ -Bepreisung nach dem Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG)“, insbesondere im Zeitraum von 2021 – 2025, 2020, S. 22.

⁴⁵ So aber Müller/Kahl, Zur verfassungsrechtlichen Einordnung des Brennstoffemissionshandelsgesetz, Stellungnahme zur Anhörung des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit im Deutschen Bundestag am 06.11.2019, Ausschuss- Drs. 19 (169293-F), S. 12.

⁴⁶ Vgl. hierzu BVerfG vom 17.01.2017 – 2 NvL 2/14; BVerfGE 50, 217 (266).

⁴⁷ BVerfG vom 05.03.2018 – 1 BvR 2864/13; NVwZ 2018, 972, Rn. 30 f.; Frenz, in: Frenz, Klimaschutzrecht Gesamtkommentar, 3. Aufl. 2025, § 10 BEHG Rn. 31.

engeren Sinne) darstellt, erscheint die Einordnung als *nicht-steuerliche Abgabe eigener Art* vorzugswürdig.⁴⁸ Dies ist unproblematisch, da das Grundgesetz keinen abschließenden Kanon zulässiger Abgaben kennt.⁸⁰ Für die Einordnung als Vorteilsabschöpfungsabgabe ist allerdings zu beachten, dass nicht „irgendein“ Vorteil des Abgabenschuldners abgeschöpft werden darf, sondern nur ein „*individueller Sondervorteil*“.⁴⁹ Dieser ist vorliegend darin zu sehen, dass der individuelle Sondervorteil der Unternehmen abgeschöpft wird, den diese durch die Inanspruchnahme von „Luft und Atmosphäre“ aufgrund der bestimmungsgemäßen Nutzung der in Verkehr gebrachten Brennstoffe erlangen.⁵⁰

4. Verhältnis zwischen nationalem und europäischem Emissionshandel

Das im BEHG geregelte nationale Emissionshandelssystem (nEHS) soll die CO₂-Emissionen aus Brennstoffen abdecken, welche außerhalb des Geltungsbereichs des EU-ETS verbrannt werden. Damit sollen das europäische und das nationale Emissionshandelssystem grundsätzlich nebeneinander bestehen.⁵¹ Die im BEHG gewählte Definition von Brennstoffemissionen schließt allerdings Emissionen im Geltungsbereich des EU-ETS-I mit ein, so dass eine Bereinigung um Überschneidungen notwendig ist, um eine Doppelbelastung von Brennstoffeinsätzen durch Zertifikatskosten unter dem nationalen Emissionshandel und dem EU-ETS-I zu vermeiden.

Hierzu differenziert das BEHG zwischen der sog. Doppelbelastung und der indirekten Belastung. Doppelbelastungen sind nach § 7 Abs. 5 Satz 2 BEHG Belastungen, die bei einer Direktlieferung von Brennstoffen durch die Inverkehrbringer an einer Anlage, die bereits dem EU-ETS unterfällt, entstehen. Eine solche Doppelbelastung ist möglichst gemäß § 7 Abs. 5 Satz 1 BEHG in Verbindung mit § 17 Verordnung über die Emissionsberichterstattung nach dem Brennstoffemissionshandelsgesetz für die Jahre 2023 bis 2030

⁴⁸ Jarass, Nichtsteuerliche Abgaben und lenkende Steuern unter dem Grundgesetz, 1999, S. 34; Wernsmann, Rechtsgutachten „Verfassungswidrigkeit der CO₂-Bepreisung nach dem Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG), insbesondere im Zeitraum von 2021 – 2025“, 2020, S. 25.

⁴⁹ Jarass, Nichtsteuerliche Abgaben und lenkende Steuern unter dem Grundgesetz, 1999, S. 35.

⁵⁰ Wernsmann, Rechtsgutachten „Verfassungswidrigkeit der CO₂-Bepreisung nach dem Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG), insbesondere im Zeitraum von 2021 – 2025“, 2020, S. 27; Ipsen/Wisniewski/Plappert, Rechtsgutachten „Zur Verfassungsmäßigkeit des Brennstoffemissionshandelsgesetzes (BEHG)“, i.A. des UBA 2022, S. 29.

⁵¹ Ipsen/Wisniewski/Plappert, Rechtsgutachten „Zur Verfassungsmäßigkeit des Brennstoffemissionshandelsgesetzes (BEHG)“, i.A. des UBA 2022, S. 52; Engel, in: Engel, BEHG Kommentar, § 1 Rn. 61; BT-Drs. 19/14746, S. 20.

(EBeV 2030) vorab zu vermeiden. Findet demgegenüber keine Direktlieferung statt, sondern besteht eine Lieferkette, kann eine indirekte Belastung nach § 11 BEHG gegeben sein. Hier kann eine nachträgliche Kompensation gemäß BEHG-Doppelbilanzierungsverordnung (BDEV) erfolgen.⁵²

Es ist geplant, dass das nationale Brennstoffemissionshandelssystem weitgehend durch das neue EU-ETS II bis 2028 ersetzt werden soll. Bis dahin führen die Regelungen des EU-ETS II und das nationale Emissionshandelssystem eine Koexistenz und können damit nebeneinander zur Anwendung kommen. Dies führt jedenfalls zu höheren Berichtspflichten der betroffenen Unternehmen.⁵³

5. Die Einbeziehung der thermischen Abfallbehandlungsanlagen in das nationale Emissionshandelssystem

Die Einbeziehung der thermischen Abfallbehandlungsanlagen in das nationale Emissionshandelssystem wird kritisch gesehen. Hierbei ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Bepreisung der thermischen Abfallbehandlung mehrere Systembrüche im BEHG erforderte, letztlich mit dem Ziel der Implementierung eines eigenen Emissionshandelssystems allein für die thermische Abfallbehandlung.⁵⁴

Diese Systembrüche resultieren zum einen daraus, dass ein Rückgriff auf das Energiesteuerrecht für die Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereichs nicht möglich war, sondern es einer expliziten Erweiterung bedurfte. Ferner musste der Gesetzgeber für die Einbeziehung der thermischen Abfallbehandlungsanlagen, dem grundsätzlichen „Upstream Ansatz“ folgend,⁵⁵ eine Fiktion begründen, wonach die Abfälle als in Verkehr gebracht gelten, wenn sie in Abfallverbrennungsanlagen verbrannt werden.⁵⁶

Des Weiteren ist die fehlende klimaschützende Lenkungswirkung zu berücksichtigen. So sind Abfälle nicht mit fossilen Brennstoffen zu vergleichen, die bspw. durch andere „grüne“ Energieträger substituiert werden können.

⁵² Leitfaden BEHG: Zusammenwirken EU-ETS 1 und nEHS 2023 bis 2030.

⁵³ *Pahle*, Die CO₂-Bepreisung im Umbruch, Was ist vom ETS2 zu erwarten, was kann ein Klimageld leisten?, April 2024, veröffentlicht unter: <https://www.fes.de/bibliothek/artikelseite-bibliothek/fes-impuls-die-co2-bepreisung-im-umbruch>, zuletzt besucht am 23.09.2025.

⁵⁴ *Frenz*, AbfallR 2024, 1 (2).

⁵⁵ Vgl. hierzu die Ausführungen unter Gliederungspunkt A, I. 3 a. (2).

⁵⁶ *Frenz*, AbfallR 2024, 1 (2); *Thärichen*, Grundzüge des Abfall- und Kreislaufwirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2024, Rn. 482.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass Abfälle keinen homogenen Brennstoff darstellen. Schwankende Brennwerte und unterschiedliche Zusammensetzungen der Abfälle ermöglichen keinen exakt definierbaren Brennwert wie beispielsweise bei Erdgas, Heizöl oder Kohle.

Vielmehr fallen Abfälle aufgrund von Produktions- und Konsumtionsprozessen an und müssen sodann schadlos entsorgt werden.⁵⁷ Zudem wird darauf verwiesen, dass eine Einbeziehung der thermischen Abfallbehandlung nicht mit den Steuerungszielen des Kreislaufwirtschaftsrechts kompatibel sei. *„Zwar ist die die energetische gegenüber der stofflichen Verwertung nachrangig (s. § 6 Abs. 1 KrWG in Umsetzung von Art. 4 Abs. 1 RL 2008/98/EG), hat aber als solche einen legitimen Stellenwert in der Abfallbewirtschaftung und ist gerade zur Neutralisierung von Schadstoffen zur Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht für Leben und Gesundheit nach Art. 2 Abs. 2 GG unverzichtbar“.*⁵⁸

Kritisiert wird zudem, dass systembedingt in der Regel kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen dem Verbraucherverhalten und der Abfallentstehung einerseits, sowie dem Entstehen der Entsorgerkosten andererseits, besteht. So können die Abfallerzeuger, die die CO₂-Bepreisung zwar zahlen müssen, ihre Höhe aufgrund ihres Abfallverhaltens allerdings nicht konkret beeinflussen, da das „Abfallmanagementsystem“ vom jeweiligen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger per Abfallsatzung vorgegeben wird.⁵⁹

Diese Gründe führten u.a. dazu, dass die GML (Gemeinschafts-Müllheizkraftwerk Ludwigshafen GmbH) am 06.12.2023 eine Musterfeststellungsklage gegen die Bundesrepublik Deutschland vor dem VG Berlin eingereicht hat. Das Verwaltungsgericht Berlin hat über die Klage bisher noch nicht entschieden.

Auch auf der Anwendungsebene des Gesetzes führt das BEHG zu rechtlichen Problemen, da es selbst nicht die Weitergabe der Zertifikatskosten von den Anlagebetreibern an die Anlieferer bzw. die Abfallerzeuger regelt. In einer ersten Studie im Auftrag des BMUV und des BMWK 2022 kamen die

⁵⁷ Frenz, AbfallR 2024, 1 (2).

⁵⁸ Frenz, AbfallR 2024, 1 (2); vgl. hierzu auch Kaphahn/Feikus/Quicker, Müll und Abfall 2024, 176 (184 ff.).

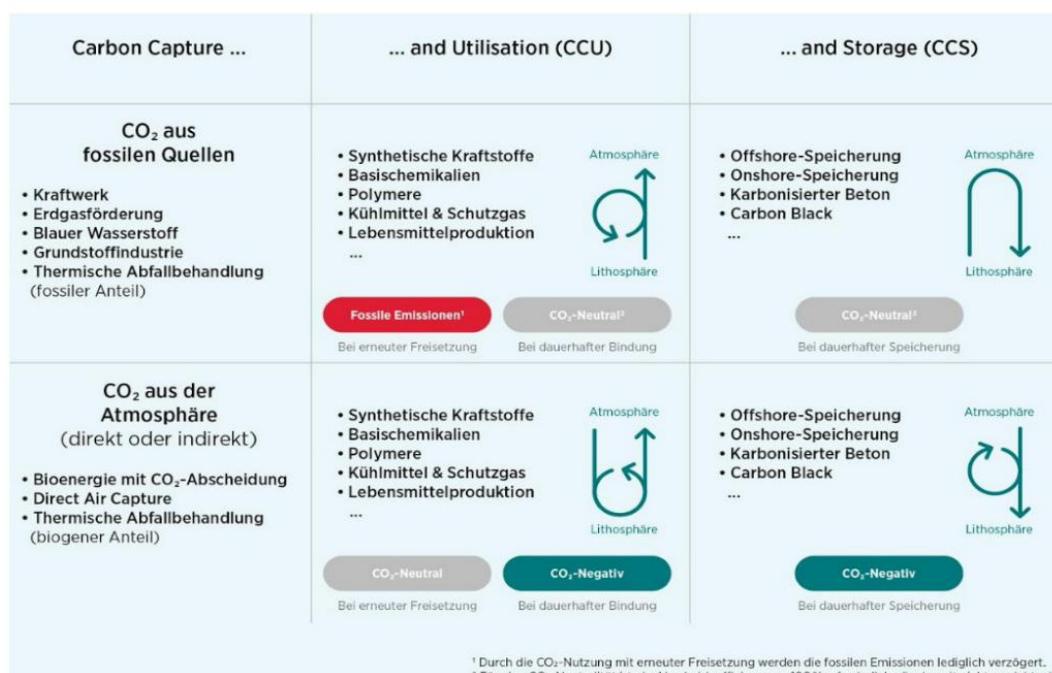
⁵⁹ Hierzu: GMK, Kurzzusammenfassung der Musterfeststellungsklage der GML gegen die Einbeziehung der Abfallverbrennung in den nationalen Emissionshandel.

Autoren jedoch zu dem Ergebnis, dass die CO₂-Bepreisung zu deutlichen Gebührenerhöhungen führt. Die möglichen Folgen waren dem Gesetzgeber somit bewusst.⁶⁰

II. Carbon Capture Anlagen

2024 veröffentlichte das damalige Bundesministerium für Wirtschaft und Energie ein Eckpunktepapier zur Carbon Management-Strategie.⁶¹

Ausgangspunkt der Überlegungen ist die Tatsache, dass Emissionsminderungsmaßnahmen allein nicht das Ziel der Klimaneutralität erreichen können. Erforderlich sind zudem weitere Technologien, die insbesondere auch in den Blickpunkt nehmen, dass nicht alle Emissionen gänzlich vermeidbar sind. Zu diesen Technologien gehören das Abscheiden und Speichern von CO₂ (Carbon Capture and Storage [CCS]) sowie das Abscheiden und Nutzen von CO₂ (Carbon Capture and Utilization [CCU]). Nachstehendes Schaubild, entnommen aus einer Übersicht des Wuppertal Instituts, veranschaulicht diese Technologien.⁶²



⁶⁰ Vgl. hierzu Pohl/Becker/Heller/Birnstegel/Zotz, Auswirkungen des nationalen Brennstoffemissionshandels auf die Abfallwirtschaft, März 2022, S. 23.

⁶¹ Veröffentlicht unter: <https://www.bundeswirtschaftsministerium.de/Redaktion/DE/Downloads/E/240226-eckpunkte-cms.html>, zuletzt besucht am 17.12.2025.

⁶² Block/Weber/Viebahn/Sievering/Arnold/Witte/Blum/Kling/Schmidt/Overberg/Zeiss, Voraussetzungen für eine erfolgreiche Implementierung von CCU, CCS und CDR, Handlungsempfehlungen für die Carbon-Management-Strategie des Bundes Zukunftsimpuls 30. März 2025, Wuppertal Institut, S. 9, veröffentlicht unter: https://wupperinst.org/fileadmin/redaktion/downloads/publications/ZI30_Carbon-Management-Strategie.pdf, zuletzt besucht am 17.12.2025.

Für die Bereiche Zement- und Kalkindustrie sowie für die der thermischen Abfallbehandlung wird i.d.R. konstatiert, dass nicht alle Emissionen vermieden werden können, sodass die „Anwendung von CCS/CCU ein elementarer Baustein für die Erreichung von Klimaneutralität“ ist.⁶³ Einige NGOs wie Greenpeace lehnen diese Technologie grundsätzlich ab, da sich aus eigenen erhobenen Studien ergeben würde, dass CCS erhebliche Risiken für die Umwelt mit sich bringen würde.⁶⁴

Carbon Capture Anlagen in der Abfallwirtschaft sind Anlagen, die Kohlendioxid (CO₂) aus den Rauchgasen von Abfallverbrennungsanlagen oder anderen Abfallbehandlungsanlagen abfangen und entweder dauerhaft speichern (Carbon Capture and Storage, CCS) oder für andere Zwecke nutzen (Carbon Capture and Utilization, CCU). Die Carbon Capture Anlage fängt dabei sowohl das aus fossilen Abfallmengen stammende als auch das aus biogenen Mengen stammende CO₂ ein. Beide Mengen machen derzeit etwa 50 % der Gesamtmenge aus.⁶⁵ Eine Differenzierung kann hier technisch nicht vorgenommen werden. Zukünftig ist es möglich, dass der biogene Anteil der Mengen zunehmen wird.

Die Bedeutung von CC-Anlagen ist auch bei der Herstellung von strombasierten Energieträgern von großer Bedeutung. Insbesondere bei der Herstellung von strombasierten Energieträgern braucht es neben Wasserstoff auch große Mengen an Kohlenstoff, welche über CC-Anlagen gewonnen werden könnten. Hier sieht eine Studie des Umweltbundesamtes insbesondere bei TAB noch ausschöpfungspotential, insbesondere da die Studie die Nutzung von CO₂-Emissionen aus TAB als nachhaltig ansieht, da es sich um unvermeidbare Nebenprodukte der Abfallbehandlung handelt.⁶⁶

In Deutschland fehlt es derzeit allerdings teilweise an einer rechtlichen Grundlage für den Einsatz von CC-Anlagen. Die Bundesregierung hat am 06.08.2025 den Gesetzentwurf zur Änderung des Kohlendioxid-Speicherung-und-Transport-

⁶³ Eckpunkte der Bundesregierung für eine Carbon Management-Strategie, 26.02.2024, veröffentlicht unter: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/E/240226-eckpunkte-cms.pdf?__blob=publicationFile&v=6, zuletzt besucht am 17.12.2025.

⁶⁴ Veröffentlicht unter: <https://www.greenpeace.de/klimaschutz/energie/wende/kohleausstieg/ccs>, zuletzt besucht am 17.12.2025.

⁶⁵ UBA Studie: Münster/Fehrenbach/Fröhlich, Optionen und Potenziale für die Nutzung von biogenem CO₂ für die Herstellung von strombasierten erneuerbaren Energieträgern, August 2025, veröffentlicht unter: <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/optionen-potenziale-fuer-die-nutzung-von-biogenem>, zuletzt besucht am 14.10.2025.

⁶⁶ UBA Studie: Münster/Fehrenbach/Fröhlich, Optionen und Potenziale für die Nutzung von biogenem CO₂ für die Herstellung von strombasierten erneuerbaren Energieträgern, August 2025, veröffentlicht unter: <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/optionen-potenziale-fuer-die-nutzung-von-biogenem>, zuletzt besucht am 14.10.2025.

Gesetz (KSpTG) beschlossen. Dieser soll die Abscheidung und Speicherung von Kohlenstoffdioxid (CO₂) ermöglichen – und anders als bisher nicht nur zu Forschungszwecken, sondern auch in größerem Maßstab. Das KSpTG ist am 28.11.2025 in Kraft getreten.

In Europa sind derzeit nur zwei großtechnische CC-Anlagen bei thermischen Abfallbehandlungsanlagen in Betrieb (Twence und Duiven – beide in den Niederlanden). In Deutschland existieren oder entstehen eine Handvoll Anlagen im Pilotmaßstab, wie etwa in Hamburg oder Hürth.⁶⁷ In Skandinavien werden großtechnischen Anlagen nach Zusage massiver Unterstützung nun gebaut.

Ziel der zuvor genannten Carbon Management-Strategie ist u.a. die Schaffung entsprechender rechtlicher Voraussetzungen.⁶⁸

Aufgrund der zum Teil fehlenden Rechtsgrundlage und der fehlenden strategischen Ausrichtung der Bundesregierung stellen sich für die Betreiber von thermischen Abfallbehandlungsanlagen neben den technischen und betriebswirtschaftlichen Herausforderungen verschiedene rechtliche Fragen.

B. Fragestellungen und Prüfungsumfang

Die vorliegende Stellungnahme befasst sich in ihrem ersten Teil insbesondere mit der Frage, ob und auf welcher Weise die CO₂-Bepreisung von den Anlagenbetreibern auf ihre Vertragspartner (Anlieferer) sodann auf die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger und schließlich auf die Benutzer der öffentlichen Einrichtung der Abfallwirtschaft weitergereicht werden kann. Diese Frage ist im Wege einer umfassenden Stellungnahme, die Aspekte des Vertrags-, des Vergabe-, des Gebühren- und des Preisrechts mit einbindet, zu untersuchen.

Darüber hinaus wird im zweiten Teil Stellung zur Frage der Einbindung von sog. Carbon Capture Anlagen genommen. Auch hier stellt sich insbesondere die Frage, ob und ggf. auf welche Weise die erheblichen Investitionskosten auf die Gebührenzahler umgelegt werden können.

⁶⁷ EUWID, News vom 05.08.2025, Hamburgs Umweltsenatorin setzt auf CCS-Technologie bei Müllverbrennung, veröffentlicht unter: <https://www.euwid-recycling.de/news/politik/hamburgs-umweltsenatorin-setzt-auf-ccs-technologie-bei-muellverbrennung-050825/>, zuletzt besucht am 07.08.2025; EUWID 2025, 36, S. 5.

⁶⁸ Vgl. u.a. Bundeswirtschaftsministerium: FAQ zu CCS und CCU, veröffentlicht unter: [faq-ccs-ccu.pdf](#), zuletzt besucht am 17.12.2025.

C. Rechtliche Würdigung

Teil 1: Der Erwerb von Zertifikaten nach dem BEHG

I. Weitergabe der Kosten des Anlagenbetreibers an den Anlieferer der Abfälle

Die Betreiber der Abfallverbrennungsanlagen, die die CO₂-Zertifikate erwerben müssen,⁶⁹ sind bestrebt, diese Kosten an die Anlieferer der jeweiligen Abfälle weiterzugeben. Hierbei kann es sich um öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger (örE) sowie um private Entsorgungsunternehmen handeln, die von den örE beauftragt worden sind.⁷⁰

Für diese Kostenweitergabe bedarf es einer vertraglichen Grundlage. Bei Bestandsverträgen, die bereits vor der gesetzlichen Einbeziehung der thermischen Abfallbehandlung ins BEHG bestanden, muss, wenn eine Kostenweitergabe nicht bereits im Vertrag geregelt ist, daher untersucht werden, ob ein entsprechendes vertragliches Anpassungsrecht im Anlieferungs-/Entsorgungsvertrag verankert ist. Sehen die vertraglichen Regelungen keine Anpassungsregelungen vor, muss geprüft werden, ob eine Vertragsanpassung, z.B. nach § 313 BGB, in Betracht kommt. Hierfür wäre das Vorliegen eines „wichtigen Grundes“ erforderlich. Ein solcher ist gegeben, wenn dem Betreiber der Anlage unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beidseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder Ablauf der nächsten Kündigungsmöglichkeit nicht ohne entsprechende Vertragsanpassung zugemutet werden kann.

Beim Abschluss von Neuverträgen stellt sich dagegen die Frage, wie die CO₂-Kosten an den Vertragspartner insbesondere vertragstechnisch weitergegeben werden können. Hierbei spielt u.a. eine Rolle, inwieweit die Weitergabe der Kosten für künftige CO₂-Zertifikate durch eine Kostenschätzung auf Grundlage von verfügbaren Preisen erfolgen kann und ob diese durch Preisanpassungsklauseln vertraglich dargestellt werden, oder ob vielmehr allein eine Weitergabe im Wege der Vereinbarung eines jährlich festzusetzenden Selbstkostenerstattungspreis in

⁶⁹ Vgl. zum Anwendungsbereich bereits die Ausführungen unter A. I. 3. a.).

⁷⁰ Daneben stehen zudem die Entsorgungsunternehmen, die gewerbliche Abfälle andienen.

Betracht kommt. Dabei dürfte auch die preisrechtliche Zulässigkeit der Vereinbarung eines solchen Selbstkostenerstattungspreises eine Rolle spielen.

Im Einzelnen:

1. Typische Elemente von Entsorgungsverträgen zwischen örE und TAB-Betreibern in der kommunalen Abfallwirtschaft

Entsorgungsverträge zwischen Anlagenbetreibern und örE bzw. durch sie beauftragte Unternehmen über die thermische Behandlung von Restabfällen haben die Sicherstellung einer umfassenden und langfristigen Entsorgungssicherheit zum Inhalt. Dabei weisen die Entsorgungsverträge folgende wesentliche Elemente auf:

a.) Vertragsgegenstand und Sicherstellung der Entsorgungssicherheit

Typischer Vertragsgegenstand solcher Entsorgungsverträge ist die umfassende thermische Entsorgung der vom örE bzw. seinem Drittbeauftragten bereitgestellten überlassenen Abfälle in einer TAB nach Vorgabe der gesetzlichen, insbesondere abfallrechtlichen Bestimmungen, wie dem Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG).

Die Entsorgungsverträge werden in der Regel unter Beachtung der Sicherstellung der langfristigen Entsorgungssicherheit über mehrere Jahre geschlossen.

Die lange Vertragslaufzeit hat dabei Auswirkungen zum einen auf die Preisgestaltung, aber auch auf die vertraglichen Anpassungsmöglichkeiten, was für die vorliegend zu beantwortende Frage der Berücksichtigung der BEHG-Zertifikatskosten, von Bedeutung ist.⁷¹

b.) Anwendung des Vergaberechts

Entsorgungsverträge, die zwischen den örE und den Betreibern von TAB geschlossen werden, unterliegen grundsätzlich dem Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts gemäß §§ 97 ff. GWB, da

⁷¹ Vgl. hierzu die Ausführungen unter I. 2. dieses Gutachtens.

sowohl der persönliche als auch der sachliche Anwendungsbereich des Vergaberechts eröffnet ist.

Der persönliche Anwendungsbereich des Vergaberechts gemäß der §§ 98, 99 GWB ist in der Regel eröffnet.

So unterfallen öRE als Auftraggeber, soweit sie kommunale Gebietskörperschaften sind (u.a. Kommune, Landkreis) dem Anwendungsbereich des § 99 Abs. 1 GWB, soweit sie als Verbandskörperschaft (z.B. Zweckverband) oder als kommunales Entsorgungsunternehmen, mit eigener Rechtspersönlichkeit (AöR) organisiert sind, in der Regel dem Anwendungsbereich des § 99 Abs. 2 GWB, da sie zu dem Zweck gegründet worden sind, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben, nämlich der kommunalen Abfallwirtschaft, nicht gewerblicher Art zu erfüllen.⁷²

Gemäß § 103 Abs. 1 GWB sind öffentliche Aufträge entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben.

Bei den Entsorgungsverträgen handelt es sich um entgeltliche Verträge zwischen den öRE, als öffentliche Auftraggeber und den Betreibern von TAB, die der Erbringung von Dienstleistungen, nämlich der Entsorgung der angelieferten Abfälle, dienen.

Ausnahmen können sich insoweit dann ergeben, wenn die Voraussetzungen einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit nach § 108 GWB vorliegen, z.B. eine Inhouse-Vergabe rechtmäßig erfolgt ist.

Die Anwendung der vergaberechtlichen Vorschriften gemäß §§ 97 ff. GWB hat hierbei auch Auswirkungen auf die Frage, ob die Kosten für die BEHG-Zertifikate nachträglich im Wege der Vertragsanpassung Gegenstand des Entsorgungsvertrages zwischen Anlagenbetreiber

⁷² Hierzu ausführlich: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Aufl. 2024, § 99; Pünder, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht; Einführung, 3. Aufl. 2019, Rn. 1-33.

und öRE sein können, ebenso wie die Frage der Berücksichtigung der Kosten für BEHG-Zertifikate bei Neuausschreibungen.⁷³

c.) Anwendung des öffentlichen Preisrechts bei Entsorgungsverträgen

Unabhängig davon, ob die Entsorgungsverträge in einem öffentlichen Vergabeverfahren ausgeschrieben oder Inhouse vergeben wurden, gilt das öffentliche Preisrecht, welches zwischen den öRE und den Betreibern von TAB grundsätzlich zur Anwendung kommt.⁷⁴

Während das Vergaberecht im Wesentlichen das Verfahren der Auftragsvergabe vorgibt und seinen Schwerpunkt darauflegt, dass mittels eines wettbewerblichen, transparenten und nichtdiskriminierenden Verfahrens der öffentliche Auftraggeber zwischen möglichst vielen Wettbewerbern auswählen kann, dient das öffentliche Preisrecht einer angemessenen Preisbildung im Sinne einer Höchstpreisvorschrift.⁷⁵

Maßgebliches Regelwerk des öffentlichen Preisrechts ist die „Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen“ (kurz: VO PR Nr. 30/53).⁷⁶ Sie gilt für öffentliche Aufträge, die von öffentlichen Auftraggebern im Sinne des Preisrechts vergeben werden. Der Anwendungsbereich des öffentlichen Preisrechts ist somit durch die preisrechtlichen Begriffe des öffentlichen Auftraggebers und des öffentlichen Auftrags bestimmt.⁷⁷ Dabei gilt zu beachten, dass der sachliche Anwendungsbereich der preisrechtlichen Vorschriften weiter gefasst ist als der des Vergaberechts.⁷⁸ Entscheidend für die Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereichs des Preisrechts ist, dass es sich um synallagmatische Austauschverträge (Leistung und Gegenleistung stehen sich gleichwertig gegenüber) handelt.⁷⁹ So sind auch Verträge erfasst, die nach den vergaberechtlichen Vorschriften nicht öffentlich

⁷³ Vgl. hierzu die Ausführungen unter: I. 2. b.) (1).

⁷⁴ Hoffjan/Hennemann, AbfallR 2017, 130 (130 ff.).

⁷⁵ Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 10. Aufl. 2024, § 1 VO PR Nr. 30/53, Rn. 1-4.

⁷⁶ Vgl. Bertermann/Petersen, ZfBR 2007, 767 (769 ff.).

⁷⁷ Pauka/Chrobot, Öffentliches Preisrecht und Vergaberecht, VergabeR 2011, 405 (406).

⁷⁸ Brüning, ZfBR 2012, 642 (644 f.).

⁷⁹ Bertermann, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 1 VO PR Nr. 30/53.

ausgeschrieben werden müssen, weil sie z.B. den Vorschriften des § 108 GWB unterfallen (z.B. Inhouse-Vergabe). Insbesondere Verträge über Abfallbeseitigungsleistungen und die dafür von den Kommunen als öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger zu entrichtende Entgelte unterfallen dem öffentlichen Preisrecht.⁸⁰

Das öffentliche Preisrecht unterscheidet zwischen verschiedenen Preistypen. Hierbei gilt die sogenannte Preistreppe. Ausgehend vom Grundsatz des Vorrangs der marktwirtschaftlichen Preisbildung soll nach Möglichkeit zunächst ein Marktpreis, sodann ein Selbstkostenfestpreis, gefolgt von Selbstkostenrichtpreisen und schließlich Selbstkostenerstattungspreisen vereinbart werden.⁸¹

So bestimmt § 4 VO PR 30/53 zunächst, dass für marktgängige Leistungen die im Verkehr üblichen preisrechtlich zulässigen Preise nicht überschritten werden dürfen.

Für das Vorliegen eines Marktpreises müssen damit zwei Voraussetzungen erfüllt sein. Zum einen muss es sich um eine marktgängige Leistung handeln, zum anderen muss ein verkehrsüblicher Preis feststellbar sein.⁸²

Marktgängig ist eine Leistung, für die ein allgemeiner oder besonderer Markt besteht. Ein allgemeiner Markt ist gegeben, wenn aus einem Zusammentreffen von Anbietern und Nachfragern ein Marktpreis für Produkte und Dienstleistungen besteht.⁸³ Demgegenüber handelt es sich um einen besonderen Markt, wenn dieser im Wege einer Auftragsvergabe künstlich geschaffen wird.⁸⁴ Die Verkehrsüblichkeit des Preises ist dann gegeben, wenn sich dieser regelmäßig in einem stetigen Wettbewerb durchsetzen kann. Für Preise, die sich auf dem besonderen Markt, mithin bei einer Ausschreibung, gebildet haben, gilt, dass diese nicht automatisch als Marktpreis anzuerkennen sind, vielmehr ist

⁸⁰ Vgl. dazu *Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller*, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 10. Aufl. 2024, § 1 VO PR Nr. 30/53, Rn. 23; *Hoffjan/Hennemann*, AbfallR 2017, 130 (130); *Brüning*, AbfallR 2015, 2 (5); *Grünwald*, AbfallR 2013, 30 (31); *Müller*, ZfBR 2018, 555 (555); *Mengis*, Aktuelle Fragen bei der LSP-Kalkulation kommunaler Entsorgungsentgelte am Beispiel von CO₂-Zertifikaten und Stromsteuernachforderungen, Anwendertreffen Öffentliches Preisrecht, Dortmund, 12./13. Juni 2024.

⁸¹ *Hoffjan/Heneemann*, AbfallR 2017, 130 (131); *Brüning*, ZfBR 2012, 642 (643); *Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller*, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 10. Aufl. 2024, § 1 Rn. 84 ff.

⁸² BVerwG, Urteil vom 13.04.2016 – 8 C 2/15.

⁸³ *Berstermann*, in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht 3. Aufl. 2019, § 4 Pr 30/53, Rn. 6.

⁸⁴ *Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller*, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 10. Aufl. 2024, § 4 Rn. 12.

zu prüfen, ob der durch die Ausschreibung ermittelte Preis dem verkehrüblichen Preis entspricht.⁸⁵

Kann ein solcher Marktpreis nicht ermittelt oder nachgewiesen werden, so sind Selbstkostenpreise anhand der zuvor dargestellten Preistreppe – Selbstkostenfestpreise vor Selbstkostenrichtpreise vor Selbstkostenerstattungspreise – zu bilden.

Der Selbstkostenfestpreis gemäß § 6 Abs. 1 VO PR 30/53 beruht auf einer Vorkalkulation, daher müssen sich die Grundkostenelemente der Preise vor Erstellung der Leistung hinreichend überschauen lassen.⁸⁶ Freilich können die einzelnen Ansätze noch nicht auf die tatsächliche, sondern nur auf die vermutliche Kostengestaltung, entsprechend den aus den LSP zu entnehmenden Kalkulationsgrundsätzen, ausgerichtet sein.⁸⁷ Dies bedeutet, dass bei einer sicheren Prognose der voraussichtlichen Kosten der Selbstkostenfestpreis Anwendung erlangt.⁸⁸

Der Selbstkostenrichtpreis nach § 6 Abs. 3 VO PR 30/50 liegt zwischen dem Selbstkostenfestpreis und dem Selbstkostenerstattungspreis und findet Anwendung, wenn die Überschaubarkeit der entstehenden Kosten noch nicht besteht, aber im Laufe der Fertigung noch vor Abschluss ermittelt werden kann.⁸⁹ Dies bedeutet, dass der Selbstkostenrichtpreis bei Preisrahmen mit „*Unsicherheiten über die Kostenprognose*“⁹⁰ Anwendung findet.

Der Selbstkostenerstattungspreis gemäß § 7 VO PR Nr. 30/53 ist die letzte Ebene der Preistreppe und kann zur Anwendung kommen, wenn sich die Kosten im Voraus nicht ermitteln lassen, mithin nur eine grobe Kostenschätzung möglich ist.⁹¹

⁸⁵ Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller, Preise und Preisprüfung bei öffentlichen Aufträgen, 10. Aufl. 2024, § 4 Rn. 84.

⁸⁶ Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 10. Aufl. 2024, § 6 Rn. 2.

⁸⁷ Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 10. Aufl. 2024, § 6 Rn. 2.

⁸⁸ Brüning, AbfallR 2015, 2 (1 ff).

⁸⁹ Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 10. Aufl. 2024, § 6, Rn. 26 f.

⁹⁰ Brüning, AbfallR 2015, 2 (5).

⁹¹ Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 10. Aufl. 2024, § 7 Rn. 1 f.; Brüning, AbfallR 2015, 2 (5).

Je nachdem ob der Entsorgungsvertrag in einem Vergabeverfahren öffentlich ausgeschrieben wurde oder Inhouse vergeben wurde, sind entweder Marktpreise nach § 4 Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen (VO PR Nr. 30/53) oder Selbstkostenfestpreise nach § 5 VO PR Nr. 30/53 vereinbart. Für letztere gelten wiederum die Leitsätze zur Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten (LSP).

Auch der jeweilig anzuwendende Preistyp hat Auswirkungen sowohl auf die Berücksichtigung von Kosten für die BEHG-Zertifikate bei bestehenden sowie bei künftig zu vereinbarenden Entsorgungsverträgen.⁹²

d.) Preisanpassungsmöglichkeiten

Aufgrund der langen Laufzeit von Entsorgungsverträge bedarf es konkreter Regelungen zur Möglichkeit von Preisanpassungen.

Hierzu zählen zunächst die häufig in den Entsorgungsverträgen zu findenden Preisanpassungsklauseln, die nach konkret bestimmten Voraussetzungen anhand von vereinbarten Indizes gestiegene Kosten, wie z.B. Personal-, oder Sachkosten berücksichtigen. Entscheidend hierbei ist, dass die Entsorgungsverträge diese Preisanpassungen „automatisch“ bei Vorliegen der Voraussetzungen vorsehen, das heißt keine Vertragsänderungen notwendig sind.

Davon zu differenzieren sind darüberhinausgehende Vertragsanpassungsregelungen allgemeiner Art, wie vertraglich vereinbarte Loyalitätsklauseln oder gesetzliche Bestimmungen, wie § 313 BGB.

Vor dem Hintergrund dieser typischen Vertragselemente ergibt sich für die Frage der Anpassung von Entsorgungsverträgen das Folgende:

⁹² Siehe hierzu I. 2. b.) (2) und I. 3.

2. Anpassung von bestehenden Entsorgungsverträgen

Bestehende Verträge, welche vor Inkrafttreten oder Bekanntwerden der CO₂-Bepreisung durch das BEHG abgeschlossen wurden, berücksichtigen die entstehenden Mehrkosten durch die Zertifikate regelmäßig nicht.

Demnach bedarf es im Regelfall vertraglicher Anpassungsregelungen, die die Weitergabe der CO₂-Bepreisung an den Vertragspartner, also den Lieferanten der Abfälle, ermöglichen. Das BEHG trifft keine Regelungen zur Weitergabe der Zertifikatskosten, weswegen es auf die individuelle Vertragsausgestaltung ankommt. Dabei ist vorrangig zu prüfen, ob spezielle Preisanpassungsregelungen vertraglich vereinbart wurden, die auch eine CO₂-Bepreisung umfassen. Liegen solche nicht vor, ist nachrangig zu untersuchen, ob die Verträge allgemeine Loyalitätsklauseln enthalten, die eine Anpassung des Vertrages ermöglichen. Schließlich ist zu untersuchen, ob eine Anpassung des Vertrags über eine ergänzende Vertragsauslegung oder subsidiär nach § 313 BGB über den Wegfall der Geschäftsgrundlage möglich ist.

a.) Vertragliche/ gesetzliche Anpassungsregelungen

Vorrangig zu prüfen ist, ob der Entsorgungsvertrag spezielle Anpassungsregelungen enthält. Hier kommen zunächst spezielle Preisanpassungsklauseln in Betracht.

(1) Preisanpassungsklauseln

Abfallentsorgungsverträge enthalten, wie bereits aufgezeigt, häufig auf § 315 BGB basierende Preisanpassungsklauseln.⁹³ Hierbei ist zwischen den sog. Preisvorbehaltsklauseln und indexierten Preisgleitklauseln zu differenzieren.

Bei den Preisvorbehaltsklauseln behalten sich die Vertragsparteien eine einseitige Preisänderung nach billigem Ermessen vor. Diese Klauseln regeln typischerweise in allgemeiner Form den Anlass, die Voraussetzungen und den Umfang der Preisanpassung, nicht aber die konkreten Kostenfaktoren.

⁹³ Hierzu *Grüneberg*, in *Grüneberg*, 83. Auflage 2024, § 315 Rn. 2; *Faber*, Müll und Abfall 2010, 331 (331 ff.).

Preisgleitklauseln sind dagegen häufig als mathematische Formeln der Preisfaktoren ausgestaltet und führen in regelmäßigen Abständen zu einer automatischen Preisanpassung oder einer Preisanpassung auf Antrag einer der Vertragsparteien. Die Formel beinhaltet neben Festwerten auch Indexbestandteile.

Ihre rechtliche Zulässigkeit bestimmt sich insbesondere nach dem Preisklauselgesetz (PrKG) und es ist, soweit es sich um vorformulierte Regelungen handelt, zudem eine Inhaltskontrolle nach dem Recht über allgemeine Geschäftsbedingungen erforderlich, soweit der Anwendungsbereich im Unternehmensbereich (B2B) nach den §§ 305 ff. BGB eröffnet ist.

Soweit Verträge im Rahmen eines förmlichen Vergabeverfahrens ausgeschrieben werden, ist umso mehr darauf zu achten, dass die Klausel transparent sowie klar und deutlich verfasst wurde, damit kein Verstoß gegen das Transparenzgebot im Vergaberecht besteht.⁹⁴ Das Vergaberecht muss auch in bereits ausgeschrieben Altverträgen berücksichtigt werden. Insbesondere die Vorschrift des § 132 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) gilt es zu berücksichtigen, worauf weiter unten noch eingegangen wird.

(a) Preisanpassungsklauseln nach PrKG

Das deutsche Zivilrecht wird vom Grundsatz „pacta sunt servanda“ geprägt, mithin dem Grundsatz, dass geschlossene Verträge einzuhalten sind. Dabei geht die Rechtsordnung davon aus, dass bei Abschluss des Vertrages alle wesentlichen Vertragsinhalte, die sogenannten „essentialia negotii“, vorliegen, zu denen auch der Preis, der jeweils zur vereinbarenden Dienstleistung gehört.

Daran setzt auch das PrKG an,⁹⁵ welches bestimmt, dass Änderungen des Preises und demnach entsprechende

⁹⁴ Noch, Vergabenavigator 2021, 27 (28); Vergabekammer des Landes Berlin, Beschluss vom 13. 09.2019 – VK B 1 13/19.

⁹⁵ Vgl. Jänicke/Wenzel, ZUR 2025, 265 (268).

Preisanpassungsklauseln grundsätzlich verboten sind. Als Ausnahme gelten allein die in § 1 Abs. 2 definierten Legal-
ausnahmen.⁹⁶

(aa) Leistungsvorbehaltsklausel

Die in § 1 Abs. 2 Alt. 1 PrKG genannte Leistungsvorbehaltsklausel sieht vor, dass bei Änderungen bestimmter externer Faktoren die Parteien für den Umfang der Änderung des bislang geschuldeten Betrages einen Ermessenspielraum haben, innerhalb dessen eine Partei oder ein Dritter die neue Höhe der Geldschuld nach Billigkeitsgrundsätzen (§§ 315 ff. BGB) bestimmt.⁹⁷

(bb) Spannungsklausel

Die in § 1 Abs. 2 Alt. 2 PrKG genannte Spannungsklausel (Gleitklausel) erlaubt dagegen eine Anpassung der Preise für die vereinbarte Leistung proportional zu den Veränderungen eines anderen, im Vorhinein festgelegten Wertmaßstabs, z.B. anhand eines bestimmten Index. Die Anpassung der Preise erfolgt dabei „automatisch“.⁹⁸ Eine Spannungsklausel liegt vor, wenn der Betrag der Geldschuld nicht durch den Preis oder den Wert von *anderen* Gütern oder Leistungen bestimmt werden soll, sondern mit dem Preis oder Wert von Gütern oder Leistungen verknüpft ist, die mit der Gegenleistung, für die die Geldschuld zu entrichten ist, vergleichbar ist.⁹⁹

(cc) Kostenelementeklausel

Auch die Kostenelementeklausel gemäß § 1 Abs. 2 Alt. 3 PrKG sieht eine Preisanpassung bei der Veränderung bestimmter Indizes vor. Im Gegensatz zu der zuvor genannten Spannungsklausel

⁹⁶ Vgl. hierzu auch *Stief*, BB 2022, 2443 (2444); *Jänicke/Wenzel*, ZUR 2025, 265 (268).

⁹⁷ *Kirchhoff*, DNotZ 2007, 11 (16).

⁹⁸ *Kirchhoff*, DNotZ 2007, 11 (16).

⁹⁹ *Kirchhoff*, DNotZ 2007, 11 (16).

betrifft die Bindung an einen bestimmten Index allerdings nur einzelne Elemente der Gesamtkosten, wie z.B. den Teilbereich der Personalkosten.¹⁰⁰ Damit betrifft die Preisänderung wie bei der Spannungs Klausel nicht den Gesamtpreis an sich, sondern nur das Element, dessen angekoppelter Index sich verändert. Der Gesamtpreis ändert sich daher nur proportional im Hinblick auf das spezielle Kostenelement.¹⁰¹

(dd) Ermäßigungsklausel

Die Ermäßigungsklausel ist als letzte Legalausnahme in § 1 Abs. 2 Alt. 4 PrKG geregelt und sieht eine Ermäßigung der Geldschuld vor. Sie spielt allerdings für die vorliegende Prüfung einer möglichen Anpassung des Entsorgungspreises aufgrund der CO₂-Bepreisung keine Rolle.¹⁰²

Das Preisklauselverbot des § 1 Abs. 1 PrKG greift zudem gemäß § 2 Abs. 1 PrKG ebenso nicht, wenn eine der in den §§ 3-7 PrKG geregelten Ausnahmen eingreift.¹⁰³

(b) Zwischenergebnis

Allen Preisanpassungsklauseln nach dem PrKG ist gemein, dass sie einer Vertragspartei einen unmittelbaren Anspruch auf Anpassung des vertraglich vereinbarten Entgelts bei Vorliegen bestimmter, vertraglich definierter Voraussetzungen zubilligt, mit dem Ziel, dass der Wert der Gegenleistung der Leistung entspricht.¹⁰⁴ Für die hier vorliegend zu untersuchende Frage, inwieweit ein Anspruch auf Weitergabe der Zertifikatskosten in bestehenden Entsorgungsverträgen besteht, dürfte wie folgt zu differenzieren sein:

¹⁰⁰ Vgl. BGH, Urteil vom 06.04. 2011 – VIII ZR 273/09; *Kirchhoff*, DNotZ 2007, 11 (17); *Kirchhoff*, DNotZ 2007, 913 (913 ff.); *Kirchhoff*, NVwZ 2011, 138 (144); *Jänicke/Wenzel*, ZUR 2025, 265 (268).

¹⁰¹ *Jänicke/Wenzel*, ZUR 2025, 265 (268).

¹⁰² *Kirchhoff*, DNotZ 2007, 913 (917).

¹⁰³ *Stief*, BB2022, S. 2443 (2444).

¹⁰⁴ Vgl. hierzu auch BGH, Urteil vom 25.06.2014 – VIII ZR 344/13.

Bestandsverträge werden in der Regel keine Preisgleitklauseln vorsehen, welche bezüglich der Zertifikatskosten bereits eine automatische Anpassung des Entsorgungspreises vorsehen. Hintergrund hierfür ist insbesondere, dass die Indizes, auf welche zurückgegriffen wird, zwar die Zertifikatskosten nach BEHG bei Sachkosten wie Öl, Kraftstoff usw. berücksichtigen,¹⁰⁵ nicht jedoch die Besonderheiten des Zertifikaterwerbs bei der thermischen Abfallbehandlung.

Sollte dies dennoch der Fall sein, wäre bei der Rechtmäßigkeit einer solchen Klausel zu prüfen, ob das Kostenelement allen Vertragspartnern bekannt ist, erkennbar ist, wie sich die Kostenänderung auf den Gesamtpreis auswirkt und der Anstieg bei einem Kostenfaktor durch rückläufige Kosten in anderen Bereichen ausgeglichen werden kann und demnach dem Zweck dieser Preisklausel, nämlich nur gestiegene Kosten anteilig auszugleichen, nicht aber den Gewinn beim Auftragnehmer zu erhöhen, dient.¹⁰⁶

Handelt es sich um Bestandsverträge, die bereits eine Preisanpassung im Hinblick auf die CO₂-Bepreisung vorsehen, dürften allein Leistungsvorbehaltsklauseln in Betracht kommen. Diese könnten u.a. Formulierungen enthalten, die den Betreiber der thermischen Abfallbehandlungsanlage berechtigt, bei unmittelbaren oder mittelbaren Kostensteigerungen durch das Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG) vom 12. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2728), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 3. November 2020 (BGBl. I S. 2291) geändert worden ist, welche die Kosten der thermischen Behandlung von Abfällen verteuern, den vereinbarten Preis entsprechend anzupassen.

¹⁰⁵ Vgl. hierzu: Auswirkungen der nationalen CO₂-Bepreisung auf den Erzeugerpreisindex, veröffentlicht unter: https://www.destatis.de/DE/Themen/Wirtschaft/Preise/Erzeugerpreisindex-gewerbliche-Produkte/aktuell_CO2_.html, zuletzt besucht am 16.06.2025; Jänicke/Wenzel, ZUR 2025, 265 (268).

¹⁰⁶ Vgl. hierzu insbesondere die Rechtsprechung im B2C Bereich, u.a. BGH, Urteil vom 25.06.2014 – VIII ZR 344/13; OLG Naumburg, Urteil vom 8.5.2014 – 2 U 95/13; Stief, BB 2022, 2443 (2445) m.w.N.

Diese Leistungsvorbehaltsklauseln sind im Wege der vertraglichen Einzelfallprüfung sodann im Hinblick auf ihre Rechtmäßigkeit zu prüfen.

Im Anwendungsbereich der Leistungsvorbehaltsklausel wird dem Leistungserbringer, hier dem Anlagenbetreiber, im Fall des Eintritts eines bestimmten Ereignisses, hier der CO₂-Bepreisung der thermischen Abfallbehandlung, die Möglichkeit eingeräumt, die Änderung des geschuldeten Betrages nach billigem Ermessen vorzunehmen.

Das Ermessen hat sich bezüglich der Voraussetzungen an § 315 BGB zu messen, wobei § 315 BGB selbst nicht unmittelbar zur Anwendung gelangt.¹⁰⁷ Zudem muss die Klausel dem Transparenz- und Äquivalenzgebot entsprechen. Zweifel an der Wirksamkeit können dementsprechend vor allem dann begründet sein, wenn sich aus der Preisvorbehaltsklausel der Anlass, die Voraussetzungen und der Umfang der Preisanpassung nicht unmittelbar ergeben.¹⁰⁸

Zudem ist, sofern der Anwendungsbereich eröffnet ist, was in der Regel bei öffentlich ausgeschriebenen Verträgen der Fall sein dürfte, da es sich hierbei in der Regel um AGB handelt, eine Inhaltskontrolle nach dem AGB-Recht (ohne die Vorschriften der §§ 308, 309 BGB) durchzuführen, die grundsätzlich unabhängig von der Prüfung des Preisklauselverbotes erfolgt. Auch eine nach dem PrKG zulässige Gestaltung verhindert wegen der unterschiedlichen Gesetzeszwecke des PrKG (währungspolitische Ziele) und der §§ 305 ff. BGB (Schutz des Vertragspartners vor unangemessener Benachteiligung) eine darüberhinausgehende Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht.¹⁰⁹ Umgekehrt kann eine Klausel, die zwar das PrKG verletzt, aber deren Unwirksamkeit noch nicht gerichtlich gemäß § 8 PrKG festgestellt wurde, einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB standhalten.

¹⁰⁷ *Siedersleben*, ReWiR 27/2015, S. 6.

¹⁰⁸ *Siedersleben*, ReWiR 27/2015, S. 8.

¹⁰⁹ *Steif*, BB 2022, 2443 (2444 ff.); *Siedersleben*, ReWiR 27/2015, S. 6 f.

(2) Loyalitätsklauseln

Die vorgenannten Preisanpassungsklauseln sind abzugrenzen von Loyalitätsklauseln. Soweit in Altverträgen die vereinbarten Preisgleitklauseln nicht bezüglich der Zertifikatskosten anwendbar sind, verbleibt zumeist nur der Rückgriff auf Loyalitätsklauseln.

Loyalitätsklauseln stellen, im Gegensatz zu Preisanpassungsklauseln, keine unmittelbare Anspruchsgrundlage für eine Preisanpassung dar, sondern gewähren einer Partei lediglich ein Verhandlungsrecht¹¹⁰ im Falle gravierender, bei Vertragsschluss nicht vorhersehbarer, Veränderungen der rechtlichen, technischen oder wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, welche die vertragliche Äquivalenzbeziehung erheblich stören. Solche Klauseln erfassen typischerweise gesetzgeberische Eingriffe, massive Preissteigerungen am Markt oder technische Entwicklungen, die den Vertragszweck gefährden. Kommt eine Einigung im Rahmen der Nachverhandlung nicht zustande, sieht die Klausel oftmals ein Kündigungsrecht vor. Ein automatischer Anpassungsmechanismus, wie beispielsweise bei Preisanpassungsklauseln, ist hier hingegen nicht vorgesehen.

Bei den durch das BEHG eingetretenen gesetzlichen Änderungen handelt es sich sowohl um die Pflicht zum Erwerb von CO²-Zertifikaten als auch um erweiterte Berichtspflichten, welche für die Leistungserbringung erforderlich sind. Insoweit kann, neben den zusätzlichen Kosten für die Zertifikate, auch von zusätzlichen Leistungspflichten des Auftragnehmers gesprochen werden, welche die ursprünglichen Vertragspflichten erweitern. Denn ursprünglich war der Umfang der thermischen Abfallbehandlung im Vertrag mit geringeren Leistungspflichten vereinbart. Zu diesen Leistungspflichten treten nun die soeben genannten hinzu.

¹¹⁰ Gruneberg/Reiche/Strausfeld/Treder, in: Müll und Abfall 2024, 462 (464); vgl. LG München I, Urteil vom 20.12.2005 – 33 O 16465/05; EuGH, Vergaberechtpflichtigkeit eines Abfalltransportvertrags, NZBau 2005, 49; Bitterich, NJW 2006, 1845; OLG Hamm, Urteil vom 11.10.2013 – 12 U 15/13; Ellenberger, in: Gruneberg, 83. Aufl. 2024, § 157 Rn. 7.

Dies gilt umso mehr durch die jüngsten Änderungen der BEHV. Durch die komplexen Änderungen im Zusammenhang mit dem Zertifikaterwerb treten umfangreiche Pflichten und auch Kosten für die Erwerber von Zertifikaten hinzu. Soweit diese für die Vertragsparteien nicht vorhersehbar waren und gesetzliche Änderungen in der jeweiligen Loyalitätsklausel hinreichend berücksichtigt wurden, kann ein Anspruch auf Nachverhandlung bestehen.

Die Loyalitätsklauseln in Entsorgungsverträgen zur thermischen Verwertung sind jedoch unterschiedlich ausgestaltet. Auch wenn einzelne Loyalitätsklauseln als nicht geeignet angesehen werden können, um die Weitergabe der Zertifikatskosten zu ermöglichen, da z. B. ihr Anwendungsbereich beispielsweise nur auf bestimmte Ereignisse begrenzt wurde, so ist stets der konkrete Einzelfall mit allen Hintergründen des Entsorgungsvertrages und ggf. der Ausschreibung zu berücksichtigen. War die Einbeziehung der TAB in das BEHG bei Vertragsschluss bereits vorhersehbar, greifen die Loyalitätsklauseln zumeist nicht. Die Vorhersehbarkeit wird im Einzelfall zu entscheiden sein. Gültiger Maßstab für die Vorhersehbarkeit, dürfte etwa der Zeitpunkt des Vertragsschlusses sein. Wurde der Vertrag unmittelbar vor dem Inkrafttreten der Änderung des BEHG geschlossen, dürften zumindest Zweifel bestehen, ob die Parteien nicht hätten vorhersehen können, dass das Gesetz Auswirkungen auf das Vertragsverhältnis haben wird. Denn die Diskussion, ob Abfallverbrennung in das BEHG aufgenommen wird, wurde zumindest in Fachkreisen bereits vor Inkrafttreten geführt.¹¹¹ Bei länger zurückliegenden Verträgen wird die Unvorhersehbarkeit in der Regel zu unterstellen sein.

Kommt es zu Nachverhandlungen ist hierbei auf den hypothetischen Willen der Parteien abzustellen: Maßgeblich ist, was die Parteien vereinbart hätten, wenn sie die

¹¹¹ Jänicke/Wenzel, ZUR 2025, 265 (268).

Zertifikatskosten und Berichtspflichten nach BEHG gekannt hätten.¹¹² Bei neu ausgeschriebenen Verträgen werden diese Zertifikatskosten mittlerweile vom Anlieferer übernommen und von diesem an den Abfallerzeuger umgelegt. Dies kann bereits ein Indiz für den hypothetischen Willen der Parteien sein.

Bei den Zertifikatskosten handelt es sich um betriebsbedingte Kosten, die zur Leistungserbringung notwendig sind – auch hat der Anlagenbetreiber keinen Einfluss auf die Abfallzusammensetzung und somit auf die Höhe der Zertifikatskosten. Betriebsbedingte Kosten entstehen damit zunächst unmittelbar beim Auftragnehmer, können jedoch im Rahmen eines Vertrages und/oder einer Abrechnung ebenso wie andere betriebsnotwendige Kosten an den Auftraggeber weitergegeben werden, was in den Gesetzesmaterialien zum BEHG auch als Regelfall vorgesehen war, auch wenn dies nicht zum Gegenstand des Gesetzestextes wurde.¹¹³ Dementsprechend kann davon ausgegangen werden, dass es dem hypothetischen Willen der Parteien entsprochen hätte, die Zertifikatskosten in das Verbrennungsentgelt einzupreisen bzw. separat auszuweisen. Aus solchen Loyalitätsklauseln ergibt sich somit ein Anspruch auf Nachverhandlung, welche, je nach konkretem Einzelfall, die Einbeziehung der Zertifikatskosten zum Ergebnis haben kann.

(3) Ergänzende Vertragsauslegung

Sind auch Loyalitätsklauseln nicht vorhanden, kann der Entsorgungsvertrag nach §§ 133, 157 BGB ergänzend ausgelegt werden, wenn die Parteien darlegen, dass der Vertrag eine planwidrige Regelungslücke aufweist.

¹¹² *Ellenberg*, in: Grüneberg, 83. Aufl. 2024, § 157 Rn. 7.

¹¹³ BT-Drs. 19/14746.

Diesbezüglich bestehen hohe Hürden, welche im jeweiligen Einzelfall dargelegt werden müssen.¹¹⁴

Eine planwidrige Regelungslücke setzt voraus, dass die Vertragsparteien bei Vertragsschluss eine Regelung nicht beachtet oder bewusst offengelassen haben, weil sie dachten, es bedürfe keiner Regelung, was sich letztlich als unzutreffend herausgestellt hat.¹¹⁵ Dabei kann von einer planwidrigen Regelungslücke nur gesprochen werden, wenn der Vertrag eine Bestimmung vermissen lässt, die erforderlich ist, um den ihm zugrunde liegenden Regelungsplan der Parteien zu verwirklichen, mithin ohne Vervollständigung des Vertrages eine angemessene, interessengerechte Lösung nicht zu erzielen ist.¹¹⁶ Dies kann auch darauf beruhen, dass sich die rechtliche oder wirtschaftliche Lage seit Vertragsschluss geändert hat.¹¹⁷

In Bezug auf die, in Entsorgungsverträgen enthaltenen, Entgeltregelungen wird teilweise davon ausgegangen, dass die getroffenen Regelungen bewusst abschließend ausgestaltet wurden, wenn nicht etwa Loyalitätsklauseln vereinbart wurden, und das Kostenrisiko mit Ausnahme der ausdrücklich im Vertrag getroffenen Regelungen beim TAB-Betreiber liegen sollte.¹¹⁸ In jüngerer Rechtsprechung wurde jedoch auch die nachträglich höhere Umsatzsteuer als ein Umstand angesehen, welcher eine Regelungslücke in einem Vertrag darstellen kann.¹¹⁹ Denn durch die nachträgliche Umsatzsteuer verringerte sich das kalkulierte Nettoentgelt, was die Vertragsparteien nicht berücksichtigt hatten. Ein ähnlich gelagerter Fall stellt die Änderung des BEHG und der darin liegenden Verpflichtung zum Erwerb

¹¹⁴ Vertiefend: *Jänicke/Wenzel*, ZUR 2025, 265 (279).

¹¹⁵ *Jänicke/Wenzel*, ZUR 2025, 265 (279); BGH, Urteil vom 04.12.2014 – VII ZR 3/13; BGH, Urteil vom 17.05.2018 – VII ZR 157/17 – NJW 2018, 2469 (2470); *Ellenberg*, in: Grüneberg, 83. Aufl. 2024, § 157 Rn. 3; BGH, Urteil vom 30.04.2025 – IV ZR 126/23.

¹¹⁶ BGH, Urteil vom 17.05.2018 – VII ZR 157/17 – NJW 2018, 2469 (2470).

¹¹⁷ BGH, 20.09.1993 - II ZR 104/92; *Ellenberg*, in: Grüneberg, 83. Aufl. 2024, § 157 Rn. 3.

¹¹⁸ BGH, Urteil vom 10.09.2009, VII ZR 82/08.

¹¹⁹ OLG Hamm, Urteil vom 10.05.2022 – 21 U 2/21 – NJW 2022, 3293.

von CO²-Zertifikaten dar. Mit den nachträglichen Kosten für Zertifikate ändert sich ohne entsprechende Auslegung des Entsorgungsvertrages das kalkulierte Nettoentgelt der Anlagenbetreibers. Die Änderung des BEHG dürfte bei Vertragsschluss auch nicht vorhersehbar für die Vertragsparteien gewesen sein, wozu oben bereits ausgeführt wurde. Das Vorliegen einer nachträglich entstandenen Regelungslücke ist mit guten Argumenten anzunehmen.¹²⁰

Auch im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung wird auf den hypothetischen Willen der Vertragsparteien abgestellt,¹²¹ wie dies bereits bei den Loyalitätsklauseln beschrieben wurde. Es ist darauf abzustellen, dass die Parteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen, nach Treu und Glauben, als redliche Vertragspartner, vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Fall bedacht hätten.¹²² Diese hat sich anhand der typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligten Verkehrskreise auszurichten.

In der jüngeren Rechtsprechung zur ergänzenden Vertragsauslegung wurden etwa Verträge so ausgelegt, dass das Entgelt nachträglich um die Umsatzsteuer erhöht wurde, von der die Parteien zunächst ausgingen, dass diese nicht anfallen würde.¹²³ Zwar handelt es sich bei den BEHG-Kosten nicht um Steuern, sondern um eine Sondervorteilsabgabe, doch können durchaus Vergleiche herangezogen werden, da in beiden Fällen gesetzlich verpflichtende Abgaben vorliegen.

Wie bereits erwähnt wurde, ist gerade die Tatsache, dass bei neu ausgeschriebenen Entsorgungsverträgen die Zertifikatskosten vom Auftraggeber übernommen werden, ein

¹²⁰ A.A. wohl Jänicke/Wenzel, ZUR 2025, 265 (269).

¹²¹ Ellenberg, in: Grüneberg, 83. Aufl. 2024, § 157 Rn. 7; OLG Hamm, Urteil vom 10.05.2022 – 21 U 2/21 – NJW 2022, 3293 (3294); BGH, Urteil vom 17.05.2018 – VII ZR 157/17 – NJW 2018, 2469 (2471).

¹²² Ellenberg, in: Grüneberg, 83. Aufl. 2024, § 157 Rn. 7; OLG Hamm Urteil vom 10.05.2022 – 21 U 2/21 – NJW 2022, 3293 (3294); BGH, Urteil vom 17.05.2018 – VII ZR 157/17 – NJW 2018, 2469 (2471).

¹²³ BGH, Urteil vom 17.05.2018 – VII ZR 157/17 – NJW 2018, 2469 (2471); OLG Hamm, Urteil vom 10.05.2022 – 21 U 2/21 – NJW 2022, 3293.

Indiz dafür, dass die Parteien bei Kenntnis der Zertifikatskosten vereinbart hätten, dass diese vom Auftraggeber übernommen werden.

Mithin sprechen gute Argumente dafür, im Falle einer Regelungslücke den Vertrag ergänzend so auszulegen, dass die Zertifikatskosten vom Auftraggeber erstattet werden.

(4) Berücksichtigung über Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 Abs. 1 BGB)

Sehen die Entsorgungsverträge keine entsprechenden Anpassungsregelungen vor, sind die Voraussetzungen einer Vertragsanpassung gemäß § 313 BGB „Störung der Geschäftsgrundlage“ zu untersuchen.¹²⁴

Die Vorschrift weist jedoch hohe Hürden hinsichtlich ihrer Anwendbarkeit auf. § 313 BGB ermöglicht als gesetzliche Ausformung des Gedankens von Treu und Glauben¹²⁵ eine Einschränkung des Grundsatzes, dass geschlossene Verträge einzuhalten sind (*pacta sunt servanda*) und ermöglicht so einen Ausgleich zwischen dem Bestands- und Erfüllungsinteresse der einen und dem Anpassungsinteresse der anderen Vertragspartei.¹²⁶

Die Vertragsanpassung nach § 313 BGB wurde als Billigkeitsrecht geschaffen, um den Bedürfnissen einer Einzelfallgerechtigkeit Rechnung zu tragen. Dabei muss sich ein Festhalten an der vereinbarten Regelung für die benachteiligte Partei als ein nicht mehr tragbares Ergebnis erweisen, beispielsweise wenn durch äußere, nicht von den Parteien verschuldete, Umstände, ein aus einer Gerechtigkeitsperspektive nicht mehr tragbares Ungleichgewicht

¹²⁴ Vgl. Jänicke/Wenzel, ZUR 2025, 265 (270).

¹²⁵ Grüneberg, in: Grüneberg, 83. Aufl. 2024, § 313, Rn. 1.

¹²⁶ Grüneberg, in: Grüneberg, 83. Aufl. 2024, § 313, Rn. 1.

zwischen Leistung und Gegenleistung entsteht. Treten demgegenüber Umstände ein, die vorhersehbar waren und dem allgemeinen Unternehmerrisiko zuzurechnen sind, gilt dagegen der Grundsatz, dass Verträge so einzuhalten sind, wie sie geschlossen wurden.¹²⁷

Bei Preissteigerungen ist dabei grundsätzlich zu beachten, dass die Preiskalkulation in der Regel in die Risikosphäre des Auftragnehmers fällt und damit das gewöhnliche Preissteigerungsrisiko beim Auftragnehmer liegt.¹²⁸ Etwas anderes gilt, wenn sich die grundlegenden politischen, wirtschaftlichen und sozialen Rahmenbedingungen eines Vertrages so ändern, dass sowohl Auftraggeber als auch Auftragnehmer nicht von einer signifikanten Preissteigerung ausgehen konnten.¹²⁹ Dieses Risiko kann grundsätzlich keinem der Vertragsparteien allein zugewiesen werden.¹³⁰ Hierbei ist jedoch die Besonderheit zu berücksichtigen, dass in dieser Konstellation zwischen dem Anlagenbetreiber und dem öRE, der öRE als Anlieferer, anders als den Anlagebetreibern, kein Kostenrisiko entsteht, da sie die Zertifikatskosten auf die Abfallgebühren umlegen können.

Entscheidend ist mithin, ob der einen Vertragspartei, unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.¹³¹ Dies ist eine im Einzelfall zu entscheidende Frage. Die Hürden für eine hierüber zu erzielende Vertragsanpassung sind allerdings sehr hoch. So hat etwa die Rechtsprechung in der Coronazeit die hohen Hürden erneut aufgezeigt.¹³²

¹²⁷ *Hinz/Müller*, Der Betrieb 2023, 1937 (1937 f.).

¹²⁸ BGH, Urteil vom 12.01.2022 – XII ZR 8/21; NZBau 2022, 86 (86 ff.).

¹²⁹ BGH, Beschluss vom 23.03.2011 – VII ZR 216/08.

¹³⁰ BGH, Urteil vom 12.01.2022 – XII ZR 8/21.

¹³¹ BGH, Urteil vom 12.01.2022 – XII ZR 8/21; Urteil vom 02.03.2022 – XII ZR 36/21.

¹³² Vgl. etwa: BGH, Urteil vom 12.01.2022 – XII ZR 8/21; für eine weitergehende Auflistung der wesentlichen Urteile: *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, 83. Aufl. 2024, § 313, Rn. 37a; vgl. auch *Jänicke/Wenzel*, ZUR 2025, 265 (271).

Für die Anwendbarkeit des Anspruchs aus § 313 Abs. 1 BGB auf Vertragsanpassung ist das Vorliegen einer Geschäftsgrundlage erforderlich, die sich nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert hat (sog. tatsächliches Element).¹³³ Geschäftsgrundlage sind, nach höchstrichterlicher Rechtsprechung, die bei Vertragsschluss bestehenden gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien oder die dem Geschäftsgegner erkennbaren und von ihm nicht bestrittenen Vorstellungen der einen Vertragspartei von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf dieser Vorstellung aufbaut. Geschäftsgrundlage kann also nur all jenes sein, was nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt geworden ist, sondern vielmehr hintergründige Vorstellung hinsichtlich des Vertrages ist.¹³⁴ Nicht Geschäftsgrundlage sind bloß einseitige, für die andere Partei nicht erkennbare, Motive oder Vorstellungen.¹³⁵

Der Umstand, dass nun Zertifikatskosten bei dem Betreiber der TAB anfallen, müssten also eine schwerwiegende Änderung der Geschäftsgrundlage darstellen.

Eine schwerwiegende Änderung liegt regelmäßig nur dann vor, wenn nicht ernstlich zweifelhaft ist, dass zumindest eine der Parteien bei Kenntnis der Änderung den Vertrag nicht oder nicht mit diesem Inhalt abgeschlossen hätte (hypothetisches Element).¹³⁶ Dass bereits seit 2020 über die Erweiterung des Anwendungsbereiches des BEHG auf die thermische Abfallverwertung diskutiert wurde, dürfte zumindest bei seither abgeschlossenen Verträgen zu berücksichtigen sein. In den neuen ausgeschriebenen Verträgen wird zudem die Weitergabe der Kosten vereinbart, was ein Indiz

¹³³ Lührmann/Egle/Thomas, NZBau 2022, 252 (252 ff.).

¹³⁴ Seidenberg, NZBau 2022, 252 (257); Lührmann/Egle/Thomas, NZBau 2022, 252 (252); Grüneberg, in: Palandt, BGB, 80. Aufl. 2021, § 313 Rn. 3 f.; BGH, KiK Urteil vom 12.01.2022 – XII ZR 8/21: Der BGH ist in dieser aktuellen Entscheidung nicht von der „klassischen“ Definition einer Geschäftsgrundlage im Sinne des § 313 BGB abgewichen. Das Urteil bezieht sich vielmehr auf die auf die Bejahung des Vorliegens einer Geschäftsgrundlage folgende Beurteilung, ob und inwieweit bei schwerwiegenden Veränderungen der Geschäftsgrundlage ein Festhalten an einem Mietvertrag unzumutbar ist.

¹³⁵ Finkenauer, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 313 Rn. 8.

¹³⁶ Grüneberg, in: Grüneberg, 83. Aufl. 2024, § 313 Rn. 18.

dafür ist, dass die Parteien den Vertrag bei Kenntnis des BEHG nicht abgeschlossen hätten, ohne die Weitergabe der Kosten für die Zertifikate zu regeln.

Ein Argument für das Vorliegen einer schwerwiegenden Änderung ist, dass argumentiert werden kann, dass der ursprüngliche Vertragsgegenstand sich durch die rechtlichen Pflichten des BEHG erheblich erweitert hat. So muss Berücksichtigung finden, dass das BEHG Melde- und Berichtspflichten vorsieht, welche auch eines weiteren Personalaufwandes bedürfen. Der Auftragnehmer führt nicht nur die ursprünglich vereinbarte thermische Entsorgung von Abfällen durch, sondern hat nun auch diese weiteren gesetzlichen Verpflichtungen zu erfüllen. Dies gilt umso mehr durch die jüngsten Änderungen des BEHG. Durch die komplexen Änderungen im Zusammenhang mit dem Zertifikatserwerb treten umfangreiche Pflichten und auch Kosten für die Erwerber von Zertifikaten hinzu. Zwar dienen diese zusätzlichen Verpflichtungen der Erfüllung des ursprünglichen Vertragsgegenstandes, welcher in der thermischen Entsorgung von Abfall liegt, doch bei Vertragsschluss war der Umfang der Verpflichtungen, welcher von den Vertragsparteien im Vertrag vereinbart wurde, noch weniger umfangreich. Durch diese zusätzlichen Verpflichtungen können schwerwiegende Änderungen der Leistungsverpflichtungen aus dem Vertrag als Geschäftsgrundlagen zu sehen sein. Dagegen spricht jedoch, dass sich der Vertragsgegenstand nicht ändert, da weiterhin die thermische Abfallbehandlung geschuldet ist.¹³⁷ Lediglich der zu leistender Umfang für das geschuldete Ergebnis erweitert sich.

Als weitere Voraussetzung ist die vertragliche Risikoverteilung zu beachten. Es ist zu fragen, ob die Erwartung der Nichtbesteuerung von CO²-Emissionen einem Risikobereich einer Partei zuzuordnen ist.

¹³⁷ Mit Blick auf § 132 GWB ist zumindest bei ausgeschriebenen Verträgen dies die für die Anlagenbetreiber zu bevorzugende Auslegungsmethode.

Grundsätzlich treffen höhere Kosten für die Herstellung und Beschaffung der geschuldeten Leistung den Schuldner, da er das Aufwandsrisiko trägt.¹³⁸ Dies spricht bezogen auf die Zertifikatspreise eher gegen eine Anwendbarkeit von § 313 BGB. Doch wie bereits aufgeführt, fallen nicht nur die Kosten der Zertifikate an, sondern es ergeben sich auch weitere Verpflichtungen für den Auftragnehmer, welche über die reine Tragung von zusätzlichen Kosten hinausgehen.

Darüber hinaus muss einer Partei die unveränderte Aufrechterhaltung des Vertrages unzumutbar sein. Dies ist dann der Fall, wenn dies zu untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbarenden, Ergebnissen führen würde. Dementsprechend muss eine umfassende Interessenabwägung unter Würdigung aller Umstände, insbesondere auch der Vorteile, die der betreffende Partner neben den Nachteilen aus den eingetretenen Veränderungen erwachsen sind, durchgeführt werden.¹³⁹

In der umfassenden Interessenabwägung wird ebenfalls zu berücksichtigen sein, dass der Anlagenbetreiber in der Regel mehrere Verträge zur thermischen Behandlung von Abfällen abgeschlossen hat. Wenn er die Kosten der Zertifikate in all diesen Vertragsverhältnissen nicht erstattet bekommt, droht ihm die Insolvenz.

Im Rahmen der Verhandlungen zwischen TAB-Betreibern und öRE, bringen letztere häufig das Argument, dass die erhöhten Kosten für den Zertifikatshandel, jedenfalls zum größten Teil, durch die Erlöse aus dem Verkauf von Strom und Fernwärme ausgeglichen würden.¹⁴⁰ Aus diesem Grund sei das Festhalten am Vertrag auch weiterhin

¹³⁸ Lorenz, in: BeckOK Hau/Poseck, 61. Edition, Stand: 01.02.2022, § 313 BGB, Rn. 44.

¹³⁹ Grüneberg, in: Palandt, BGB, 80. Aufl. 2021, § 313, Rn. 18; BGH, Urteil vom 11. Oktober 1994 – XI ZR 189/93- Juris.

¹⁴⁰ Vgl. Jänicke/Wenzel, ZUR 2025, 265 (271).

zumutbar oder führe nur zu einer geringen Anpassung des Entgeltes.¹⁴¹

Dabei findet allerdings keine Berücksichtigung, dass die möglichen Erlöse aus dem Verkauf von Strom und Fernwärme in einer anderen von der Entsorgung getrennten Sparte erwirtschaftet worden sind. Ob die Betreiber von TAB mit dem Verkauf von Strom und Fernwärme, Gewinne erwirtschaften oder nicht, ist letztlich ihrer Risikospähre zuzuordnen und steht mit den Verpflichtungen aus den ausgeschriebenen Entsorgungsverträgen nicht in Verbindung. In der Regel wird diese geforderte Berücksichtigung der Erlöse in den ausgeschriebenen Entsorgungsverträgen nicht geregelt und dementsprechend wurde in der Regel von den TAB-Betreibern das Entsorgungsentgelt unter der Annahme kalkuliert, dass bei Erlösen diese nicht kostenmindernd beim Entgelt aus dem Entsorgungsvertrag zu berücksichtigen sind. Kommt es zu fallenden Strompreisen, kann der Anlagenbetreiber ebenfalls keine Anpassung der Entsorgungsentgelte verlangen. Entsprechend dürfen mögliche Gewinne ebenfalls nicht zugunsten des Auftraggebers berücksichtigt werden. Um eine Berücksichtigung der Erlöse aus dem Verkauf von Strom und Wärme zum Ausgleich der zusätzlichen Kosten durch das BEHG und somit eine Veränderung der Risikoverteilung nachträglich vorzunehmen, fehlt es an einer gesetzlichen oder vertraglichen Grundlage. Dies ist auch nicht durch veränderte Bedingungen durch das BEHG zu begründen, da diese Erlöse auch bereits zuvor erzielt werden konnten und im Risiko des Anlagenbetreibers lagen.

Würde man dies fordern müsste man folgerichtig auch alle anderen Kosten der TAB-Anlagenbetreiber berücksichtigen, welche diese in den letzten Jahren, etwa durch hohe Investitionskosten zu tragen hatten, welche nicht durch eine Anpassung des Entgeltes, etwa im Rahmen einer Preisgleitklausel, ausgeglichen wurden.

¹⁴¹ Vgl. Jänicke/Wenzel, ZUR 2025, 265 (271).

Rechtsfolge der Störung der Geschäftsgrundlage ist die vertragliche Anpassung an die geänderten Umstände nach Maßstab der Zumutbarkeit. Demnach ist die Anpassung des Vertragstextes nach einer Interessenabwägung, bei möglichst geringer Abweichung vom ursprünglichen Vertrag, möglich.¹⁴²

(5) Zwischenergebnis

Bei Bestandsverträgen kommt eine Weitergabe der CO₂-Bepreisung insbesondere dann in Betracht, wenn die Verträge entsprechende Preisvorbehaltsklauseln enthalten. Eine automatische Anpassung des Entgelts zur Berücksichtigung der Zertifikatskosten in der Form von Preisgleitklauseln, welche die Zertifikatskosten bereits als Kostenelement berücksichtigen, dürften dagegen, nach den hier vorliegenden Informationen, derzeit nicht in Betracht kommen.

Sehen die vertraglichen Regelungen keine Preisanpassungsklauseln vor, besteht zwar bei dem Vorhandensein von Loyalitätsklauseln ein Anspruch auf Nachverhandlung, jedoch sichert dies dem Anlagenbetreiber nicht automatisch eine Preisanpassung zu, sondern eben nur eine Nachverhandlung dieser Frage.

Fehlen auch solche Anpassungsregeln, kommt allein eine Vertragsanpassung nach § 313 BGB in Betracht, die allerdings hohe Hürden aufweist und die die Darlegung einer Unzumutbarkeit am Festhalten der vertraglichen Regelung durch einen der Vertragspartner voraussetzt. Bei allen Varianten sind stets der konkrete Entsorgungsvertrag und ggf. die Ausschreibungsunterlagen zu berücksichtigen. Dies führt dazu, dass gerichtliche Entscheidungen nur eine geringe Präcedenzwirkung haben werden.

¹⁴² *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 80. Aufl. 2021, § 313 Rn. 40.

b.) Berücksichtigung von Preisanpassungen nach dem Recht der öffentlichen Auftragsvergabe

Besonderheiten gelten zudem, wenn die Preisanpassungen Entsorgungsverträge betreffen, die zwischen Anlagenbetreiber und öffentlich-rechtlichem Entsorgungsträger vereinbart wurden und letzterer als öffentlicher Auftraggeber dem Kartellvergaberecht unterfällt.

Hier gilt es die Auswirkungen von Preisanpassungen bzw. Vertragsanpassungen auf das Vergaberecht und das Preisrecht zu beachten.

(1) Vergaberecht

Wesentliche Änderungen eines öffentlichen Auftrags während der Vertragslaufzeit erfordern in der Regel gemäß § 132 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ein neues Vergabeverfahren. Vertragsänderungen sind gemäß § 132 Abs. 1 GWB dann wesentlich, wenn sie dazu führen, dass der öffentliche Auftrag sich erheblich von dem ursprünglich vergebenen öffentlichen Auftrag unterscheidet.¹⁴³

Für die hier vorliegend zu beantwortende Frage, ob das Ziehen von Preisanpassungs- oder Leistungsvorbehaltsklauseln oder aber eine Vertragsänderung auf der Grundlage des § 313 BGB wesentliche Vertragsänderungen darstellen, ist wie folgt zu differenzieren:

Die alleinige Anwendung von Preisanpassungsklauseln stellt keine wesentliche Vertragsänderung dar. Die Anpassung eines Vertrages an die tatsächliche Kostenentwicklung aufgrund eines vertraglich eingeräumten Rechts durch eine Preisanpassungsklausel ist bereits von den Rechten und Pflichten des Vertrages umfasst, sodass der diesbezügliche Status quo durch die Einräumung eines Anpassungsrechts nicht berührt wird.¹⁴⁴ Damit stellt

¹⁴³ Vgl. hierzu auch: Ziekow, in: Ziekow/Völlink, GWB, 5. Aufl. 2024, § 132 Rn. 27; Jänicke/Wenzel, ZUR 2025, 265 (268).

¹⁴⁴ Csaki/Sieber, ZfBR 2023, 329 (329); Gruneberg/Reiche/Strausfeld/Treder, Müll und Abfall 2024, 462 (465); Jänicke/Wenzel, ZUR 2025, 265 (268).

das Ziehen einer Preisanpassungsklausel keine wesentliche Vertragsänderung dar, sondern bewegt sich rein in der (internen) Vertragssphäre.¹⁴⁵ Entsprechendes dürfte auch für die Geltendmachung der Loyalitätsklausel gelten. Fraglich dürfte auch hier sein, ob die Anwendung der Loyalitätsklausel überhaupt eine wesentliche Vertragsänderung darstellt.¹⁴⁶

Dagegen spricht, dass auch diese Änderungsmöglichkeit bereits im ursprünglichen Vertrag angelegt war und zu keiner Änderung des wirtschaftlichen Gleichgewichts zugunsten des Auftragnehmers führt.¹⁴⁷ Selbst, wenn man von einer wesentlichen Vertragsänderung ausgehen würde, dürfte allerdings im Ergebnis § 132 Abs. 2 Nr. 1 GWB Anwendung finden, wonach kein neues Vergabeverfahren durchzuführen ist, wenn in den ursprünglichen Vergabeunterlagen klare, genaue und eindeutig formulierte Überprüfungsklauseln oder Optionen vorgesehen sind, die Angaben zu Art, Umfang und Voraussetzungen möglicher Auftragsänderungen enthalten und sich aufgrund der Änderung des Gesamtcharakters des Auftrags nicht verändert. Ob diese Voraussetzungen im Einzelnen vorliegen, wäre sodann zu prüfen.

Ebenso nicht völlig unumstritten ist, ob bei einer Vertragsanpassung nach § 313 BGB der sachliche Anwendungsbereich des § 132 GWB eröffnet ist. Dagegen spricht, dass die Anpassung eines Vertrages auf Grundlage der Störung einer Geschäftsgrundlage allein die beiderseitige Verwirklichung des gesetzlichen Anspruchs darstellt und das bereits im Vertrag angelegte wirtschaftliche Gleichgewicht vielmehr wieder hergestellt wird.¹⁴⁸ Die Gegenauffassung, wonach eine Vertragsanpassung nach § 313 BGB zu einer Neuausschreibung führen kann,¹⁴⁹ überzeugt hingegen nicht. Denn auch bei § 313 BGB handelt es sich um eine inhaltlich klar gefasste Vertragsanpassungsregelung, auf die sich bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen jedes

¹⁴⁵ *Csaki/Sieber*, ZfBR 2023, 329 (329); *Gruneberg/Reiche/Strausfeld/Treder*, Müll und Abfall 2024, 462 (465); *Jänicke/Wenzel*, ZUR 2025, 265 (268).

¹⁴⁶ Vgl. *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, GWB, 5. Aufl. 2024, § 132 Rn. 28 ff.

¹⁴⁷ Vgl. *Jänicke/Wenzel*, ZUR 2025, 265 (268); *Gruneberg/Reiche/Strausfeld/Treder*, Müll und Abfall 2024, 462 (464 ff.).

¹⁴⁸ Vgl. *Ziekow*, in: *Ziekow/Völlink*, GWB, 5. Aufl. 2024, § 132 Rn. 9; VG Gelsenkirchen, Urteil vom 19.12.2008 – 14 K 3814/08; IMS vom 08.07.2022, B3-1512-30-139-46, Nr. 4.2.

¹⁴⁹ EuGH, Urteil vom 07.09.2016, C-549/14; *Polster*, VergabeR 2012, 282 (288).

Unternehmen berufen kann und deren allgemeine Geltung bereits im Rahmen der Ausschreibung für alle Bieter erkennbar ist.¹⁵⁰ Die Anwendbarkeit des § 313 BGB auf ausgeschriebene Verträge ist mithin auch von der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt.¹⁵¹ Allerdings ist auch hier zu berücksichtigen, dass die Auffassung, welche zu einer Anwendbarkeit von § 132 Abs. 1 GWB kommt, in der Regel eine Neuausschreibung unter Anwendung der Voraussetzung des § 132 Abs. 2 Nr. 3 GWB für entbehrlich erachtet, wonach die Änderung aufgrund von Umständen erforderlich geworden ist, die der öffentliche Auftraggeber im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht nicht vorhersehen konnte und sich aufgrund der Änderung des Gesamtcharakters des Auftrags nicht verändert.

Wird man argumentieren, dass die Zertifikatskosten zu einer schwerwiegenden Änderung des Vertragsgegenstandes führen, wie dies oben bereits darlegt wurde, dürfte hingegen keine der Ausnahmen des § 132 Abs. 2 GWB greifen und ggf. eine Neuausschreibung erforderlich sein. Eine solche Auslegung, die zu schwerwiegenden Änderungen des Vertragsgegenstandes führt, wird in der Regel abzulehnen sein.

¹⁵⁰ Polster, VergabeR 2012, 282 (288); Krohn, NZBau 2008, 619 (622).

¹⁵¹ BGH Urteil vom 30.06.2011 – VII ZR 13/10 – NZBau 2011, 553 (555).

(2) Preisrechtliche Auswirkungen

Preisanpassungen müssen ebenso den Bestimmungen des öffentlichen Preisrechts genügen, unabhängig davon, ob sie aufgrund von im Vertrag bereits angelegten Änderungsoptionen oder aufgrund einer Anpassung auf Grundlage einer Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB erfolgen, soweit der sachliche und persönliche Anwendungsbereich eröffnet ist, was bei der Vergabe von öffentlichen Entsorgungsaufträgen der Kommunen bzw. öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern in der Regel der Fall ist. Damit sind die Preiserhöhungen ebenso an den Grundsätzen der Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen (VO PR 30/53) zu messen. Dies hat im Wege der Einzelfallprüfung zu erfolgen.¹⁵²

c.) Praktische Umsetzung von Anpassungsregeln in bestehenden Verträgen (Berechnung von Zertifikatskosten)

Hinsichtlich der Ermittlung und Berechnung der Zertifikatskosten ist auf Folgendes zu verweisen:

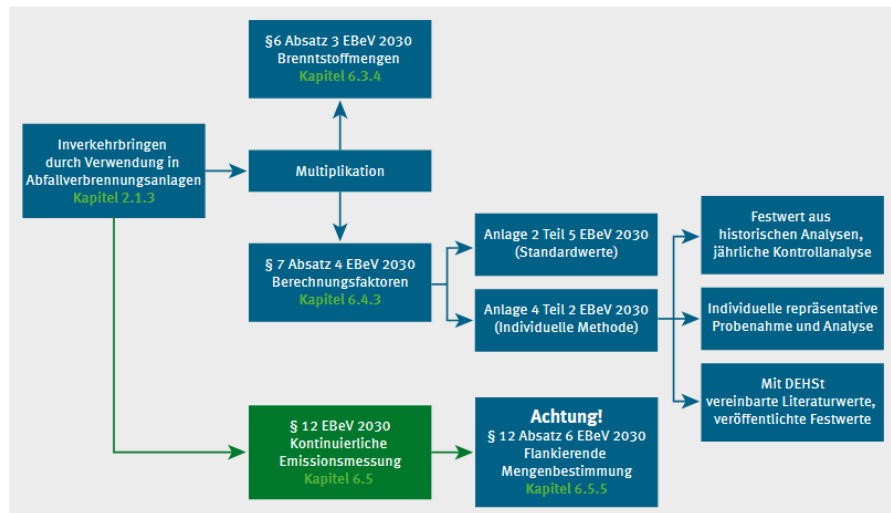
Die Ermittlung und Berechnung der Zertifikatskosten erfolgt jeweils aufgrund der geltenden rechtlichen Bestimmungen, insbesondere der Anlage 2 Teil 5 (Standardwerte zur Berechnung von Brennstoffemissionen in den Fällen des § 2 Abs. 2a BEHG) der „Verordnung über die Emissionsberichterstattung nach dem Brennstoffemissionshandelsgesetz für die Jahre 2023 bis 2030“ (EBeV 2030).

Bei der Berechnung der Zertifikatskosten nach Standardwerten ist stets die Masse an Abfällen zu berücksichtigen, die Art der Abfälle nach der in der Verordnung über das Europäische Abfallverzeichnis geregelten Nummer (AVV-Nummern) (die Abfallarten werden in der EBeV 2030 in verschiedene Gruppen unterteilt) sowie der jeweilig geltende Zertifikatspreis. Die kontinuierliche Emissionsmessung (KEMS) zur Ermittlung der Brennstoffemissionen ist gemäß § 5 Abs. 3 EBeV 2030 hingegen alternativ zu der Bestimmung der Emissionen nach

¹⁵² Zu den preisrechtlichen Bestimmungen siehe zudem die nachfolgenden Ausführungen unter Gliederungspunkt C I. 2. d).

Berechnungsfaktoren nach § 7 EBeV 2030 und für die Betreiber der Anlagen derzeit nicht verpflichtend. Es besteht somit eine Wahlfreiheit welches Verfahren zur Berechnung genutzt wird.¹⁵³

Die weiteren unterschiedlichen Berechnungsmethoden lassen sich wie folgt darstellen:



Quelle: DEHSt, veröffentlicht unter:
https://www.dehst.de/SharedDocs/downloads/DE/nehs/nehs-leitfaden-monitoring-2023-2030.pdf?__blob=publicationFile&v=18

3. Berücksichtigung der CO₂-Bepreisung bei Neuverträgen

a.) Vertragliche Gestaltung

Beim Abschluss von Neuverträgen ist die vertragstechnische Ausgestaltung der CO₂-Bepreisung als Bestandteil des Gesamtpreises für die thermische Behandlung von besonderer Bedeutung. So dürfte vorrangig beim Abschluss von Neuverträgen die Frage zu beantworten sein, wie die Preise, insbesondere dann, wenn die Zertifikate ab 2026 und insbesondere ab 2027 frei gehandelt werden, vertraglich abgebildet werden können. Im Bereich der thermischen Abfallbehandlung ist zudem zu berücksichtigen, dass die Höhe der notwendigen Zertifikate je nach Anteil der angelieferten Abfälle variieren kann.

¹⁵³ Vgl. auch: Jänicke/Wenzel, ZUR 2025, 265 (266).

Neuverträge müssen zunächst sicherstellen, dass die Kosten der CO₂-Bepreisung Vertragsbestandteil sind. Hier bieten sich u.a. Regelungen an, die klarstellen, dass das vom Vertragspartner zu leistende Entgelt, entsprechend den Kosten für die CO₂-Bepreisung, anzupassen ist. Dementsprechend bedarf es der Vereinbarung einer gesonderten Preisanpassungsklausel allein für die Berücksichtigung der CO₂-Bepreisung.

Die vollständige Übernahme der Zertifikatskosten im Wege einer automatischen Preisgleitklausel, die mit Kostenelementen arbeitet, dürfte jedenfalls derzeit problematisch sein.¹⁵⁴ Zwar haben sich bereits einige Indizes gebildet, die die CO₂-Bepreisung berücksichtigen,¹⁵⁵ diese finden allerdings keine Anwendung auf den speziellen Anwendungsbe- reich der CO₂-Bepreisung in der thermischen Abfallbehandlung.

Auch der Rückgriff auf den European Carbon Index (ECARBIX), der teilweise befürwortet wird,¹⁵⁶ kann derzeit nicht uneingeschränkt emp- fohlen werden, da dieser die Preise von EU-Emissionsberechtigungen abbildet und die Besonderheiten des BEHG mit Preiskorridoren derzeit schwerlich abbilden kann. Die nächsten Jahre werden zeigen, ob ein Rückgriff auf diesen Index möglich ist.

Gerade bei ausgeschriebenen Verträgen besteht die Gefahr, dass Preisgleitklauseln, welche die Preise der Zertifikate an unpassende Kostenentwicklungen binden, wie hier möglicherweise der ECARBIX, nach dem PrKG nicht zulässig sind.¹⁵⁷ Auch wenn dem Auftraggeber im Rahmen des Vergaberechts grundsätzlich ein gewisser Beurtei- lungsspielraum eingeräumt wird.¹⁵⁸

Aus diesem Grund sollte eine Klausel verwendet werden, die die Er- stattung der tatsächlich anfallenden Zertifikatskosten auf Nachweis festschreibt.¹⁵⁹ In Betracht kommt die Vereinbarung einer

¹⁵⁴ Siehe hierzu bereits die Ausführungen unter I. 2.

¹⁵⁵ Vgl. hierzu unter anderem Hinweise des Statistischen Bundesamtes, veröffentlicht unter: https://www.destatis.de/DE/Themen/Wirtschaft/Preise/Erzeugerpreisindex-gewerbliche-Produkte/Tabellen/auswirkungCO2_bepreisung.pdf?__blob=publicationFile&v=6, zuletzt besucht am 30.05.2025.

¹⁵⁶ Jänicke/Wenzel, ZUR 2025, 265 (267).

¹⁵⁷ Noch, Vergabenavigator 2021, 27 (28).

¹⁵⁸ Noch, Vergabenavigator 2021, 27 (28); Vergabekammer des Landes Berlin, Beschluss vom 13.09.2019 – VK-B1-13/19.

¹⁵⁹ So auch Jänicke/Wenzel, ZUR 2025, 265 (267).

Selbstkostenerstattungsklausel, wonach die tatsächlich anfallenden Kosten vom Auftraggeber erstattet werden.¹⁶⁰

Mit Blick auf die Weiterberechnung der Entgelte auf die Abfallgebühren können mögliche Abweichungen der zu erstattenden Kosten von den Prognosesätzen der Gebührenkalkulation als Kostenüber- bzw. Kostenunterdeckung behandelt werden.¹⁶¹ Es empfiehlt sich für den öRE auch ggf. Rückstellungen zu bilden.

Auch die Aufnahme einer Öffnungsklausel, die eine spätere Preisbindung an einen Index und dementsprechend eine automatische Preis-anpassung mit Kostenelementeklauseln erlaubt, ist möglich.

Vertraglich geregelt werden sollte auch die Art und Weise der Nachweisführung.

So sind die Zertifikatskosten in der Rechnung als eigenständige Kosten gesondert auszuweisen. Inwieweit weitere Nachweise von den Vertragspartnern für erforderlich gehalten werden, ist eine Frage des Einzelfalls. Denkbar wäre beispielsweise, die Überwachungspläne, welche die Anlagenbetreiber erstellen müssen, sowie die Belege für den Erwerb der Zertifikate auszugsweise zur Verfügung zu stellen.

Darüber hinaus sollten die Verträge für den Fall Klauseln enthalten, in dem die Regelungen des BEHG im Hinblick auf die Einbeziehung der thermischen Abfallbehandlung für rechts- bzw. verfassungswidrig erklärt werden. Hier muss sichergestellt werden, dass im Falle von Rückzahlungen der Zertifikatskosten an den TAB-Betreiber, diese wiederum auch an den öRE weitergegeben werden.

b.) Vertragliche Gestaltung vor dem Hintergrund des Jahres 2027

Vor dem Hintergrund der marktbasierten Preise für Zertifikatskosten ab dem Jahre 2027 ohne die Geltung eines Preiskorridors sollte bei Verträgen die auch im Jahre 2027 noch bestehen, für die Kosten der

¹⁶⁰ Zur Rechtmäßigkeit der Klausel aus preisrechtlicher Sicht, vgl. die Ausführungen unter I. 3. e (6).

¹⁶¹ Vgl. *Gaßner/Schwind*, Müll und Abfall 2023, 724 (724); *Brüning*, in: Driehaus, Kommunalabgabenrecht Kommentar, Stand 2025, § 6 A Rn. 101 ff.; Vertiefend zur Über-Unterdeckung II. 3. dieses Gutachtens.

Zertifikate möglichst ein Selbstkostenerstattungspreis nach § 7 VO PR Nr. 30/53 vereinbart werden.¹⁶²

Dies hat den Vorteil, dass die Kosten der Zertifikate erst nach Kenntnis der anfallenden Kosten angesetzt werden müssen. In der Gebührenkalkulation muss bis zur Kenntnis über den endgültigen Preis eine Schätzung vorgenommen werden.¹⁶³ Die abweichenden Preise, welche zu einer Über-/Unterdeckung der Gebühren führen, können in der nächsten Kalkulationsperiode ausgeglichen werden, ohne dass die Gebührenkalkulation rechtswidrig wird, oder die Kosten zulasten des allgemeinen Haushalts gehen.¹⁶⁴

c.) Zwischenergebnis

Bei den künftig zu schließenden Entsorgungsverträgen zur thermischen Entsorgung von Abfall sollte, insbesondere für das Jahr 2027, eine konkrete Klausel zum Selbstkostenerstattungspreis bei der Übernahme von Zertifikatskosten nach BEHG aufgenommen werden. Klassische Preisgleitklauseln, welche als Kostenelementeklauseln ausgestaltet sind, sind hingegen zum jetzigen Zeitpunkt nicht geeignet.

Da eine Überführung der thermischen Abfallentsorgung in den EU ETS derzeit noch ungewiss ist, sollte die Regelung über Zertifikatspreise auch regeln, dass die Regelungen zum BEHG sinngemäß auf das TEHG Anwendung finden.

Weiterhin ist es ratsam, eine Klausel für etwaige Rückzahlungen der Zertifikatskosten zu verwenden.

d.) Berücksichtigung der CO₂-Bepreisung bei der Neuausschreibung der Entsorgungsverträge

Fraglich ist zudem, wie im Falle der Ausschreibung von Entsorgungsverträgen die Weitergabe der CO₂-Bepreisung abgebildet werden

¹⁶² Zur Rechtmäßigkeit der Klausel aus preisrechtlicher Sicht, vgl. die Ausführungen unter I. 3. e (6).

¹⁶³ Brüning, in: Drießhaus, Kommunalabgabenrecht Kommentar, Stand 2025, § 6 A Rn. 197b.

¹⁶⁴ Vertiefend zur Über-/Unterdeckung, II. 3. dieses Gutachtens.

kann. Die Übernahme der Kosten für die CO₂-Bepreisung müssen in den Vergabeunterlagen Berücksichtigung finden. Hierbei dürfte von Bedeutung sein, dass sich die Grundlage für die Kalkulation der CO₂-bedingten Mehrkosten transparent und nachvollziehbar aus den Vergabeunterlagen ergeben müssen. Es bedarf genauer Vorgaben, auf welche Weise die Berechnung der CO₂-Emissionszertifikate zu erfolgen hat.¹⁶⁵

So könnte Grundlage die Orientierung an den im BEHG festgelegten Mindestpreisen sein, welche durch eine Möglichkeit der dynamischen Anpassung ergänzt werden.

Bei der Berücksichtigung der Kosten für den erforderlichen Erwerb der CO₂-Zertifikate handelt es sich nicht um eine CO₂-Schattenbepreisung, welche bei Vergabe öffentlicher Aufträge z.B. von Bundesbehörden nach § 13 Abs. 1 Satz 3 KSG zu berücksichtigen ist, auf welche hier nicht weiter eingegangen wird.¹⁶⁶

e.) Kalkulation der Kosten der CO₂-Zertifikate bei den Entgelten nach öffentlichem Preisrecht

Soweit es sich bei den vorab genannten Verträgen um solche zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Auftragnehmer handelt, was bei den Entsorgungsverträgen der Fall ist, findet das öffentliche Preisrecht Anwendung.¹⁶⁷ Die Kosten für den Erwerb von CO₂-Zertifikaten sind bei sog. Selbstkostenverträge vorkalkulatorisch ansetzbar.¹⁶⁸ Anwendung finden dabei die Leitsätze für die Preisermittlung auf Grund von Selbstkosten (Anlage zur Verordnung PR Nr. 30/53 vom 21. November 1953). Von besonderer Bedeutung ist zudem die Berücksichtigung der erheblichen Preisschwankungen der CO₂-Zertifikate bei der Entgeltkalkulation nach öffentlichem Preisrecht.

¹⁶⁵ Siehe hierzu auch die Ausführungen zur CO₂-Schattenbepreisung, u.a. *Burger/Lünenburger/Kühleis*, CO₂-Bepreisung in Deutschland, veröffentlicht unter: <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/co2-bepreisung-in-deutschland>, zuletzt besucht am 15.12.2025.

¹⁶⁶ Vgl. vertiefend hierzu etwa: Umweltbundesamt, Berücksichtigung von Klimaschutz- und Ressourcenschutzaspekten in der umweltfreundlichen öffentlichen Beschaffung, veröffentlicht unter: https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/11850/publikationen/136_2024_beschaffungsrechtliche_grundlagen_ksg.pdf, zuletzt besucht am 15.12.2025.

¹⁶⁷ Siehe hierzu bereits die Ausführungen unter I. 2. b.) (2) und I. 3.

¹⁶⁸ *Mengis*, Aktuelle Fragen bei der LSP-Kalkulation kommunaler Entsorgungsentgelte am Beispiel von CO₂-Zertifikaten und Stromsteuernachforderungen, Vortrag, Anwendertreffen Preisrecht 12./13.06.2024.

(1) Zertifikatskosten nach LSP

Die Zertifikatskosten nach BEHG und TEHG fallen unter den Kostenbegriff des LSP. Die Zertifikate nach BEHG haben, wie bereits ausgeführt, den Charakter einer Abgabe und sind vom Kostenbegriff des öffentlichen Preisrechtes gedeckt. Zum Teil wurde vertreten, diese über LSP Nr. 30 zu behandeln.¹⁶⁹ Doch ein Rückgriff auf LSP Nr. 34 (sonstige Kosten) wird der Besonderheit der Zertifikatskosten im Ergebnis gerechter.¹⁷⁰ Die unterschiedlichen Einordnungen kommen zum selben Ergebnis. Die Zertifikatskosten nach BEHG und ggf. nach TEHG sind ansatzfähige Kosten im Sinne des Preisrechts.¹⁷¹

Kosten im Sinne der LSP werden aus Menge und Wert der für die Leistungserstellung verbrauchten Güter und in Anspruch genommenen Dienste ermittelt.¹⁷² Nr. 4 Abs. 3 LSP definiert den Begriff „Selbstkostenpreis“ als „Summe der nach diesen Leitsätzen ermittelten, der Leistung zuzurechnenden Kosten zuzüglich des kalkulatorischen Gewinnes“.¹⁷³ In dieser Formulierung ist gleichzeitig das, bei der Selbstkostenermittlung zu beachtende, Verursachungsprinzip verankert. Nur die Kosten, die der Leistung zuzurechnen sind, deren Anfall also mit der Leistungserstellung in kausalem Zusammenhang steht, dürfen in die Selbstkostenpreiskalkulation übernommen werden.¹⁷⁴ Beispielsweise dürfen nach LSP-Personalkosten (Nr. 22 ff. LSP), Energiekosten (Nr. 15 LSP), Betriebsmittel (Nr. 14 LSP), aber auch Steuern (Nr. 30 LSP) berücksichtigt werden.

Ab 2026, insbesondere aber ab 2027, wird die Kalkulation der Zertifikatspreise jedoch, wie bereits ausgeführt, erheblich

¹⁶⁹ Gruneberg/Reiche/Strausfeld/Treder, in: Müll und Abfall 2024, 462 (464).

¹⁷⁰ So auch: Mengis, Aktuelle Fragen bei der LSP-Kalkulation kommunaler Entsorgungsentgelte am Beispiel von CO₂-Zertifikaten und Stromsteuernachforderungen, Anwendertreffen Öffentliches Preisrecht, Dortmund, 12./13. Juni 2024.

¹⁷¹ Mengis, Aktuelle Fragen bei der LSP-Kalkulation kommunaler Entsorgungsentgelte am Beispiel von CO₂-Zertifikaten und Stromsteuernachforderungen, Anwendertreffen Öffentliches Preisrecht, Dortmund, 12./13. Juni 2024; Gruneberg/Reiche/Strausfeld/Treder, in: Müll und Abfall 2024, 462 (464).

¹⁷² Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 10. Aufl. 2024, LSP Nr. 4, Rn. 2.

¹⁷³ Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 10. Aufl. 2024, LSP Nr. 4, Rn. 41.

¹⁷⁴ Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 10. Aufl. 2024, LSP Nr. 4, Rn. 41.

erschwert. Aus diesem Grund wird es vorzugswürdig sein, die Kosten der Zertifikate unter sonstige Kosten nach LSP Nr. 34 zu fassen. LSP Nr. 34 regelt alle übrigen Kosten, welche sich nicht unter die übrigen Kostenarten fassen lassen.¹⁷⁵ Hierunter können entsprechend die Zertifikatskosten nach BEHG oder auch nach TEHG fallen. Aus preisrechtlicher Sicht ist eine Unterscheidung von BEHG und TEHG im Rahmen von LSP Nr. 34 nicht notwendig.

(2) Umfang der Zertifikatskosten (Nebenkosten)

Der Umfang der Zertifikatskosten schließt zum einen die reinen Erwerbskosten mit ein, umfasst aber auch die Transaktionskosten, wenn die Beschaffung etwa über Dritte abgewickelt wird.¹⁷⁶ Hiervon sind grundsätzlich auch Monitoring- und Transformationskosten erfasst. Maßgeblich ist, ob die Kosten für die Leistungserbringung bei wirtschaftlicher Betriebsführung notwendig sind.

Transaktions- Monitoring- und Transformationskosten sowie die Kosten bei der Beauftragung Dritter mit dem Erwerb von Zertifikaten sind als Kosten im Sinne des öffentlichen Preisrechtes anzusehen, da es sich hierbei um Kosten für in Anspruch genommene Dienstleistungen für die Erbringung der Leistung handelt (vgl. LSP Nr. 4).¹⁷⁷

Da naturgemäß bei Selbstkosten keine Marktprüfung erfolgt, werden diese Kosten jedoch insoweit begrenzt, dass nur die Kosten berücksichtigt werden dürfen, welche für die Erbringung der Leistung bei wirtschaftlicher Betriebsführung notwendig sind.¹⁷⁸

¹⁷⁵ *Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller*, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 10. Aufl. 2024, LSP Nr. 34, Rn. 1.

¹⁷⁶ *Mengis*, Aktuelle Fragen bei der LSP-Kalkulation kommunaler Entsorgungsentgelte am Beispiel von CO₂-Zertifikaten und Stromsteuernachforderungen, Anwendertreffen Öffentliches Preisrecht, Dortmund, 12./13. Juni 2024.

¹⁷⁷ *Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller*, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 10. Aufl. 2024, LSP Nr. 4 Rn. 2.

¹⁷⁸ *Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller*, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 10. Aufl. 2024, LSP Nr. 4 Rn. 15.

Transaktionskosten sind alle Kosten, die bei einem Geschäftsabschluss entstehen, aber nicht zum eigentlichen Kaufpreis gehören.

Transformationskosten sind solche Kosten, die dadurch entstehen, dass für die Leistungserbringung bestehende Prozesse angepasst werden müssen.

Monitoringkosten umfassen die Kosten, welche für die Überwachung der Abläufe anfallen.

Soweit diese Kosten für die Erbringung der Abfallverbrennung notwendig sind und auch bei wirtschaftlicher Betriebsführung anfallen würden, sind diese preisrechtlich zu berücksichtigen.

Durch die jüngste Änderung der BEHV, die komplexe Änderungen im Zusammenhang mit dem Zertifikatserwerb mit sich bringt, kann davon ausgegangen werden, dass die hier beschriebenen Kosten zukünftig nochmals höher ausfallen werden, als bisher vermutet.

Auch ist davon auszugehen, dass Finanzierungskosten anfallen können, wenn etwa der Erwerb der Zertifikate über ein Darlehen vorfinanziert werden muss.

(3) Berücksichtigung der Volatilität der Zertifikatspreise/ Zulässigkeit eines Selbstkostenerstattungspreises

Bei der Kalkulation der Zertifikatskosten nach BEHG oder TEHG ist die Volatilität der Zertifikatspreise zu berücksichtigen. Hierfür bietet sich insbesondere der Selbstkostenerstattungspreis an, bei dem, dem Auftragnehmer die nachgewiesenen Kosten erstattet werden.¹⁷⁹

Der Selbstkostenerstattungspreis steht am Ende der sogenannten Preistreppe und ist somit grundsätzlich erst dann heranzuziehen, wenn die übrigen Preistypen nicht angewendet werden

¹⁷⁹ Auf die Möglichkeit des Rückgriffs auf vermeintlich einschlägige Indizes wurde oben bereits verwiesen. Von dem Gebrauch dieser kann derzeit mangels Erfahrungswerte nicht geraten werden.

können. Die Zulässigkeit eines Selbstkostenerstattungspreises ist nur dann anzunehmen, wenn alle anderen vorgelagerten Preisermittlungsmethoden sich als unzureichend erweisen.¹⁸⁰ Stets sind nach Möglichkeit Marktpreise oder Selbstkostenfestpreise zu bilden. Sollten diese nicht möglich sein, ist auf den Selbstkostenrichtpreis abzustellen.

Auf die Kalkulationsschwierigkeiten, die mit einem Selbstkostenfestpreis, insbesondere ab dem Jahre 2027 einhergehen, wurde bereits hingewiesen. Allerdings gestattet das Preisrecht in diesen Fällen nicht sogleich einen Rückgriff auf den Selbstkostenerstattungspreis. Zuvor muss der Selbstkostenrichtpreis in Betracht gezogen werden.¹⁸¹ Der Selbstkostenrichtpreis ist ein vorläufiger Preistyp. Er verliert seine Eigenschaft durch Umwandlung: Entweder in einen Selbstkostenfestpreis oder einen Selbstkostenerstattungspreis. Die Vereinbarung von Selbstkostenrichtpreisen bietet sich insbesondere dann an, wenn bei Vergabe eines Auftrags eine hinreichende Überschaubarkeit über die voraussichtlichen Kosten der beanspruchten Leistung noch nicht besteht, aber dies vor Abschluss der Leistung mit großer Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann.¹⁸²

Vorliegend sind die Kosten, die durch die Zertifikate entstehen (sowohl nach BEHG als auch nach TEHG) bei Vergabe der Leistung nicht abzusehen. Dies ändert sich auch nicht vor Abschluss der Leistung. Da die Zertifikate im darauffolgenden Jahr abgegeben werden müssen und erst dann bekannt ist, wie viele Zertifikate benötigt werden, kann der Selbstkostenrichtpreis nicht zur Anwendung kommen. Auch ist erst zu diesem Zeitpunkt die Erfüllung der Leistung in diesem Jahr abgeschlossen.

Da der Selbstkostenrichtpreis nicht zur Anwendung kommen kann, kommt nur noch der Selbstkostenerstattungspreis in Frage.

¹⁸⁰ *Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller*, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 10. Aufl. 2024, § 7 VO PR Nr. 30/53, Rn. 1.

¹⁸¹ *Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller*, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 10. Aufl. 2024, § 6 VO PR Nr. 30/53, Rn. 26.

¹⁸² *Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller*, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 10. Aufl. 2024, § 6 VO PR Nr. 30/53, Rn. 28.

Eine reine Unsicherheit von Bemessungsfaktoren reicht jedoch nicht aus, um den Selbstkostenerstattungsreis anwenden zu können.¹⁸³ Maßgeblich ist, dass die Kosten nicht überschaubar sind und vor Ende der Leistungserbringung eine zuverlässige Kalkulation nicht zur Verfügung steht.¹⁸⁴

Bei den Zertifikatspreisen wird ab 2027 mit mehr als nur von Unsicherheiten bei der Preisbildung auszugehen sein. Es ist derzeit nicht absehbar, welche Preise sich am Markt bilden werden, da die Zertifikate nach BEHG dann erstmals ohne Preiskorridor versteigert werden. Ein Selbstkostenerstattungspreis scheint bezüglich der Kosten für die Zertifikate, deshalb für beide Seiten die sinnvollste Alternative zu sein, da die anderen Preistypen nicht angewendet werden können. Da, soweit ersichtlich, bis Redaktionsschluss noch keine Rechtsprechung zu dieser Frage ergangen ist, ist diese Festlegung aber mit gewissen Risiken verbunden.

(4) Preisrechtlicher Umgang mit Zertifikatskosten im Jahre 2027

Aus rein preisrechtlicher Sicht ergeben sich aller Voraussicht nach, geringe Schwierigkeiten aufgrund der marktbasierten Zertifikatspreise ab dem Jahre 2027.

Im Jahre 2027 werden die Zertifikate ohne Preiskorridor mit marktbasierten Preisen gehandelt (§ 16 BEHV). Aus preisrechtlicher Sicht ändert dies jedoch nichts daran, dass diese Kosten preisrechtlich zulässig sind. Auch bei entsprechenden Erhöhungen und Unvorhersehbarkeit der Kosten, handelt es sich bei den Zertifikatskosten weiterhin um "Sonstige Kosten" nach LSP Nr. 34.

¹⁸³ VGH Kassel, Urteil vom 04.12.2002 – 11 TG 1963/02.

¹⁸⁴ *Ebisch/Gottschalk/Hoffjan/Müller*, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen, 10. Aufl. 2024, § 7 VO PR Nr. 30/53, Rn. 1.

Aufgrund der Tatsache, dass die genauen Kosten erst nachkalkulatorisch ermittelt werden können, kommt die Bildung eines Selbstkostenerstattungspreis in Betracht.¹⁸⁵

In der Gebührenkalkulation werden die Preise bei Selbstkostenerstattungspreisen zunächst geschätzt.¹⁸⁶ Bei Abweichungen, die zu Über- Unterdeckung der Gebühren führen, können diese in einem Zeitraum, welchen das jeweilige Kommunalabgabengesetz des Bundeslandes vorgibt, ausgeglichen werden, ohne dass die Gebührenkalkulation rechtswidrig wird oder die Unterdeckung zu Lasten des allgemeinen Haushalts geht.¹⁸⁷

¹⁸⁵ Vgl. hierzu auch *Hoffjan/Hennemann*, AbfallR 2017, 130 (132).

¹⁸⁶ *Brüning*, in: *DrieHaus*, Kommunalabgabenrecht, Stand 2025, § 6 A Rn. 197b.

¹⁸⁷ *Brüning*, in: *DrieHaus*, Kommunalabgabenrecht, Stand 2025, § 6 A Rn. 101 ff.; Vertiefend zur Über-Unterdeckung II. 3. dieses Gutachtens.

II. Weitergabe der Kosten an den Benutzer der öffentlichen Einrichtung der Abfallentsorgung

Entsprechend der vom Gesetzgeber beabsichtigten Lenkungswirkung sollen die Kosten für die CO₂-Bepreisung letztendlich von den Benutzern der öffentlichen Einrichtung der Abfallentsorgung getragen werden, da letztlich sie, so jedenfalls die Auffassung des Gesetzgebers, durch Reduzierung des fossilen Anteils im Abfall auch die CO₂-Emissionen verringern können. Dieser Auffassung des Gesetzgebers ist zwar kritisch zu sehen, wie oben dargelegt, doch mit Blick auf die Intention des Gesetzgebers wird man zunächst diese Lenkungswirkung bei der Anwendung des Gesetzes berücksichtigen müssen.

Bei der Frage, ob die CO₂-Bepreisung als betriebsbedingte Kosten Eingang in die Abfallgebühr finden kann, ist zunächst vorab zu prüfen, ob der Erwerb von BEHG-Zertifikaten durch kommunale Abfallbehandlungsunternehmen aus gemeindewirtschaftlicher Sicht zulässig ist.

Im Folgenden wird die Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen beispielhaft herangezogen. Die dort aufgeführten Regelungen finden sich in ähnlicher Fassung auch in den anderen Bundesländern wieder.

1. Gemeindewirtschaftsrechtliche Zulässigkeit des Erwerbs von BEHG-Zertifikaten durch kommunale Abfallbehandlungsunternehmen

Der Erwerb von CO₂-Zertifikaten ist gemeindewirtschaftsrechtlich zulässig. Denn der Erwerb stellt keine eigenständige wirtschaftliche Betätigung der Kommunen dar (vgl. etwa beispielhaft § 107 Abs. 1 der Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen (GO NRW)¹⁸⁸, vielmehr ist er erforderlicher Annex zum Betrieb einer thermischen Abfallbehandlungsanlage. Denn ohne den Erwerb von Zertifikaten ist der Betrieb einer TAB rechtlich nicht mehr möglich.

Der Betrieb einer solcher „kommunalen“ thermischen Abfallbehandlungsanlage als Bestandteil der öffentlichen Einrichtung „kommunale Abfallentsorgung“, stellt eine privilegierte Tätigkeit gemäß § 107 Abs. 2 Nr. 4 GO NRW dar.¹⁸⁹ Der Betrieb einer Abfallentsorgungsanlage betrifft einen Kernbestand

¹⁸⁸ Im Folgenden wird beispielhaft auf die Rechtsnormen in NRW abgestellt. Bezüglich der hier dargestellten Problematiken sind sich die Regelungen der einzelnen Bundesländer jedoch ähnlich.

¹⁸⁹ OVG NRW, Beschluss vom 12.10.2004 – 15 B 1873/04 – NVwZ 2005, 1211; Bättge, KommJur 2020, 365 (366); Lange, NVwZ 2014, 616 (616); Zur Frage, ob auch die Abfallverwertung Teil der privilegierten Tätigkeit nach § 107 Abs. 2 Nr. 4 GO NRW

der Abfallentsorgung nach §§ 17, 20 KrWG, § 5 Landeskreislaufwirtschaftsgesetz Nordrhein-Westfalen (LKrWG NRW).

a.) Erwerb der Zertifikate als Bankgeschäft oder Finanzprodukt

Der Erwerb von Zertifikaten stellt kein Bankgeschäft dar und ist aus gemeindewirtschaftsrechtlicher Sicht zulässig. Dies ergibt sich aus Folgendem:

Der Erwerb von Zertifikaten wäre gemeindewirtschaftsrechtlich dann rechtswidrig, wenn es sich um ein unzulässiges Bankgeschäft gem. § 107 Abs. 6 GO NRW handeln würde. Bankgeschäfte sind aus gemeindewirtschaftsrechtlicher Sicht keine Tätigkeit die der Gemeinde nach § 107 GO NRW erlaubt ist. § 107 Abs. 6 GO NRW verbietet den Gemeinden ausdrücklich den Betrieb eines Bankunternehmens.¹⁹⁰ Das Verbot dieser Tätigkeit geht auf die diesen Geschäften innewohnenden großen Haftungsrisiken für die Gemeinde sowie auf die schlechten Erfahrungen der Nachkriegs- und Inflationszeit aus dem Ersten Weltkrieg zurück.¹⁹¹

Was ein Bankgeschäft ist, richtet sich mangels Definition im Gemeinderecht nach dem Bundesrecht. In § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1-12 Kreditwesengesetz (KWG) werden die Geschäfte aufgeführt, welche als Bankgeschäfte gelten. Als Bankgeschäfte gelten hiernach unter anderem die Annahme fremder Gelder als Einlagen, die Gewährung von Gelddarlehen, die Vornahme von Diskont- oder Garantiegeschäften. Bereits nach dem Wortlaut fallen nicht der Erwerb von CO²-Zertifikaten unter den Anwendungsbereich.¹⁹²

Der Erwerb von Zertifikaten könnte jedoch, bei einem Erwerb über Dritte, als Erwerb von Finanzprodukten gesehen werden.¹⁹³

ist, vgl. *Held/Kotze/Görisch*, GO NRW, PdK NW B-1, 25. Fssg. 2025, § 107 Rn. 24; *Wellmann*, in: Rehn/Cronauge/von Lennep/Knirsch, Gemeindeordnung NRW, Stand 2024, § 107 GO Rn. 114 ff.

¹⁹⁰ Vertiefend und zur Ausnahme von Sparkassen siehe: *Wellmann*, in: Rehn/Cronauge/von Lennep/Knirsch, Gemeindeordnung NRW, Stand 2024, § 107 GO Rn. 177 ff.

¹⁹¹ *Wellmann*, in: Rehn/Cronauge/von Lennep/Knirsch, Gemeindeordnung NRW, Stand 2024, § 107 GO Rn. 176; *Gaß*, in: Wurzel/Schraml/Gaß, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen Handbuch, 4. Aufl. 2021, Kapitel C Rn. 78.

¹⁹² Für eine genaue Auflistung, vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1-12 Kreditwesengesetz (KWG).

¹⁹³ Anderer Auffassung wohl: *Mengis*, Aktuelle Fragen bei der LSP-Kalkulation kommunaler Entsorgungsentgelte am Beispiel von CO₂-Zertifikaten und Stromsteuernachforderungen, Anwendertreffen Öffentliches Preisrecht, Dortmund, 12./13. Juni 2024.

Der Begriff ist nicht legaldefiniert, umfasst jedoch im Allgemeinen solche Produkte, welche eine Anlage von Geld ermöglichen.¹⁹⁴

Für die Annahme, dass der Erwerb von Zertifikaten ein Erwerb von Finanzprodukten darstellt, spricht, dass die Zertifikate theoretisch günstig gekauft und zu einem späteren Zeitpunkt gewinnbringend verkauft werden könnten.

Gegen diese Annahme spricht jedoch, dass die Gemeinde diese Zertifikate nicht als Anlage, sondern zur Ermöglichung der Erfüllung ihrer Aufgabe der kommunalen Abfallentsorgung erwirbt. Aus diesem Grund bestehen bereits Bedenken, ob in diesem Kontext der Begriff des Finanzproduktes greift.

Die rechtliche Einordnung dürfte allerdings nur dann von Bedeutung sein, wenn die GO NRW für derartige Geschäfte verschärfte Anforderungen stellt oder diese verbietet.

Ein Verbot für die Gemeinde, solche Finanzprodukte grundsätzlich zu erwerben, existiert gemäß § 107 GO NRW nicht, soweit sich die Gemeinde hier an die ohnehin geltenden haushaltsrechtlichen Grundsätze hält.

Bei Finanzprodukten in Form von Krediten und ähnlichen Finanzbeschaffungen gelten darüber hinaus weitere Voraussetzungen gem. § 86 GO NRW.¹⁹⁵

Diese sind auf den Erwerb von Zertifikaten nicht anwendbar, da es sich hierbei nicht um die Beschaffung von Finanzmitteln für den Gemeindehaushalt handelt, sondern um die Beschaffung von notwendigen Zertifikaten zur Erfüllung der kommunalen Abfallentsorgung.

Ein Vergleich kann hier mit dem Erwerb und Verkauf von Strom an der Strombörse gezogen werden. Auch mit diesem kann grundsätzlich spekulativ gehandelt werden, sodass grundsätzlich von Finanzprodukten

¹⁹⁴ BT-Drs. 18/5922, S. 82.

¹⁹⁵ Sandra Hess/Sandra Rettler, Kommunalhaushaltsrecht, Stand 2024, B-9a Ziffer 2.1.

im weiten Sinne ausgegangen werden kann. Dieser Energiehandel ist nach den Voraussetzungen des § 107a Abs. 2 GO NRW gemeindewirtschaftsrechtlich als unmittelbar verbundene Dienstleistung zulässig.¹⁹⁶ Im Wesentlichen wird auf ein angemessenes Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde abgestellt und dem Energiehandel muss ein untergeordnetes Verhältnis zum Hauptzweck zukommen und diesen fördern.¹⁹⁷

Überträgt man dies auf den Betrieb einer TAB so wird der Erwerb von Zertifikaten, die für den Betrieb der Anlage erforderlich sind, gemeindewirtschaftsrechtlich zulässig sein. Soweit überschüssige Zertifikate veräußert werden, kann dies nur dann gemeindewirtschaftsrechtlich zulässig sein, wenn dies neben dem Betrieb der Anlage eine untergeordnete Rolle spielt und den Betrieb der Anlage fördert.

b.) Erforderliche Änderung im Gesellschaftsvertrag

Soweit im Gesellschaftsvertrag der Betrieb von TAB als Unternehmenszweck verankert ist, bedarf es keiner Änderung des Gesellschaftsvertrags. Denn der Unternehmensgegenstand muss zwingend den Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit umfassen.¹⁹⁸ Dieser ist vorliegend der Betrieb einer TAB-Anlage und nicht der Erwerb von CO₂-Zertifikaten. Vielmehr ist der Erwerb der CO₂-Zertifikate für den Betrieb zwingend erforderlich.

Eine Formulierung des Unternehmensgegenstandes, welche den Erwerb und ggf. die Veräußerung als untergeordnetes verbundenes Hilfgeschäft von Zertifikaten umfassen würde, könnte beispielsweise wie folgt aussehen:

Gegenstand des Unternehmens sind die Errichtung und der Betrieb von Anlagen zur umweltverträglichen Entsorgung von allen Abfällen im Sinne des Kreislaufwirtschaftsgesetzes (KrWG) in der jeweils geltenden Fassung. Davon umfasst ist die energetische

¹⁹⁶ Wellmann, in: Rehn/Cronauge/von Lennep/Knirsch, Gemeindeordnung NRW, Stand 2024, § 107a Rn. 19; LT-Drs 15/27, S. 6.

¹⁹⁷ Wellmann, in: Rehn/Cronauge/von Lennep/Knirsch, Gemeindeordnung NRW, Stand 2024, § 107a Rn. 19 ff.; LT-Drs 15/27, S. 6.

¹⁹⁸ Schäfer, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 3 Rn. 7.

Verwertung, die thermische Behandlung sowie die Durchführung aller damit verbundenen Hilfsgeschäfte.

Die hier aufgeführte Formulierung ist nur beispielhaft. Auch andere Formulierungen sind denkbar.

c.) Zwischenergebnis

Der Erwerb von Zertifikaten gemäß BEHG und TEHG ist gemeindewirtschaftsrechtlich zulässig.

Der Erwerb stellt keine abgrenzbare wirtschaftliche Tätigkeit vom Betrieb einer privilegierten und gemeindewirtschaftsrechtlich zulässigen TAB-Anlage dar, sondern ist dieser zuzurechnen, da ohne den Erwerb von Zertifikaten die TAB nicht betrieben werden kann.

Da es sich bei dem Erwerb von Zertifikaten nicht um Bankgeschäfte handelt und die Gemeindeordnung den Erwerb von Finanzdienstleistungen nicht verbietet, ist der Erwerb der Zertifikate durch die Gemeinde aus gemeindewirtschaftsrechtlicher Sicht zulässig. Ein Vergleich kann hier mit dem Erwerb und Verkauf von Strom an der Strombörse gezogen werden, welcher nach § 107 Abs. 2 GO NRW gemeindewirtschaftsrechtlich als verbundenes Hilfsgeschäft zulässig sein kann.

Eine Änderung des Gesellschaftsvertrags ist nicht erforderlich, da der Unternehmensgegenstand durch den Erwerb nicht verändert, sondern lediglich in seiner Umsetzung ermöglicht wird.

2. Gebührenrechtliche Ansatzfähigkeit der Kosten für die CO₂-Abgabe

Für die Inanspruchnahme der öffentlichen Einrichtung der Abfallentsorgung können die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger Benutzungsgebühren nach den Vorschriften der jeweiligen Kommunalabgabengesetze der Länder erheben.¹⁹⁹ Im Zusammenhang mit der Weitergabe der Zertifikatskosten an die Abfallbesitzer und damit an die Benutzer der öffentlichen Einrichtung der

¹⁹⁹ Vgl. u.a. § 9 Abs. 2 KrWG NRW; § 6 AbfWG M-V; § 7 Abs. 2 BayAbfG; § 12 Abs. 3 NAbfG.

Abfallentsorgung ist dabei fraglich, ob auch die „Zertifikatskosten“ als betriebsbedingte und erforderlich Kosten Eingang in die Abfallgebührenkalkulation finden, die Grundlage für die Festsetzung der Abfallgebühr ist.

Im Ergebnis dürfte dies zu bejahen sein, wie sich aus Folgendem ergibt²⁰⁰:

a.) Gebührenrechtliche Ansatzfähigkeit von Kosten der Zertifikate nach KAG NRW

Die Kosten für den Erwerb von CO₂-Zertifikaten sind als betriebsbedingte Kosten in der Gebührenkalkulation für die Benutzung der öffentlichen Einrichtung Abfallentsorgung berücksichtigungsfähig.²⁰¹

(1) Benutzung der öffentlichen Einrichtung „Abfallentsorgung“

Nach § 6 Abs. 1 Satz 1 KAG NRW sind Benutzungsgebühren zu erheben, wenn eine Einrichtung oder Anlage überwiegend dem Vorteil einzelner Personen oder Personengruppen dient.

Unter öffentlicher Einrichtung ist die organisatorische Zusammenfassung von Verwaltungsbediensteten und Sachmitteln mit dem Zweck, bestimmte Leistungen zu erbringen, die Benutzern zur Verfügung stehen, zu verstehen. Dementsprechend ist unter dem Begriff der „kommunalen Abfallentsorgungseinrichtung“ grundsätzlich die Gesamtheit des personellen und sachlichen Mitteleinsatzes der Stadt/des Kreises mit dem Ziel der Entsorgung der auf den Grundstücken im Gebiet anfallenden Abfälle zu verstehen.²⁰² Hierzu gehören unter anderem die im Rahmen der Abfallentsorgungseinrichtung eingesetzten Verwaltungsbediensteten, Müllwerker, Abfallberater, Abfallgefäße, Abfallfahrzeuge, die Abfalldeponie, die Kompostieranlagen und der Betrieb von thermischen Abfallbehandlungsanlagen.²⁰³

²⁰⁰ Hier soll die Gebührenfähigkeit der Zertifikatskosten beispielhaft am Kommunalabgabengesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (KAG NRW) dargelegt werden.

²⁰¹ Siehe ebenso *Queitsch*, Berücksichtigung der CO₂-Bepreisung, Vortrag im Rahmen der kommunalen Gebührentage NRW 2025, Mai 2025, S. 52; *Gruneberg/Reiche/Strausfeld/Treder*, Müll und Abfall 2024, 462 (464); wohl auch *Jänicke/Wenzel*, ZUR 2025, 265 (272).

²⁰² *Bleicher/Queitsch/Wilden-Beck*, Abfallrecht, 3. Aufl. 2024, S. 188 mit weiteren Nachweisen.

²⁰³ *Queitsch*, in: Hamacher/Lenz, Kommunalabgabengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen Kommentar, Mai 2024, § 6 KAG, B Rn. 5.

(2) Betriebswirtschaftlicher Kostenbegriff nach § 6 Abs. 2 KAG NRW und Grundsatz der Betriebsbedingtheit

Die im Zusammenhang mit dem Betrieb der öffentlichen Einrichtung der Abfallentsorgung in der jeweiligen Rechnungsperiode entstandenen Kosten sind als betriebswirtschaftliche Kosten zu ermitteln.

Dementsprechend sind zunächst alle Kosten zu ermitteln, die der Leistungserstellung dienen.²⁰⁴ Betriebsbedingt sind diejenigen Kosten, die der Leistungserbringung bzw. Leistungserstellung unmittelbar dienen. Kosten, die keinen unmittelbaren Bezug zur Leistungserstellung im Rahmen der Erfüllung der gesetzlich zugewiesenen Aufgabe haben, sind damit nicht ansatzfähig.

(a) Kosten für die CO₂-Bepreisung beim Betrieb einer kommunalen thermischen Abfallbehandlungsanlage

Zu den betriebsbedingten Kosten gehören auch die Kosten, die für die thermische Abfallbehandlung als Bestandteil der öffentlichen Einrichtung anfallen. Neben den hierzu anfallenden Personal- und Sachkosten zählen zu den betriebsbedingten Kosten auch die Kosten für die CO₂-Bepreisung als Kosten für Abgaben auf der Grundlage von Bundesgesetzen.²⁰⁵

Dafür spricht etwa die Rechtsprechung des OVG Münster, wonach ebenfalls die Kosten einer Mautgebühr auf Grundlage des Bundesfernstraßenmautgesetzes für Abfallfahrzeuge auf die Abfallgebühren umgelegt werden können. Die Mautgebühren sind wie die Zertifikatskosten durch Bundesgesetz vorgeschriebene Abgaben, die bei der

²⁰⁴ Vgl. etwa: OVG Münster, Urteil vom 17.05.2022 – 9 A 1019/20; OVG Münster, Urteil vom 05.08.1994 – 9 A 1248/92; OVG Münster, Urteil vom 27.10.1992 – 9 A 835/91; *Brüning*, in: Driehaus, Kommunalabgabenrecht Kommentar, Stand 2025, § 6 KAG, Rn. 47; *Queitsch*, in: Hamacher/Lenz, Kommunalabgabengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen Kommentar, Mai 2024, § 6 KAG, A Rn. 23.

²⁰⁵ Vgl. hierzu auch die Entscheidung des OVG NRW zur Ansatzfähigkeit der Kosten der LKW Maut, OVG NRW, Beschluss vom 03.12.2020 – 9 A 431/17.

Erbringung der Entsorgungsleistung anfallen. Das OVG Münster hatte darüber zu entscheiden, ob eine Mautgebühr nach Bundesfernstraßenmautgesetzes auch die Abfallfahrzeuge erfasst, da in diesem Fall die Mautgebühren auf die Abfallgebühren umgelegt werden würden. Das OVG Münster hat im Ergebnis die Anwendbarkeit der Maut auf Abfallfahrzeuge bestätigt und somit auch ohne weitere Ausführungen hierzu die Gebührenfähigkeit der Mautgebühr bestätigt.²⁰⁶

Bei der thermischen Abfallverwertung entstehen zwangsläufig Kosten für den Erwerb von CO₂-Zertifikaten. Da bei der Verbrennung von Abfällen CO₂-Emissionen unvermeidbar freigesetzt werden, müssen diese gemäß der aktuellen Gesetzeslage durch Zertifikate nach dem BEHG kompensiert werden (§ 8 Abs. 1 BEHG). Ohne den Erwerb von Zertifikaten wäre die thermische Entsorgung, welche für die angelieferten Abfälle nach derzeitigem Stand zur Sicherstellung einer hochwertigen schadlosen Verwertung unter Einhaltung der Schutzpflichten für Mensch und Umwelt, nach KrWG gesetzlich vorgeschrieben ist (vgl. § 6 Abs. 1 Nr. 4 KrWG, § 7 Abs. 2, 3 KrWG), nicht durchführbar.²⁰⁷

(b) Fremdleistungen

Nichts anderes ergibt sich, wenn die thermische Abfallbehandlung durch den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger fremdvergeben wurde. So gehören zu den ansatzfähigen Kosten auch vertragsgemäße Entgelte für in Anspruch genommene Fremdleistungen, § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 KAG NRW. Hierbei gilt allerdings, dass die in Rechnung gestellten Entgelte nicht unbesehen übernommen werden dürfen. Sofern die von Dritten erbrachten Leistungen nach Selbstkostenpreisen abgerechnet werden, muss geprüft werden,

²⁰⁶ OVG NRW, Beschluss vom 03.12.2020 – 9 A 431/17, juris, Rn. 11.

²⁰⁷ Vgl. Reese, in: Jarass/Petersen, KrWG Kommentar, § 3 Rn. 378 ff. und § 6 Rn. 5 ff.

ob die Einhaltung der Verordnung PR 30/53 sowie die Leitsätze für die Preisermittlung aufgrund von Selbstkosten getroffenen Bestimmungen eingehalten wurden.²⁰⁸

Entgelte für die Inanspruchnahme von Fremdleistungen, die den nach den LSP ermittelten Preisen entsprechen, sind bei den Gebühren regelmäßig zu akzeptieren.²⁰⁹ Demnach können auch die Transformationskosten und Monitoringkosten bei den Abfallgebühren ansatzfähig sein, wenn diese nach dem Preisrecht berücksichtigt wurden. Zur Anwendung des öffentlichen Preisrechts wurde bereits zuvor ausführlich Stellung genommen, so dass darauf zu verweisen ist.²¹⁰

(3) Erforderlichkeit

Die Kosten für die CO₂-Zertifikate nach BEHG sind auch erforderlich.

Nach dem Grundsatz der Erforderlichkeit sind Kosten dann erforderlich, wenn sie nicht überflüssig oder der Höhe nach übermäßig sind.²¹¹ Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, lässt sich nicht anhand einer strengen Kausalitätsprüfung messen, sondern ist vielmehr eine Ermessensentscheidung des öffentlich-rechtlichen Leistungsträgers, die gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar ist.²¹²

Ab 2024 ist der Erwerb von Emissionszertifikaten für Betreiber thermischer Abfallverwertungsanlagen gemäß BEHG gesetzlich verpflichtend, um die thermische Behandlung durchführen zu

²⁰⁸ OVG NRW, Beschluss vom 25.11.2010 – 9 A 94709 mit weiteren Nachweisen.

²⁰⁹ *Brüning*, in: DrieHaus, Kommunalabgabenrecht Kommentar, Stand 2025, § 6, Rn. 197b; *Brüning*, AbfallR 2015, 2 (5 f.); BVerwG, Urteil vom 01.10.1997 – 8 B 209/97, bestätigt OVG Münster, Urteil vom 19.06.1997 – 9 A 652/95; OVG Münster, Urteil vom 01.07.1997 – 9 A 3556/96 und Urteil vom 15.12.1994 – 9 A 2251/93, NVwZ 1995, 1238 (1240 f.); OVG Lüneburg, Urteil vom 22.1.1999 – 9 L 1803/97 – KStZ 1999, 190; Urteil vom 24.06.1998 – 9 L 2504/96, Urteil vom 17.07.2012 – 9 LB 187/09; DVBl 12, 1255 ff.; VGH Mannheim, Urteil vom 31.5.2010 – 2 S 2423/08; *Grünwald*, AbfallR 2013, 30 (30).

²¹⁰ Vgl. Teil 1 I. 2. d) dieses Gutachtens.

²¹¹ Vgl. etwa: OVG NRW, Urteil vom 24.11.1999 – 9 A 6065/96; OVG NRW, Urteil vom 03.09.1980 – 2 A 2258/79; *Queitsch*, in: Hamacher/Lenz, Kommunalabgabengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen Kommentar, Mai 2024, § 6 KAG, A Rn. 29; *Brüning*, in: DrieHaus, Kommunalabgabenrecht Kommentar, Stand September 2024, § 6 KAG, Rn. 70.

²¹² Vgl. OVG NRW, Urteil vom 29.01.1980 – 2 A 262/79; *Brüning*, in: DrieHaus, Kommunalabgabenrecht Kommentar, Stand 2024, § 6 KAG, Rn. 69 ff.; siehe auch die Stellungnahme von Lenz & Johlen vom 05.12.2024 zur Gebührenkalkulation (hier: Kalkulationswirksamkeit von Kosten für die Anschaffung von E-Lkw), S. 1.

dürfen. Durch die jüngsten Änderungen der BEHV, die komplexe Änderungen im Zusammenhang mit dem Zertifikatserwerb mit sich bringen, kann davon ausgegangen werden, dass Kosten nochmals höher ausfallen werden. Diese Kosten sind weder übermäßig noch überflüssig, da eine thermische Entsorgung ohne die erforderlichen Zertifikate nicht zulässig ist. Laut § 8 BEHG sind die Verantwortlichen, einschließlich der Betreiber thermischer Abfallbehandlungsanlagen, gemäß § 2 Abs. 2a BEHG, verpflichtet, der zuständigen Behörde Zertifikate zum Ausgleich ihrer Emissionen vorzulegen. Wird dieser Verpflichtung nicht nachgekommen, erhebt die Behörde gemäß § 21 BEHG für jede nicht gedeckte Tonne CO₂ eine Strafzahlung in Höhe des doppelten Zertifikatspreises.

Ohne den Erwerb von Zertifikaten steigen somit die Kosten der thermischen Behandlung. Zudem können TAB nicht auf alternative Brennstoffe ausweichen, die keine Zertifikate erfordern. Ohne Abfälle würde die Anlage ihre Entsorgungsfunktion und damit ihre Zweckbestimmung verlieren.²¹³ Die thermische Abfallverwertung dient in erster Linie der Abfallentsorgung und nicht der Nutzung der beim Verbrennungsprozess zwangsläufig entstehen Energie in Form von Fernwärme, Prozessdampf bzw. Strom.²¹⁴

Dass die Kosten um gesetzliche Verpflichtungen, wie hier dem BEHG, nachzukommen grundsätzlich zu einer Erforderlichkeit dieser Kosten in den Gebühren führt, zeigt auch der Vergleich mit der Phosphorrückgewinnung, auch P-Recyclings genannt. Die Kosten des P-Recyclings gem. § 3 Klärschlammverordnung (AbfKlärV) sind generell gebührenfähig, da sie einer gesetzlich angeordneten Pflicht zuzuordnen sind.²¹⁵

²¹³ Thärichen, ZUR 2023, 77 (78); Gruneberg/Reiche/Strausfeld/Treder, in Müll und Abfall 2024, 462 (462 ff.).

²¹⁴ Thärichen, ZUR 2023, 77 (78); Gruneberg/Reiche/Strausfeld/Treder, in Müll und Abfall 2024, 462 (462 ff.).

²¹⁵ Vertiefend: Pencereci/Schustereit/Bahlke/Hartwig/Gerlach/Trautmann, UBA-Gutachten zur Auslegung von mit der Phosphorrückgewinnung in der Klärschlammverordnung in Verbindung stehenden gebührenrechtlichen Festlegungen, 2025, S. 97, veröffentlicht unter: <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/gutachten-zur-auslegung-von-der-phosphor>, zuletzt besucht am 07.10.2025.

(4) Erforderlichkeit von Fremdleistungen bei konsensualen Vertragsanpassungen

Auch Fremdleistungen, die im Rahmen von konsensualen Vertragsanpassungen zwischen öRE und Anlagenbetreiber preislich angepasst wurden, dürften als erforderliche Kosten zu werten sein.

Im Rahmen der Verhandlungen zwischen öRE und Anlagenbetreiber, über die Übernahme der Zertifikatskosten wird zudem das Argument vorgebracht, dass die freiwillige Übernahme der Zertifikatskosten ohne belastbare Anspruchsgrundlage des Anlagenbetreibers dazu führe, dass diese freiwillig übernommenen Kosten gebührenrechtlich nicht mehr als erforderliche Kosten anzusehen seien.²¹⁶

Auch wenn der Grundgedanke dieses Arguments treffend den Grundsatz der Erforderlichkeit widerspiegelt, nachdem nur für die Leistungserbringung angemessene und erforderliche Kosten gebührenrechtlich ansatzfähig sind, so verschweigt dieses Argument jedoch, dass die Übernahme von Zertifikatskosten als Ergebnis einer Verhandlung über die vertraglichen Pflichten keine freiwillige Übernahme von Kosten darstellt. Wenn sich der öRE und der Anlagenbetreiber im Rahmen der Verhandlungen darüber einig sind, dass beispielsweise die Voraussetzungen des § 313 BGB vorliegen, so übernimmt der öRE nicht freiwillig diese Kosten, sondern aufgrund einer bestehenden rechtlichen Pflicht.

Darüber hinaus dient die Übernahme der Zertifikatskosten auch der Rechtspflicht des öRE die Entsorgungssicherheit auf seinem Gebiet zu sichern. Sollte sein beauftragter Anlagenbetreiber aufgrund der hohen Zertifikatskosten in Zahlungsschwierigkeiten geraten, ist auch die Entsorgungssicherheit nicht mehr gewährleistet. Wenn dieser in die Insolvenz gerät, weil sich das vereinbarte

²¹⁶ Jänicke/Wenzel, ZUR 2025, 265 (272).

Entgelt als zu gering erweist, bietet sich eine vertragliche Erhöhung des Entgeltes an.²¹⁷

Die Übernahme der Zertifikate sichert mithin den reibungslosen Ablauf der öffentlichen Einrichtung der Abfallentsorgung und ist somit die Übernahme von angemessenen und erforderlichen Kosten.

Dies zeigt sich auch insbesondere dann, wenn der örE die Anlage selbst betreibt. In diesem Fall würde er die Zertifikatskosten auch auf die Abfallgebühren umlegen. Denn in diesem Fall wäre es gebührenrechtlich gar geboten die Kosten der Zertifikate auf die Gebühren umzulegen. Denn nach dem gebührenrechtlichen Grundsatz des Kostendeckungsprinzips müssen die anfallenden Kosten der Einrichtung durch die Gebühren gedeckt werden.²¹⁸ Die Kosten der Zertifikate fallen für den, mit der thermischen Behandlung von Abfällen aufgrund der zwingenden Vorschriften des BEHG verbundenen, Erwerb von Emissions-Zertifikaten an und müssen entsprechend über die Gebühren gedeckt werden. Würden die Zertifikatskosten bei den Gebühren nicht berücksichtigt, so würden die Kosten der öffentlichen Einrichtung nicht über die Abfallgebühren gedeckt.

Es ist nicht ersichtlich, weshalb der örE durch die Beauftragung eines Dritten mit der thermischen Entsorgung sich aus seiner Pflicht zur Sicherstellung der Entsorgungssicherheit und der Einhaltung des Kostendeckungsprinzips befreien kann. Aus diesem Grund sprechen auch gebührenrechtliche und abfallrechtliche Gründe für eine Erforderlichkeit dieser konsensualen Kostenübernahme der Zertifikatskosten.

Soweit die Parteien bei der Übernahme der Kosten der Zertifikate die LSP berücksichtigt haben, spricht auch ein preisrechtliches Argument für die Erforderlichkeit der Kosten. Denn Kosten,

²¹⁷ Brüning, in: DrieHaus, Kommunalabgabenrecht Kommentar, Stand 2024, § 6 KAG, Rn. 196a.

²¹⁸ Queitsch, in: Hamacher/Lenz, Kommunalabgabengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen Kommentar, Mai 2024, § 6 KAG, A Rn. 109; OVG NRW, Urteil vom 27. 04.2015 – 9 A 2788/12.

welche nach LSP kalkuliert wurden, gelten in der Regel bei den Gebühren als ansatzfähig.²¹⁹

(5) Lenkungswirkung im Gebührenrecht

Darüber hinaus spricht die dem Gebührenrecht immanente Lenkungswirkung für die Gebührenfähigkeit der BEHG-Zertifikate. Das Abfallgebührenrecht verfolgt u.a., wie auch mittelbar das BEHG, das Ziel Abfälle zu vermeiden bzw. die anfallenden Abfälle zu reduzieren.²²⁰ Allerdings kann die gewünschte Lenkungswirkung zur Abfallvermeidung beim Abfallerzeuger nur dann eintreten, wenn die Kosten der BEHG-Zertifikate tatsächlich bei ihm ankommen. Generell wird aber von den Fachverbänden (z.B. ITAD) und zum Teil in der Literatur²²¹ die Lenkungswirkung aus verschiedenen Gründen stark bezweifelt.

Durch die Weiterberechnung der Zertifikatskosten an den Gebührenschuldner entsteht für den Gebührenschuldner, welcher der Abfallerzeuger ist, ein Anreiz weniger Abfall zu erzeugen. Denn wenn weniger Abfälle anfallen, wird ebenfalls bei der thermischen Verwertung von Abfall weniger Abfall anfallen und dementsprechend müssen weniger Zertifikate erworben werden, was sich wiederum positiv auf die Gebühren auswirkt. Hiermit wird auch das Ziel des BEHG erreicht welches in der Reduktion von CO₂ Emissionen liegt, da weniger Abfallverbrennung auch zu weniger CO₂ führt.

Da viele weitere Faktoren die Abfallmenge beeinflussen wird dieser Lenkungswirkung jedoch, wie bereits aufgeführt, erhebliche Kritik entgegengebracht.²²² So wird zum einen argumentiert, dass die Gebührenerhöhungen zu gering seien, um eine Verhaltenslenkung zu mehr Abfallvermeidung zu erzielen. Auch wird vermutet, dass selbst bei einer Verhaltenslenkung dies dazu führen

²¹⁹ Brüning, in: Driehaus, Kommunalabgabenrecht Kommentar, Stand 2024, § 6 KAG Rn. 197b.

²²⁰ Gruneberg/Reiche/Strausfeld/Treder, in: Müll und Abfall 2024, 462 (464).

²²¹ Frenz/Thärichen, in: Frenz, Klimaschutzrecht Gesamtkommentar, 3. Aufl. 2025, BEHG C Rn. 7.

²²² Frenz/Thärichen, in: Frenz, Klimaschutzrecht Gesamtkommentar, 3. Aufl. 2025, BEHG C Rn. 7.

würde, dass eine Fehllenkung der Abfälle in kostenlose Wertstofftonne stattfinden würde.²²³

(6) Kein Verstoß gegen das Kostendeckungsgebot und Kostenüberschreitungsverbot

Auch das Kostendeckungsgebot und das Kostenüberschreitungsverbot, welche ebenfalls gebührenrechtliche Grundsätze sind, stehen der Ansatzfähigkeit der BEHG-Zertifikate nicht entgegen, solange die Betreiber der Abfallverbrennungsanlage nur so viele Zertifikate erwerben, wie für die Abfallverbrennung notwendig sind.²²⁴

Die Gebührensätze müssen unter Beachtung des Grundsatzes der Kostendeckung sowie des Verbots von Kostenüberschreitungen festgelegt werden.²²⁵ Der Grundsatz der Kostendeckung besagt, wie oben bereits erwähnt, dass die anfallenden Kosten der Einrichtung durch die Gebühren gedeckt werden müssen. Die Kosten dürfen aber nicht überschritten werden. Die Kosten der Zertifikate fallen für den, mit der thermischen Behandlung von Abfällen aufgrund der zwingenden Vorschriften des BEHG verbundenen, Erwerb von Emissions-Zertifikaten an und müssen entsprechend gedeckt werden.

(7) Gleichheitsgrundsatz (BEHG und Wärmeplanungsgesetz)

Auch liegt in der Weitergabe der Zertifikatskosten an den Gebührenschuldner der Abfallgebühren im Rahmen eines Gebührenbescheids kein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz gem. Art. 3 GG.

Die Vergleichsgruppen, anhand derer ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz festgestellt werden könnte, sind hier die Gebührendzahler und die Fernwärmekunden. Diese werden

²²³ Frenz/Thärichen, in: Frenz, Klimaschutzrecht Gesamtkommentar, 3. Aufl. 2025, BEHG C Rn. 7.

²²⁴ Gruneberg/Reiche/Strausfeld/Treder, in Müll und Abfall 2024, 462 (464).

²²⁵ Queitsch, in: Hamacher/Lenz, Kommunalabgabengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen Kommentar, Mai 2024, § 6 KAG, A, Rn. 109; OVG NRW, Urteil vom 27.04.2015 – 9 A 2788/12.

ungleich behandelt, da die Gebührenzahler der Abfallgebühren im Gegensatz zu den Fernwärmekunden des TAB-Betreibers die Zertifikatskosten nach BEHG zahlen.

In dieser Ungleichbehandlung liegt jedoch kein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vor. Der Gleichheitsgrundsatz ist nur dann verletzt, wenn eine Gebührenregelung nicht mehr durch sachliche Gründe zu rechtfertigen ist. Der Satzungsgeber hat hier einen weitestgehenden Gestaltungsspielraum. Diese Grenzen werden aber überschritten, wenn sich kein vernünftiger, aus der Natur der Sache einleuchtender Grund für eine vorgenommene oder unterlassene Differenzierung findet.²²⁶

Zunächst sind die Abfallgebühren und die Entgelte für Fernwärme/Strom schon deshalb differenziert zu betrachten, da es sich einerseits um Benutzungsgebühren nach § 6 KAG NRW für die Nutzung einer öffentlichen Einrichtung und andererseits um Entgelte für Strom und Wärme handelt.

Die Ungleichbehandlung von Fernwärmekunden und Gebührenzahler der Abfallgebühren ist darüber hinaus auch geboten, da die Kosten nach BEHG durch die thermische Abfallverwertung entstehen und nicht durch die Produktion von Fernwärme. Denn der Abfall wird in erster Linie verbrannt, um ihn zu entsorgen und nicht, um Wärme oder Strom zu produzieren.

Abfall ist kein klassischer Brennstoff, sondern er wird zur Abfallentsorgung thermisch verwertet. Die dabei entstehende Wärme für die Fernwärme ist nur ein Nebenprodukt. Abfälle werden nicht als „Brennstoffe“ produziert, um Energie zu erzeugen, sondern fallen bei Produktions- und Konsumtionsprozessen an und müssen ordnungsgemäß und schadlos entsorgt werden. Ein monetär induziertes „Ausweichen“ auf andere, erneuerbare Energieträger kommt damit namentlich für die Betreiber von thermischen Abfallbehandlungsanlagen von vornherein nicht in Betracht.²²⁷

²²⁶ Brüning, in: DrieHaus, Kommunalabgabenrecht Kommentar, Stand 2024, § 6 KAG, Rn. 49a.

²²⁷ Vgl. Frenz/Thärichen, AbfallR 2024, 462 (462 ff.); Ehrmann, AbfallR 2023, 121 (121 ff.).

Die Lenkungswirkung des BEHG zielt, wie bereits erläutert, darauf ab, den CO₂-Ausstoß zu verringern. Dies kann jedoch, wenn überhaupt,²²⁸ nur durch die Weitergabe der Zertifikatskosten an den Abfallerzeuger erreicht werden (in Verbindung mit der Anreiz-Lenkungsfunktion der Gebühren). Erst wenn der Abfallerzeuger weniger (fossilen) Abfall erzeugt, kann der Anlagenbetreiber weniger Abfall verbrennen. In diesem Fall muss er sodann auch weniger Zertifikate erwerben, welche dann nicht mehr dem Gebührenden als Kosten weiterberechnet werden. Der Anlagenbetreiber hat hingegen, wie bereits gezeigt, keinen Einfluss darauf, wie viel und welchen Abfall er verbrennen muss. Würden die Fernwärmekunden die Kosten der Zertifikate weiterberechnet bekommen, würde die Anreiz-Lenkungsfunktion der Abfallgebühren entfallen. Der Abfallerzeuger würde weiterhin im gewohnten Maße Abfall erzeugen.

Ein weiteres Argument für eine gerechtfertigte differenzierte Behandlung von Abfallerzeuger und Fernwärmekunde besteht darin, dass nicht alle Abfallerzeuger auch an der Fernwärme angeschlossen sind. In der Regel sind auch Umlandgemeinden an der TAB angeschlossen, aber nicht an deren Abwärmennutzung. Somit würden die Fernwärmekunden, die sich bereits umweltfreundlich verhalten (Abwärmennutzung), auch für das Fehlverhalten (Abfall produzieren) der nicht angeschlossenen Bürger „bestraft“.

Zudem steht auch der Gesetzeszweck des Wärmeplangesetzes der Weiterleitung der Zertifikatskosten auf die Fernwärmekunden entgegen.

Denn der Fernwärme aus der thermischen Verwertung kommt im Wärmeplangesetz eine andere Wertung zu. In § 3 Abs. 4 Nr. 1 a) des Wärmeplangesetzes wird die Wärme aus der thermischen Abfallbehandlung als unvermeidbare Abwärme eingestuft, welche zu einer treibhausgasneutralen

²²⁸ Bezüglich der Kritik, ob das BEHG sein verfolgtes Ziel im Rahmen der thermischen Abfallverwertung erfüllen kann, sei auch auf die Musterfeststellungsklage der GML (kommunale Abfallverbrennungsanlage in Ludwigshafen) in Zusammenarbeit mit der ITAD gegen das BEHG verwiesen, welche aktuell beim Verwaltungsgericht Berlin rechtshängig ist. Vertiefend auch *Frenz/Thärichen*, in: Frenz, Klimaschutzrecht Gesamtkommentar, 3. Aufl. 2025, BEHG C Rn. 8.

Wärmeversorgung beitragen soll (vgl. § 1 WPG). Anhand der Gegenüberstellung von BEHG und WPG zeigt sich ein erheblicher Wertungswiderspruch der aktuellen Gesetzgebung wie die thermische Abfallentsorgung zu werten ist. Wird sie im BEHG noch als ein grundsätzlich zu überwindendes Entsorgungsverfahren dargestellt, so ist sie im WPG als klimaneutrale Entsorgung eingestuft.²²⁹

Nach § 1 des Wärmeplanungsgesetz ist das Ziel des Gesetzes, einen wesentlichen Beitrag zur Umstellung der Erzeugung von Raumwärme, Warmwasser und Prozesswärme auf erneuerbare Energien, unvermeidbare Abwärme (Abfallverbrennung) oder einer Kombination hieraus zu leisten, um zu einer kosteneffizienten, nachhaltigen, sparsamen, bezahlbaren, resilienten sowie treibhausgasneutralen Wärmeversorgung bis spätestens zum Jahr 2045 beizutragen.

Eine Weitergabe der Zertifikatskosten an die Wärmekunden würde sowohl der, wenn auch kritisierten, Lenkungswirkung des BEHG, als auch dem Sinn und Zweck des Wärmeplanungsgesetzes zuwiderlaufen. Der Abfallerzeuger hätte dann keinen Anreiz, weniger Abfall zu produzieren, wodurch weiterhin ein großer Teil des Abfalls verbrannt werden müsste. Die zur Erreichung der Klimaziele gewollte Fernwärme würde hingegen durch höhere Kosten gebremst.

Dem steht auch nicht entgegen, dass das CO₂-Kostenaufteilungsgesetz im Verhältnis Vermieter-Mieter die Tragung von CO₂-Kosten regelt. Denn die Kosten, die hier geregelt werden, beziehen sich nicht zwangsweise auf Fernwärme aus TAB, sondern regeln die Zertifikatskosten für die gelieferten Brennstoffe im Allgemeinen.

²²⁹ Frenz/Thärichen, in: Frenz, Klimaschutzrecht Gesamtkommentar, 3. Aufl. 2025, BEHG C Rn. 11.

b.) Zwischenergebnis

Da die Emissionszertifikate für die öffentliche Einrichtung der Abfallentsorgung zwingend erworben werden müssen, gehören sie zu den betriebsbedingten und erforderlichen Kosten und sind Kosten im Sinne des betriebswirtschaftlichen Kostenbegriffs. Sie sind daher inkl. aller Nebenkosten gebührenrechtlich bei den Abfallgebühren ansatzfähig.

Die Zertifikatskosten sind nicht mit den Erlösen aus der Energieerzeugung zu verrechnen, da dies der beabsichtigten Lenkungswirkung des BEHG und des WPG entgegensteht.

Die öffentliche Abfallentsorgung ist an das Gebot der Wirtschaftlichkeit gebunden und darf keine ungedeckten Kosten aufweisen. Damit die tatsächlichen Kosten gedeckt werden können, müssen die, durch das BEHG entstehenden, Mehrkosten in die Gebührenkalkulation einfließen.

Auf das Entgelt für in Anspruch genommene fremde Entsorgungsleistungen findet das öffentliche Preisrecht Anwendung. Die BEHG-Umlage hat den Charakter einer Abgabe und ist somit vom Kostenbegriff des öffentlichen Preisrechts erfasst. Im Kommunalabgabenrecht gilt der Grundsatz, dass ein Entgelt, das gemäß den Vorgaben des öffentlichen Preisrechts kalkuliert wurde, in der Gebührenkalkulation in der Regel akzeptiert werden muss.²³⁰

Eine Einschränkung gilt nur mit Blick darauf, dass es sich um vertragsmäßige, betriebsnotwendige Kosten handelt, deren Bemessung nicht zu einem Verstoß gegen das kommunalabgabenrechtliche Äquivalenzprinzip führt.²³¹ Auch Fremdleistungen, die im Rahmen von konsensualen Vertragsanpassungen zwischen öRE und Anlagenbetreiber preislich angepasst wurden, dürften als erforderliche Kosten zu werten sein.

²³⁰ Brüning, in: Drießhaus, Kommunalabgabenrecht, Stand 2025, § 6, Rn. 77, 197b; Brüning, AbfallR 2015, 2 (5 f.); BVerwG, Urteil vom 01.10.1997 – 8 B 209/97, bestätigt OVG Münster, Urteil vom 19.6.1997 – 9 A 652/95; OVG Münster, Urteil vom 01.07.1997 – 9 A 3556/96 und Urteil vom 15.12.1994 – 9 A 2251/93 – NVwZ 1995, 1238 (1240 f.); OVG Lüneburg, Urteil vom 22.01.1999 – 9 L 1803/97 – KStZ 1999, 190; Urteil vom 24.6.1998 – 9 L 2504/96; Urteil vom 17.07.2012 – 9 LB 187/09; DVBl 12, 1255 ff.; VGH Mannheim, Urteil vom 31.05.2010 – 2 S 2423/08.

²³¹ OVG NRW, Urteil vom 15.12.1994 – 9 A 2251/93.

3. Über- Unterdeckung im Gebührenrecht

Bei der Kalkulation der Zertifikatskosten gilt folgendes zu beachten:

Die Gebührenkalkulation ist eine Vorkalkulation für einen zukünftigen Zeitraum. So soll u.a. nach § 6 Abs. 1 Satz 3 KAG NRW das veranschlagte Gebührenaufkommen die voraussichtlichen Kosten decken. Dies fordert eine sachgerechte Prognoseentscheidung. Diese dürfte jedenfalls dann fehlerhaft sein, wenn aufgrund des Kenntnis- und Sachstandes im Prognosezeitpunkt die angesetzten Kosten als unvertretbar gelten.²³²

Ist dies nicht gegeben, ist die Prognose sachgerecht und damit rechtmäßig.²³³

Auch wenn die Prognose sachgerecht war, kann nach Ablauf der Kalkulationsperiode durch einen Vergleich der Soll-Werte in der Gebührenkalkulation (prognostizierte Werte) mit den Ist-Werten der Nachberechnung eine Über- oder Unterdeckung festgestellt werden. Dies gilt insbesondere für die schwer zu kalkulierenden Zertifikatskosten, deren tatsächliche Höhe erst nach der Prognoseentscheidung feststehen, wie dies insbesondere für das Jahr 2027 zu erwarten ist. Über- und Unterdeckungen, die darauf beruhen, dass wie bei den Zertifikatskosten möglicherweise die tatsächlichen von den kalkulierten Kosten abweichen, sind dann auszugleichen, wenn die gesetzlichen Bestimmungen dies vorsehen.

Im Einzelnen gilt für das Beispiel des KAG NRW das Folgende:

Da sich die voraussichtlichen Kosten einer öffentlichen Einrichtung, wie der Abfallentsorgung in einer Gemeinde, nicht exakt veranschlagen lassen, führen die Unabwägbarkeiten jeder Kalkulation regelmäßig zu Kostenüberdeckungen (auch als Überschüsse bezeichnet) und Kostenunterdeckungen (auch als Fehlbeträge oder Defizite bezeichnet).²³⁴ Kostenüberdeckungen treten dann auf, wenn am Ende eines Kalkulationszeitraumes mehr Gebühren erhoben wurden, als für die Deckung der Kosten der öffentlichen Einrichtung, für welche die Benutzungsgebühr erhoben wurde, erforderlich waren. Beim umgekehrten Fall liegt hingegen eine Kostenunterdeckung vor.²³⁵ Zu berücksichtigen ist, dass Über- und Unterdeckungen, die sich bereits

²³² Vgl. hierzu: OVG NRW, Beschluss vom 25.11.2010 – 9 A 94/09.

²³³ Brüning, Kommunale Gebührentage NRW 2025, S. 40.

²³⁴ Brüning, in: Driebehaus, Kommunalabgabenrecht Kommentar, Stand 2025, § 6 A Rn. 101.

²³⁵ Brüning, in: Driebehaus, Kommunalabgabenrecht Kommentar, Stand 2025, § 6 A Rn. 101 ff.

innerhalb eines Kalkulationszeitraumes ausgeglichen haben, hierbei unbeachtlich bleiben.²³⁶

Auch bei den Abfallgebühren wird es durch die schwer zu kalkulierbaren Zertifikatskosten nach BEHG, oder ggf. zukünftig nach TEHG, voraussichtlich zu Kostenüberdeckungen oder Kostenunterdeckungen am Ende eines Kalkulationszeitraumes kommen, soweit die Zertifikatskosten zur Einhaltung des Kostendeckungsprinzips auf die Abfallgebühren gelegt werden. Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn die tatsächlichen Zertifikatskosten deutlich höher ausfallen, als erwartet und die Abfallgebühren zu niedrig kalkuliert wurden, um die Kosten der Zertifikate zu decken. Unbeachtlich ist hierbei, ob es sich direkt um die Zertifikatskosten der Gemeinde handelt, oder diese in dem Entgelten für Fremdleistungen enthalten sind. Auch denkbar wäre, dass die Zertifikatskosten niedriger ausfallen, als erwartet und die Gebühren zu hoch kalkuliert wurden. Letzterer Fall dürfte der deutlich unwahrscheinlichere sein, doch ist dieser nicht auszuschließen, wenn die Gemeinden die Gebühren entsprechend hoch kalkulieren, um eine Unterdeckung der Abfallgebühren zu verhindern.

a.) Ausgleichszeitraum

Solche Kostenüberdeckungen oder Kostenunterdeckungen in den Gebühren sind in einem gesetzlich vorgegebenen Zeitraum auszugleichen, was insoweit eine Ausnahme des Prinzips der Periodengerechtigkeit darstellt.²³⁷

Kostenüberdeckungen oder Kostenunterdeckungen am Ende eines Kalkulationszeitraumes (in der Regel kann dieser, je nach Bundesland und Entscheidung der jeweiligen Gemeinde, zwischen einem bis fünf Jahren liegen) sind nach dem jeweiligen Kommunalabgabengesetz der einzelnen Länder innerhalb einer angemessenen Zeit am Ende des nächsten Kalkulationszeitraumes auszugleichen. In NRW bemisst sich dieser Zeitraum nach § 6 Abs. 4 KAG NRW. Demnach sind Kostenüberdeckungen innerhalb der nächsten vier Jahre nach Ende des

²³⁶ Brüning, in: DrieHaus, Kommunalabgabenrecht Kommentar, Stand 2025, § 6 A Rn. 105a.

²³⁷ Brüning, in: DrieHaus, Kommunalabgabenrecht Kommentar, Stand 2025, § 6 A Rn. 101; Gaßner/Schwind, Müll und Abfall 2023, 724 (724).

Kalkulationszeitraumes auszugleichen. In Bayern muss der Ausgleich innerhalb des nächsten Kalkulationszeitraumes vorliegen vgl. Art. 8 Abs. 6 Kommunalabgabengesetz Bayern, was je nach Kalkulationszeitraum zumeist vier Jahre sind. Sachsen gewährt der Gemeinde wiederum 5 Jahre für den Ausgleich vgl. § 10 Abs. 2 Sächsisches Kommunalabgabengesetz, Thüringen hingegen gemäß § 12 Abs. 6 Kommunalabgabengesetz Thüringen vier Jahre. In den übrigen Bundesländern beträgt der Zeitraum hingegen teils drei Jahre, oder es wird auf einen angemessenen Zeitraum abgestellt.²³⁸

b.) Rechtsfolgen

Bei dem Zeitraum für den Ausgleich handelt es sich um einen Maximalzeitraum. Nach Ablauf dieses Zeitraumes ist der Ausgleich von Unterdeckungen und Überdeckungen ausgeschlossen.²³⁹ In diesem Fall gehen die Kostenunterdeckungen zulasten des allgemeinen Haushalts der Gemeinde.²⁴⁰

Überdeckungen, welche nicht innerhalb dieses Zeitraumes ausgeglichen werden, führen wiederum zu einer Unwirksamkeit der Gebührensatzung im letzten Jahr, indem der Ausgleich hätte erfolgen können. Hierbei wird zugunsten der Gemeinden jedoch eine Fehlertoleranz von 3 % eingeräumt.²⁴¹

Dies bedeutet auch, dass bei entsprechendem Ausgleich eine sachgerechte Kalkulation einen rechtmäßigen Gebührensatz ergibt, auch wenn sich nachträglich herausstellt, dass Kosten tatsächlich anders angefallen sind als im Vorhinein prognostiziert.²⁴² Jedoch darf die Gemeinde nicht bereits im Vorhinein mit Über- oder Unterdeckungen rechnen, sondern muss die Gebühr ordentlich kalkulieren.²⁴³ Die Ausgleichsregelung gilt somit nur für ungewollte Kostenüberdeckungen oder Kostenunterdeckungen.²⁴⁴ Das Einstellen von bewusst fehlerhaften

²³⁸ Vertiefend hierzu: *Brüning*, in: DrieHaus, Kommunalabgabenrecht Kommentar, Stand 2025, § 6 A Rn. 100.

²³⁹ *Queitsch*, in: Hamacher/Lenz, Kommunalabgabengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen Kommentar, 2025, § 6 A Rn. 109.

²⁴⁰ *Queitsch*, in: Hamacher/Lenz, Kommunalabgabengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen Kommentar, 2025, § 6 A Rn. 110.

²⁴¹ *Brüning*, in: DrieHaus, Kommunalabgabenrecht Kommentar, Stand 2025, § 6 A Rn. 105b.

²⁴² *Brüning*, in: DrieHaus, Kommunalabgabenrecht Kommentar, Stand 2025, § 6 A Rn. 105a; vgl. *Gaßner/Schwind*, Müll und Abfall 2023, 724 (724).

²⁴³ *Queitsch*, in: Hamacher/Lenz, Kommunalabgabengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen, Kommentar, 2025, § 6 A Rn. 110.

²⁴⁴ VGH München, Urteil vom 25.02.1998 – 4 B 97.399 – Juris; VG Braunschweig Urteil vom 31.10.2001 – 8 A 522/00- Juris.

Kostenpositionen macht die Kalkulation rechtswidrig.²⁴⁵ Denn bei einer gewollten Kostenüberdeckung liegt ein Verstoß gegen das Kostenüberschreitungsverbot, vor.²⁴⁶ Eine bewusste Kostenüberdeckung ist im Rahmen der Kalkulation der Gebühr rechtswidrig.²⁴⁷

Gerade ab dem Jahr 2027 wird eine genaue Kalkulation der Kosten schwierig, da die Kosten für die Zertifikate sich nur schwer kalkulieren lassen. Aus diesem Grund wird den Gemeinden hier wohl auch ein großzügiger Ermessensspielraum bei der Kalkulation einzuräumen sein. Soweit die Gemeinde die Gebühren nicht willkürlich festsetzt, dürfte sie auf der "sicheren Seite" sein.²⁴⁸ Kein Beurteilungsspielraum hat die Gemeinde hingegen bei der Frage, ob eine Über-/Unterdeckung vorliegt.²⁴⁹ Selbst, wenn es zu Über-/Unterdeckungen kommt, wird im Zweifel davon auszugehen sein, dass diese nicht bewusst kalkuliert wurden, sondern auf die schwer zu kalkulierenden Zertifikatskosten zurückzuführen sind. Denn gerade ab dem Jahr 2027, wenn die Zertifikate ohne Festpreise versteigert werden, kann es dazu kommen, dass diese deutlich höher anfallen, als prognostiziert. In diesem Fall würde es am Ende des Kalkulationszeitraumes zu einer Kostenunterdeckung kommen, welche innerhalb eines vom KAG vorgegebenen Zeitraumes, in NRW z.B. 4 Jahre, ausgeglichen werden soll. Nach diesem Zeitraum würden die Kosten zulasten des allgemeinen Haushalts der Gemeinde gehen.

c.) Zwischenergebnis

Mit Blick auf die Zertifikatskosten ist festzuhalten, dass auch in den Fällen, in denen es aufgrund der schwer zu kalkulierenden Zertifikatskosten zu Über- oder Unterdeckungen der Gebühren kommt, die Abfallgebühren aus diesem Grund nicht rechtswidrig sind, soweit die Gemeinde nicht bewusst mit diesen gerechnet hat. Diese Über-/Unterdeckungen sind im nächsten Kalkulationszeitraum auszugleichen. Hierbei sind die

²⁴⁵ Brüning, in: Driehaus, Kommunalabgabenrecht Kommentar, Stand 2025, § 6 A Rn. 104.

²⁴⁶ Queitsch, in: Hamacher/Lenz, Kommunalabgabengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen Kommentar, 2025, § 6 A Rn. 110.

²⁴⁷ OVG NRW, Beschluss vom 30.10.2001 – 9 A 3331/01 – Juris; Queitsch, in: Hamacher/Lenz KAG NRW Kommentar, Stand 2025, § 6 A Rn. 115.

²⁴⁸ Gaßner/Schwind, Müll und Abfall 2023, 724 (724).

²⁴⁹ Brüning, in: Driehaus, Kommunalabgabenrecht Kommentar, Stand 2025, § 6 A Rn. 105b.

einzelnen Zeiträume des jeweiligen KAG zu berücksichtigen. Andernfalls gehen Unterdeckungen zulasten des allgemeinen Haushalts und Überdeckungen, welche nicht innerhalb dieses Zeitraumes ausgeglichen werden, führen zu einer Unwirksamkeit der Gebührensatzung im letzten Jahr indem der Ausgleich hätte erfolgen können. Hierbei wird den Gemeinden jedoch eine Fehlertoleranz von 3 % eingeräumt.

An dieser Stelle sei auch auf den Anhang zu diesem Gutachten verwiesen, in dem der Ablauf der kommunalen Gebührenplanung im Einzelnen dargestellt wird.

4. Weitere buchungstechnische, bilanzierungs- und handelsrechtliche Fragestellungen bei dem Erwerb von CO₂-Zertifikaten

a.) Steuerrechtliche Besonderheiten bei Erwerb von CO₂-Zertifikaten im Hinblick auf Mehrwertsteuer/Umsatzsteuer

Die Zertifikate unterliegen der Mehrwertsteuer. Dies ergibt sich aus Folgendem:

(1) Grundsatz

Grundsätzlich schuldet der Unternehmer, der eine Leistung ausführt, die darauf entfallende Umsatzsteuer. Diese muss er abführen und in seiner Rechnung ausweisen. Der Leistungsempfänger kann dann, wenn die Voraussetzungen dafür erfüllt sind, den Vorsteuerabzug aus der Rechnung des leistenden Unternehmers geltend machen.

(2) Umkehr der Steuerschuldnerschaft (Reverse-Charge-Verfahren)

Nach § 13b Abs. 2 Nr. 6 UStG kommt es bei der Übertragung bzw. dem Verkauf von Emissionsrechten jedoch zum Wechsel

der Steuerschuldnerschaft (Reverse-Charge-Verfahren).²⁵⁰ Für die Anwendung des Reverse-Charge-Verfahrens nach § 13b Abs. 2 Nr. 6 in Verbindung mit § 13b Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 UStG ist es unerheblich, ob das entsprechende Zertifikat im unternehmerischen (wirtschaftlichen) Bereich der öRE oder im hoheitlichen und damit nichtwirtschaftlichen Bereich der öRE eingesetzt wird. § 13b Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 UStG setzt lediglich voraus, dass der Leistungsempfänger Unternehmer sein muss, ohne dass weitere Bedingungen für den Übergang der Steuerschuldnerschaft aufgestellt werden. Das bestätigt § 13b Abs. 5 Satz 7 UStG überdies, indem er anordnet, dass die Sätze 1 bis 6 des § 13b Abs. 5 UStG auch dann gelten, wenn die Leistung für den nichtunternehmerischen Bereich bezogen wird.²⁵¹

Zu beachten ist dabei:²⁵²

- Verkäufer und Käufer sind Unternehmer im Sinne des Umsatzsteuergesetzes.
- Der Leistungsempfänger (nicht der leistende Unternehmer) schuldet die Umsatzsteuer.
- In der Rechnung des leistenden Unternehmers darf keine Umsatzsteuer ausgewiesen werden.
- In der Rechnung des Leistenden muss ein Hinweis auf die Steuerschuldnerschaft des Leistungsempfängers enthalten sein.
- Der Leistungsempfänger trägt den Umsatz in seiner Umsatzsteuervoranmeldung bzw. Umsatzsteuererklärung als Umsatz ein und kann zeitgleich die Vorsteuer in gleicher Höhe berücksichtigen (per Saldo führt dies also zu einem „Null-Effekt“ in der Umsatzsteuervoranmeldung des Leistungsempfängers).

²⁵⁰ Vgl. auch *Röhrbein/Schneider*: Luther Gutachten zur Anwendung des Reverse-Charge-Verfahrens nach § 13b Abs. 2 Nr. 6 UStG bei dem Erwerb von Emissionszertifikaten durch juristische Personen des öffentlichen Rechts für den hoheitlichen Bereich vom 09.06.2024.

²⁵¹ *Wäger*, in: *Wäger*, UStG, 3. Aufl. 2024, § 13b UStG, Rn. 179; *Sterzinger*, in: *Hidien/Jürgens*, Die Besteuerung der öffentlichen Hand, 2. Aufl. 2023, § 9 Umsatzsteuerrecht, Rn. 945.

²⁵² Vgl. auch *Röhrbein/Schneider*: Luther Gutachten zur Anwendung des Reverse-Charge-Verfahrens nach § 13b Abs. 2 Nr. 6 UStG bei dem Erwerb von Emissionszertifikaten durch juristische Personen des öffentlichen Rechts für den hoheitlichen Bereich vom 09.06.2024.

- Die BEHG-Zertifikate werden von der DEHSt mangels Unternehmereigenschaft der DEHSt umsatzsteuerfrei ausgegeben. Bei der Berechnung der Dienstleistung „thermische Behandlung“ ist jedoch die gesamte Dienstleistung einschließlich der Kosten für die BEHG-Zertifikate umsatzsteuerpflichtig.

b.) Bilanzielle Aspekte bei Emissionsrechten nach TEHG und BEHG

Während im TEHG der Begriff „Emissionsberechtigung“ verwendet wird, spricht das BEHG von „Emissionszertifikat“. Beide Begriffe sind als inhaltlich gleich anzusehen.

Bei der Bilanzierung sind zwei Sachverhalte zu unterscheiden: Der Erwerb der Emissionsrechte selbst und die Abgabe der Emissionsrechte an die zuständigen Behörden. Im Wesentlichen kann hier auf die Stellungnahme des Instituts der Wirtschaftsprüfer (IDW) zur handelsrechtlichen Bilanzierung von Emissionsberechtigungen und des THG-Quotenhandels verwiesen werden, auf welche hier übersichtartig eingegangen wird.²⁵³

(1) Bilanzierung und Bewertung von Emissionsrechten

(a) Grundsatz

Die bilanzielle Behandlung von Emissionsrechten nach dem TEHG und dem BEHG ist weitestgehend gleich. Zu betrachten ist der Ansatz dem Grunde nach, der Höhe nach (Bewertung), der Ausweis und die Erläuterung im Anhang.²⁵⁴

²⁵³ Vgl. Stellungnahme des IDW (Institut der Wirtschaftsprüfer) (ERS FAB 15) vom November 2024, veröffentlicht unter: <https://www.idw.de/idw/idw-verlautbarungen/idw-ers-fab-15-2.html>, zuletzt besucht am 23.07.2025.

²⁵⁴ Vgl. Stellungnahme des IDW (Institut der Wirtschaftsprüfer) (ERS FAB 15) vom November 2024, veröffentlicht unter: <https://www.idw.de/idw/idw-verlautbarungen/idw-ers-fab-15-2.html>, zuletzt besucht am 23.07.2025.

(b) Ansatz

- Bei Emissionsrechten handelt sich um immaterielle Vermögensgegenstände.
- Sie können unentgeltlich (z.B. durch staatliche Zuteilung) oder entgeltlich (z.B. durch Erwerb über eine Börse) erworben werden.
- Ab Zeitpunkt der erstmaligen Eintragung des Emissionsrechts zugunsten des Bilanzierenden besteht die Pflicht zur Bilanzierung bzw. bei Löschung des Emissionsrechts die Pflicht zur Ausbuchung.²⁵⁵

(c) Bewertung im Zeitpunkt des Zugangs (Zugangsbewertung)

- **Unentgeltlicher** Erwerb der Emissionsrechte
 - Wahlrecht: Bewertung zum (vorsichtig geschätzten) Zeitwert oder
 - Nullwert bzw. Erinnerungswert (1,00 €).
- **Entgeltlicher** Erwerb der Emissionsrechte: Bewertung in Höhe der Anschaffungskosten zzgl. Anschaffungsnebenkosten.
- **Folgebewertung** (z. B. am Bilanzstichtag)
 - Grds. Fortführung der Anschaffungskosten, sofern nicht eine Abschreibung auf den niedrigeren beizulegenden Wert (Zeitwert oder Börsenpreis) zu erfolgen hat.
 - Es gilt das strenge Niederstwertprinzip (§ 253 Abs. 4 HGB).

(d) Ausweis

- Bilanz

²⁵⁵ Vgl. Stellungnahme des IDW (Institut der Wirtschaftsprüfer) (ERS FAB 15) vom November 2024, veröffentlicht unter: <https://www.idw.de/idw/idw-verlautbarungen/idw-ers-fab-15-2.html>, zuletzt besucht am 23.07.2025.

- Emissionsrechte stiften nur einen einmaligen Nutzen
- Ausweis im Umlaufvermögen des Bilanzierenden
- Position Vorräte
- Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe (wenn Emissionsrechte für den Prozess der Leistungserbringung erforderlich sind)
- Ansatz der in den Vorräten aktivierten (= betriebsnotwendigen) Zertifikate im betriebsnotwendigen Vermögen (Nr. 44 LSP) konsequent und somit kalkulatorische Zinsen (Nr. 43 LSP) als weitere entstehende Kostenposition möglich
- Waren (wenn Emissionsrechte zum Handel vorgesehen sind)
- Gewinn- und Verlustrechnung
- Verkauf der Emissionsrechte
- Umsatzerlöse (unabhängig davon, ob die Emissionsrechte Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe oder Waren sind)
- Ausbuchung der bilanzierten Emissionsrechte
- Bei Umsatzrealisierung sind die veräußerten Emissionsrechte zeitgleich auszubuchen. Der Aufwand aus der Ausbuchung ist in der Position Materialaufwand unter Aufwendungen für Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffe (wenn Emissionsrechte für den Leistungsprozess erworben wurden)
- Aufwendungen für bezogene Waren (wenn Emissionsrechte zum Handel vorgesehen sind)
- Sonderfall: passiver Sonderposten²⁵⁶
Bei unentgeltlich erworbenen Emissionsrechten kann es erforderlich sein, dass zur Neutralisierung von Gewinnen ein Sonderposten in Höhe der Buchwerte der bilanzierten und noch nicht verbrauchten

²⁵⁶ Vgl. Stellungnahme des IDW (Institut der Wirtschaftsprüfer) (ERS FAB 15) vom November 2024, veröffentlicht unter: <https://www.idw.de/idw/idw-verlautbarungen/idw-ers-fab-15-2.html>, zuletzt besucht am 23.07.2025.

Emissionsrechte gebildet werden muss (i.d.R. bei unterjähriger Berichterstattung)

(2) Bilanzierung und Bewertung der Verpflichtung zur Abgabe von Emissionsrechten

Bis zum 30.09. des Folgejahres müssen Unternehmen für die ausgestoßenen Emissionen des laufenden Jahres die dem Ausstoß entsprechenden Emissionsrechte abgeben.

(a) Ansatz

- Durch die Verpflichtung zur Abgabe der erforderlichen Zahl an Emissionsrechten bis 30.09. des Folgejahres besteht eine Schuld des Bilanzierenden.
- Dafür ist eine Rückstellung (wenn die Anzahl und der Wert der abzugebenden Emissionsrechte nicht feststeht) oder eine
- sonstige Verbindlichkeit (wenn der Wert der Verpflichtung genau feststeht bzw. ermittelbar ist) zu bilden.

(b) Bewertung

- Sofern sowohl unentgeltlich als auch entgeltlich erworbene Emissionsrechte vorhanden sind, wird als Verwendungsfiktion angenommen, dass zunächst die unentgeltlich erworbenen und – soweit erforderlich – anschließend die entgeltlich erworbenen Emissionsrechte abgegeben werden.²⁵⁷
- Die Rückstellungen sind nach den Grundsätzen für Sachleistungsverpflichtungen zu bilden.
- Rückstellungshöhe ermittelt sich aus der Summe der
 - Buchwerte der unentgeltlich zugeteilten Emissionsrechte

²⁵⁷ Vgl. Stellungnahme des IDW (Institut der Wirtschaftsprüfer) (ERS FAB 15) vom November 2024, veröffentlicht unter: <https://www.idw.de/idw/idw-verlautbarungen/idw-ers-fab-15-2.html>, zuletzt besucht am 23.07.2025.

- Buchwerte der entgeltlich erworbenen Emissionsrechte und
- Zeitwerte der noch zu erwerbenden Emissionsrechte (zur Erfüllung der Verpflichtung zur Abgabe ausreichender Emissionsrechte am 30.09. des Folgejahres)
- Bei Emissionsrechten nach dem BEHG stehen bis 2025 und bedingt 2026 Preis und Umfang für die Verpflichtung zur Abgabe Emissionsrechte fest, somit ist auch die Höhe der Verpflichtung bekannt, weil der Preis am Abschlussstichtag vorgegeben ist.

(c) Ausweis

- Bilanz
- Sonstige Rückstellungen oder
- Sonstige Verbindlichkeiten (dürfte eher selten der Fall sein, weil Wert und Abgabeverpflichtung noch nicht genau sind)

(d) Berichtspflichten im Anhang

- im Anhang sind grds. die Bilanzierungs- und Bewertungsmethoden nach § 284 Abs. 2 Nr. 1 HGB auch für Emissionsrechte und Rückstellungen für die Abgabepflicht von Emissionsrechten anzugeben.
- Zeitwert oder Erinnerungswert bei der Bewertung der unentgeltlich erworbenen Emissionsrechte.
- Bei Bewertung mit dem Erinnerungswert: Angabe des Zeitwerts der unentgeltlichen Emissionsrechte.²⁵⁸

5. Haftungsrisiken des Erwerbers der Zertifikate

Der Erwerb der Zertifikate birgt sowohl tendenzielle Haftungsrisiken für die verantwortliche Person, welche mit dem Erwerb beauftragt ist, als auch für den Anlagenbetreiber selbst, welcher die Zertifikate abgeben muss. Diese

²⁵⁸ Vgl. Stellungnahme des IDW (Institut der Wirtschaftsprüfer) (ERS FAB 15) vom November 2024, veröffentlicht unter: <https://www.idw.de/idw/idw-verlautbarungen/idw-ers-fab-15-2.html>, zuletzt besucht am 23.07.2025.

können zum einen in dem Unterlassen des Erwerbs von benötigten Zertifikaten liegen oder auch im Erwerb der Zertifikate zu einem deutlich erhöhten Preis.

Bei unterlassenem Erwerb der Zertifikate und damit einhergehender unterlassener Abgabe besteht die Gefahr, dass die zuständige Behörde gemäß § 21 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 BEHG i.V.m. § 46 Abs. 1 TEHG die Abgabepflicht durchsetzt, indem sie eine Zahlungspflicht festsetzt. In dem Zeitpunkt, in welchem für die Zertifikatskosten noch Festpreise bestehen, kann diese Zahlungspflicht das doppelte des eigentlichen Festpreises für die Zertifikate betragen (vgl. § 21 Abs. 1 Nr. 1 BEHG). Für den Zeitraum nach Wegfall der Festpreise wird auf § 46 Abs. 1 TEHG verwiesen. Hier wird für jedes nicht abgegebene Zertifikat eine Zahlungspflicht von 100 € festgesetzt. Die Zahlungspflicht erhöht sich entsprechend dem Anstieg des europäischen Verbraucherpreisindex für das Berichtsjahr gegenüber dem Bezugsjahr 2012. Insgesamt drohen hier erhebliche Mehrkosten für die Anlagenbetreiber.

Um diese Risiken zu vermeiden, sollte innerhalb des Unternehmens sichergestellt werden, dass der Erwerb der notwendigen Zertifikate durch sorgfältige Organisation geprüft wird.

Ein Regress des Unternehmens gegenüber dem Mitarbeiter, welcher für den Erwerb der Zertifikate zuständig ist, wird im Rahmen des deutschen Arbeitsrechtes außer in Fällen des Vorsatzes und der groben Fahrlässigkeit regelmäßig nicht möglich sein, da hier die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes im Wege der Rechtsfortbildung eine Haftungsquotelung entwickelt hat, welche die Haftung der Mitarbeiter gegenüber dem Arbeitgeber erheblich reduziert.²⁵⁹

Denkbar wäre es daher, einen Dritten mit dem Erwerb der notwendigen Zertifikate zu beauftragen, um diesen in Regress nehmen zu können. Hier muss der Anlagenbetreiber abwägen, ob diese zusätzlichen Kosten für die Drittbeauftragung aufgewendet werden sollen oder dies innerhalb des eigenen Unternehmens geleistet werden kann.

Für den Erwerb von Zertifikaten wird häufig ein eigenes Risikomanagementsystem aufgebaut.

²⁵⁹ Vgl. etwa: BAG, Urteil vom 16.03.1995 – 8 AZR 898/93.

6. Notwendigkeit der Erweiterung von Versicherungspolicen

In Zusammenhang mit den Risiken bei Nichterwerb von Zertifikaten und den bereits dargelegten Haftungsrisiken muss jedes Unternehmen prüfen, inwieweit die derzeit abgeschlossenen Versicherungen solche Schadensfälle abdecken, oder ob diesbezüglich die Police erhöht werden sollte.

In welcher Höhe die Schäden eintreten können, wurde abstrakt dargestellt, ist aber je nach Menge der notwendigen Zertifikate individuell zu prüfen.

Teil 2: Der Betrieb von Carbon Capture Anlagen (CC-Anlagen) aus gemeindewirtschafts- und gebührenrechtlicher Sicht

Im folgenden Abschnitt werden die rechtlichen Aspekte des Betriebs einer CC-Anlage aus gemeindewirtschafts- und gebührenrechtlicher Sicht bewertet.

I. Zulässigkeit des Betriebs einer Carbon Capture Anlage nach Bundes-Immissionsschutzgesetz und Kohlendioxid-Speicherungsgesetz

Der Betrieb von CC-Anlagen dient bei TAB dem Zweck, CO₂ (ca. 10 Vol.-%) aus dem Rauchgas der TAB abzuscheiden. Die theoretische Möglichkeit CO₂ aus der Atmosphäre zu entziehen, welches nicht von der TAB ausgestoßen wird, ist nicht Gegenstand dieser Betrachtung. Es werden sowohl die biogen- als auch die fossilstämmigen CO₂ Moleküle abgeschieden. Über Bilanzierungs- bzw. Analyseverfahren kann dann der klimarelevante Anteil bestimmt werden. Das CO₂ kann in weiteren Anlagen zu Produkten aufbereitet werden (eFuels, Grundstoffe für die Chemie) oder direkt verwendet werden (Begasung von Gewächshäusern). Darüber hinaus kann das CO₂ in geeigneten Gesteinsschichten gespeichert werden. Je nach Art (biogen/fossil) und Verwendung (Nutzung/Speicherung) soll das CO₂ zukünftig unterschiedlich bewertet werden. Hierzu liegen jedoch noch keine abschließenden politischen Vorgaben vor und somit existiert auch noch kein „CO₂-Recht“.

Die Zulässigkeit einer solchen Abscheidungsanlage bemisst sich unter anderem nach den Voraussetzungen des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (BImSchG). So sind sie nach Nr. 10.4. des 1. Anhangs zur 4. Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (4. BImSchV) genehmigungsbedürftig. Soweit bereits bestehende Abfallbehandlungsanlagen mit einer CC-Anlage nachgerüstet werden, bedarf es einer Genehmigung nach § 16 BImSchG.²⁶⁰

Der Transport und die Speicherung (CCS) bzw. deren Nutzung (CCU) von abgeschiedenem CO₂ richten sich ferner nach dem Kohlendioxid-Speicherungsgesetz (KSpG), welches allerdings keine neue CO₂-Speicherung zulässt.²⁶¹ Die Bundesregierung hat jedoch am 06.08.2025 den Gesetzentwurf zur Änderung des Kohlendioxid-Speicherung-und-Transport-Gesetz (KSpTG) beschlossen. Dieser soll die

²⁶⁰ Kindler/Boennen, KlimR 2024, 71 (74) m.w.N.

²⁶¹ Erprobungs- und Demonstrationsprojekte konnten nur bis zum 31.12.2016 beantragt werden. Zu beachten ist ferner, dass die Bundesländer Niedersachsen, Mecklenburg-Vorpommern, Schleswig-Holstein von der Möglichkeit des § 2 Abs. 5 KSpG Gebrauch gemacht haben und eine Speicherung dort unzulässig ist.

Abscheidung und Speicherung von Kohlenstoffdioxid (CO₂) ermöglichen – und anders als bisher, nicht nur zu Forschungszwecken, sondern auch in größerem Maßstab. Der Gesetzesentwurf wurde vom deutschen Bundestag am 06.11.2025 beschlossen.²⁶² Das Gesetz ist am 28.11.2025 in Kraft getreten.

II. Handel mit Negativ-Emissions-Zertifikaten

Mit dem Betrieb einer CC-Anlage zusammenhängend ist der Handel mit Negativ-Emissions-Zertifikaten, welcher bisher noch keine Rechtsgrundlage hat.

Der Rechtsrahmen für den Handel mit Negativ-Zertifikaten ist derzeit noch offen. Gemäß Art. 30 Abs. 5 lit. a EHS-RL hat die Kommission bis Mitte 2026 deren Berücksichtigung im EU-EHS näher zu prüfen.²⁶³ Eine Verordnung zur Zertifizierung von Kohlenstoffentnahmen ist allerdings bereits am 27. November 2024 in Kraft getreten.²⁶⁴

Der Handel mit negativen Zertifikaten würde ähnlich wie der bestehende Emissionshandel funktionieren:

- Unternehmen, die CO₂ binden, könnten negative Emissionszertifikate generieren.
- Diese Zertifikate könnten dann wiederum verkauft werden.

III. Gemeindewirtschaftsrechtliche Zulässigkeit des Betriebs einer Carbon Capture Anlage und des Handels mit Negativ-Emissions-Zertifikaten

Der Betrieb einer CC-Anlage und der damit zusammenhängende Handel mit Negativ-Emissionszertifikaten muss darüber hinaus gemeindewirtschaftsrechtlich zulässig sein. Dies bemisst sich wie bereits der Erwerb von CO₂-Zertifikaten nach den jeweiligen Gemeindeordnungen der Länder und soll hier exemplarisch an der Gemeindeordnung NRW bewertet werden.

²⁶² Vgl. Plenarprotokoll 21737, S. 4160, veröffentlicht unter: <https://dserver.bundestag.de/btp/21/21037.pdf>, zuletzt besucht am 30.05.2025.

²⁶³ *Steuer*, in: ZEuP 2024, 284 (303).

²⁶⁴ Verordnung zur Schaffung eines Unionsrahmens für die Zertifizierung von dauerhaften CO₂-Entnahmen, kohlenstoffspeichernden Landbewirtschaftung und der CO₂-Speicherung in Produkten.

Nach der GO NRW ist insbesondere § 107 GO NRW maßgeblich für die Beurteilung der gemeindewirtschaftsrechtlichen Zulässigkeit.

1. Betrieb einer CC-Anlage und Handel mit Negativ-Emissions-Zertifikaten als Bankgeschäfte oder Finanzprodukte

Bei einem mit dem Betrieb einer CC-Anlage einhergehenden Handel mit Negativ-Emissions-Zertifikaten handelt es nicht um, für die Gemeinden nach § 107 Abs. 6 GO NRW unzulässige Bankengeschäfte, da der Handel mit den Zertifikaten nicht den Tätigkeiten der in § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1-12 KWG aufgeführten Art entspricht. Insoweit wird auf das hierzu bereits Ausgeführte verwiesen.

Auch wenn es sich hierbei um Finanzprodukte handelt, steht dies der gemeindewirtschaftsrechtlichen Zulässigkeit nicht entgegen. Auch insoweit wird auf das hierzu Ausgeführte verwiesen.

2. Handel mit Negativ-Emissions-Zertifikaten als nichtwirtschaftliche Betätigung nach § 107 Abs. 1 GO NRW

Der Betrieb einer CC-Anlage und der Handel mit Negativ-Emissions-Zertifikaten, kann mit guten Argumenten als privilegierte nichtwirtschaftliche Betätigung gewertet werden, da für den Betrieb einer TAB eine CC-Anlage zukünftig, wie bereits aufgezeigt, enorme Bedeutung haben wird.

Gemäß § 107 Abs. 2 Nr. 4 GO NRW ist der Betrieb einer Anlage der Abfallentsorgung eine privilegierte nicht wirtschaftliche Betätigung und als solche gemeindewirtschaftsrechtlich zulässig.²⁶⁵ Abfallentsorgung meint in diesem Zusammenhang die kommunale Aufgabe der Abfallentsorgung, mithin alle Elemente des Abfallbegriffs des KrWG, soweit diese der Daseinsvorsorge dienen und damit eine kommunale Aufgabe sind. Umfasst ist hierbei die kommunale Aufgabe der Abfallentsorgung.²⁶⁶ Umfasst ist die Verwertung als auch die Entsorgung von Abfällen nach Maßgabe des KrWG.²⁶⁷

²⁶⁵ Wellmann: in Rehn/Cronauge, GO NRW Kommentar, Stand 2025, § 107 Rn. 114.

²⁶⁶ Held/Kotzea/Görisch, GO NRW, Pdk NW B-1, 25. Fssg. 2025, § 107 Rn. 24.

²⁶⁷ Wellmann: in Rehn/Cronauge, GO NRW Kommentar, Stand 2025, § 107 Rn. 113 ff.

a.) CC-Anlage als Bestandteil der Abfallentsorgung

Der Betrieb einer CC- Anlage steht, mit guten Argumenten, mit dem Betrieb einer Anlage für die Abfallentsorgung in einem engen Zusammenhang, sodass die CC-Anlage als Bestandteil des Betriebs einer Abfallentsorgungsanlage zu sehen ist.

Auch wenn der Betrieb einer CC-Anlage im Rahmen der thermischen Abfallverwertung derzeit noch nicht gesetzlich vorgeschrieben ist um eine ordnungsgemäße und schadlose Abfallverwertung gemäß § 7 Abs. 2 KrWG sicherzustellen, unterstützt der Betrieb einer CC-Anlage jedoch eine schadstoffärmere Verwertung und dient somit einer Abfallentsorgungsanlage und kann daher unter die, in allen Bundesländern, privilegierte Tätigkeit der Abfallentsorgung subsumiert werden.

Die thermische Entsorgung von Abfällen im Rahmen der Abfallentsorgung muss gemäß § 7 KrWG ordnungsgemäß und schadlos erfolgen.²⁶⁸ Gemäß der Legaldefinitionen des § 7 Abs. 3, Sätze 1 und 2 KrWG, erfolgt die Verwertung ordnungsgemäß, „*wenn sie im Einklang mit den Vorschriften dieses Gesetzes und anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften steht*“.

Eine TAB kann auch ohne eine CC-Anlage betrieben werden. Denn die schadlose Abfallverwertung kann derzeit auch ohne eine CC-Anlage durchgeführt werden, da diese andernfalls nicht nach dem Bundesemissionsschutzgesetz (BlmschG) genehmigt werden könnte. Es ist jedoch mit Blick auf die geplante Klimaneutralität und mit Blick auf die Änderung des KSpTG ersichtlich, dass der Betrieb von CC-Anlagen, auch wenn diese nicht verpflichtend sind, zumindest einer schadstoffärmeren Entsorgung dienen soll, die über den Anforderungen nach dem BlmschG liegt.

Selbst wenn derzeit für den schadlosen Betrieb einer TAB der Betrieb einer CC-Anlage nicht gesetzlich vorgeschrieben ist, kann eine CC-

²⁶⁸ *Frische*, in: Schmehl/Klement, GK-KrWG Kommentar, 2. Aufl., § 7 KrWG Rn. 42; *Kopp-Assenmacher*, in: Kopp-Assenmacher, KrWG, 2014, § 7 Rn. 18.

Anlage die Anforderungen an eine möglichst schadstoffarme Abfallentsorgung unterstützen.

Der Betrieb einer CC-Anlage steht im Einklang mit dem Klimaschutzgesetz (KSG) und den darin verankerten Klimaschutzzielen. Nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 KSG sollen die Treibhausemissionen bis zum Jahr 2030 um mindestens 65 % im Vergleich zum Jahr 1990 gemindert werden. Die öffentliche Hand wird in Abschnitt 5 des KSG auch in der Novellierung²⁶⁹ besonders in die Pflicht genommen, eine Vorbildrolle im Klimaschutz zu übernehmen. Dies kommt in § 13 Abs. 1 besonders zum Tragen, indem Träger öffentlicher Aufgaben zur Berücksichtigung der Klimaschutzziele bei Planungen und Entscheidungen zu berücksichtigen haben (Berücksichtigungsgebot).²⁷⁰ Da die CO₂-Abscheidung maßgeblich zur Reduktion von Treibhausgasen beitragen soll, stellt sie eine effiziente Maßnahme zur Erreichung der Klimaziele dar, denn ohne CC-Anlagen wird das Ziel von Netto Nullemissionen wohl nicht erreichbar sein.²⁷¹ Deswegen dient die CO₂-Abscheidung einer ordnungsgemäßen Verwertung von thermisch zu behandelndem Abfall, indem sie zur Treibhausgasreduktion beiträgt. In den Berichten des Weltklimarates (IPCC) heißt es ferner, dass der Einsatz der CO₂-Entnahme zum Ausgleich schwer zu verringernder Restemissionen unumgebar ist, wenn CO₂- bzw. Treibhausgasneutralität erreicht werden soll.²⁷²

Die Verwertung erfolgt nach § 7 Abs. 3 Satz 3 KrWG schadlos, wenn nach der Beschaffenheit der Abfälle, dem Ausmaß der Verunreinigung und der Art der Verwertung Beeinträchtigungen des Wohls der Allgemeinheit nicht zu erwarten sind, insbesondere keine Schadstoffanreicherung im Wertstoffkreislauf erfolgt.²⁷³ Insofern ist ein „ökologischer Folgenvergleich“ anzustellen.²⁷⁴ Zu berücksichtigen sind die in § 6 Abs. 2 Satz 2 und 3 KrWG beispielhaft und nicht abschließend genannten Kriterien. Danach sind die zu erwartenden Emissionen gemäß § 6

²⁶⁹ Die zweite Änderung des Klimaschutzgesetzes trat am 15.07.2024 in Kraft.

²⁷⁰ *Baumann/Thimet*, Gemeindewirtschaft 2025, 38 (38).

²⁷¹ Vgl. etwa *Wagner*, Müll und Abfall 2025, 140 (145); wohl auch: *Frenz*, Müll und Abfall 2025, 157 (158); *Frenz/Thärichen*, in: *Frenz*, Klimaschutzrecht Gesamtkommentar, 3. Aufl. 2025, BEHG C Rn. 11.

²⁷² Erwägungsgrund (2) Verordnung (EU) 2024/3012.

²⁷³ *Frische*, in: *Schmehl/Klement*, GK-KrWG Kommentar, 2. Aufl., § 7 KrWG Rn. 47.

²⁷⁴ *Kopp-Assenmacher*, in: *Kopp-Assenmacher*, KrWG, 2014, § 7 Rn. 20.

Abs. 2 Nr. 1 KrWG zu berücksichtigen, sodass eine gesetzliche Minimierungspflicht besteht.²⁷⁵

Der Betrieb einer CC-Anlage, wenn auch nicht gesetzlich gefordert, unterstützt eine schadstoffärmere Verwertung im Rahmen der thermischen Verwertung von Abfall im Sinne des KrWG und steht im Einklang mit dem KSG und dem KSpTG.

Auch der mit der CC-Anlage verbundene Handel mit Negativ-Emissionszertifikaten kann, mit guten Argumenten, als privilegierte Tätigkeit gemäß § 107 Abs. 2 Nr. 4 GO NRW gesehen werden, und somit gemeindewirtschaftsrechtlich zulässig sein.

Der Handel mit Negativ-Emissionszertifikaten steht mit dem Betrieb einer CC-Anlage und dem Betrieb einer TAB als Anlage für die Abfallentsorgung in direkter Verbindung.

Zum einen können durch den Handel mit Negativ-Emissionszertifikaten die Kosten für Zertifikate nach BEHG gesenkt werden, was dem Betrieb einer TAB zugutekommt. Doch auch über die Abscheidung des biogenen Anteils der derzeit ca. 50 % ausmacht und für welchen keine Zertifikate nach BEHG erworben werden müssen, dient der Handel mit negativen Emissionszertifikaten dem Betrieb einer TAB als Anlage der Abfallentsorgung.

Denn der Handel mit Negativ-Emissionszertifikaten dient dazu die CC-Anlage wirtschaftlich umsetzen zu können und ist daher im direkten Zusammenhang mit der Aufgabe des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers, der schadstoffarmen Entsorgung im Rahmen des Klimaschutzes, wie dieses bereits oben angesprochen wurde, zu sehen.

Auch in der Vergangenheit wurden Maßnahmen, welche dem Klimaschutz dienten und einen direkten Bezug zu einer TAB hatten als zulässig erachtet.

²⁷⁵ Reese, in: Jarass/Petersen/Reese, 2. Aufl. 2022, KrWG § 6 Rn. 33 ff.

Beispielhaft kann hier die Ausstattung von TAB mit Gasreinigungssystemen für die ausgestoßenen Emissionen herangezogen werden, welche in den 90er Jahren verpflichtend wurden. Hier gilt es jedoch, gerade mit dem Blick auf eine Finanzierung solcher Maßnahmen über Abfallgebühren, zwischen gesetzlichen Pflichten und freiwilligen Maßnahmen für den Klimaschutz zu unterscheiden. Denn die Gasreinigungssysteme waren im Rahmen der 17. Bundesemissionsschutzverordnung im Jahre 1991 für die Betreiber von Anlagen verpflichtende Rechtslage. Bei dem Betrieb von CC-Anlagen und insbesondere dem Handel mit Negativ-Emissionszertifikaten wird man derzeit von freiwilligen Maßnahmen sprechen müssen. Insoweit ist ein Vergleich mit den gesetzlichen Pflichten, um die Jahrtausendwende nur bedingt heranzuziehen.

Darüber hinaus sind die CO₂-Emissionen aus der thermischen Abfallbehandlung als unvermeidbare Restemissionen qualifiziert worden, weshalb gerade hier CC-Anlagen zur Anwendung kommen sollen.²⁷⁶ Dies spricht ebenfalls dafür, dass der Betrieb einer CC-Anlage dem Betrieb einer Abfallbehandlungsanlage zuzuordnen ist und entsprechend gemeindewirtschaftsrechtlich zulässig ist.

b.) Kapazitätsauslastende Annextätigkeit

Darüber hinaus besteht das Argument einer Kapazitätsauslastung der CC-Anlage. Auch der biogene Anteil der Emissionen der TAB darf durch den Betrieb einer CC-Anlage herausgefiltert werden.

Vor dem Hintergrund, dass nach dem BEHG nur Zertifikate für CO₂ aus dem fossilen Anteil der Abfälle erworben werden müssen, könnte argumentiert werden, dass auch die CC-Anlagen nur für die Bindung CO₂ aus fossilen Abfällen zulässig sei. Doch selbst wenn solche Argumente zukünftig vertreten werden sollten, steht dies der gemeindewirtschaftsrechtlichen Zulässigkeit nicht entgegen.

Denn eine CC-Anlage welche nur die fossilen Emissionen der TAB behandeln würde, wäre weder wirtschaftlich, noch wäre eine solche

²⁷⁶ Frenz/Thärichen, in: Frenz Klimaschutzrecht, 3. Aufl. 2025, BEHG C Rn. 11; BT Drs. 20/11585.

Maßnahme technisch möglich. Aus diesem Grund kann eine CC-Anlage errichtet werden, um wirtschaftlich agieren zu können. Denn es ist anerkannt, dass die Nutzung freier, vorhandener und durch einen öffentlichen Zweck in legitimer Weise geschaffener Ressourcen und Kapazitäten, auch nach kommunalwirtschaftsrechtlichen Grundsätzen, rechtmäßig und geboten ist, um die öffentliche Einrichtung möglichst kostengünstig betreiben zu können.²⁷⁷ Es dürfen hierfür jedoch keine neuen Kapazitäten geschaffen werden. Lediglich die zur Wahrnehmung der eigenen kommunalen Aufgaben bestehenden Kapazitäten dürfen ausgelastet werden.

Dem steht hier entgegen, dass bei genauer Betrachtung die CC-Anlage zunächst errichtet werden muss, ehe freie Kapazitäten entstehen können. Jedoch ist es keine beabsichtigte Folge biogenen CO₂ Emissionen einfangen zu können, sondern der derzeit technischen Durchführbarkeit geschuldet.

In diesem, kapazitätsauslastenden Rahmen kann der Betrieb einer CC-Anlage und der Handel mit Emissionszertifikaten möglich sein. Dies umfasst auch den biogenen Anteil an Emissionen. Da die CC-Anlage aus technischen Gründen zwischen biogenem und fossilem Anteil nicht trennt, bedarf es einer Anlage, welche beide Emissionen filtert. Hierbei werden keine zusätzlichen Kapazitäten geschaffen. Die biogenen Emissionen werden vielmehr durch die CC-Anlage mitgefiltert. Insoweit kann auch auf das bereits Ausgeführte zum Energiehandel als verbundenes Hilfsgeschäft nach § 107a Abs. 2 GO NRW verwiesen werden.

3. Betrieb einer CC-Anlage und der Handel mit Negativ-Emissions-Zertifikaten als wirtschaftliche Betätigung nach § 107 Abs. 1 GO NRW

Der Betrieb einer CC-Anlage sowie der Handel von Negativ-Emissions-Zertifikaten im Rahmen des Betriebs einer TAB-Anlage kann alternativ auch als zulässige wirtschaftliche Betätigung gemeindewirtschaftsrechtlich zulässig sein (gemäß § 107 Abs. 1 GO NRW), da er durch den öffentlichen Zweck des Umweltschutzes gerechtfertigt sein kann.

²⁷⁷ So auch zu verstehen: BVerwGE 82, 29 (34); OVG Münster, NVwZ 2008, 1031 (1036); OVG Koblenz, ZuR 2006, 320 (321); OLG Celle, NZBau 2001, 648; Krämer, LKV 2016, 348 (348 ff.); Wellmann, in: Rehn/Cronauge/von Lennep/Knirsch, Gemeindeordnung NRW Kommentar, Stand 2024, § 107 GO, II. 5; OVG NRW, Beschluss vom 01.04.2008 – 15 B 122/08.

Da es weder eine gefestigte Rechtsprechung noch eine herrschende Meinung in der Literatur gibt, ist der Fall auch unter der Annahme zu prüfen, dass keine gemeindewirtschaftsrechtliche Privilegierung zugunsten des Betriebs einer CC-Anlage und des Handels mit Negativ-Emissions-Zertifikaten besteht. In diesem Fall muss die wirtschaftliche Betätigung, insbesondere durch einen „öffentlichen Zweck“ gemäß § 107 Abs. 1 GO NRW gerechtfertigt sein.²⁷⁸

Der Begriff des öffentlichen Zwecks ist weit gefasst. Unter „öffentlicher Zweck“ kann zunächst jeder im Aufgabenbereich der Kommune liegende Gemeinwohlbelang mit Ausnahme der alleinigen Gewinnerzielung subsumiert werden.²⁷⁹ Es kommt jedoch hierbei immer auf die konkreten Umstände an. Maßgebend ist die Zielsetzung, dass der öffentliche Zweck den Betrieb erfordert. Grundlegend ist, dass ein Gemeinwohlbezug besteht und ob er zum Beispiel den Einwohnern mindestens indirekt zugutekommt. Ein solcher Gemeinwohlbezug kann hier angenommen werden. Das Selbstverwaltungsrecht aus Art. 28 Abs. 2 GG erlaubt es den Kommunen, alle Angelegenheiten zu regeln, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder zu ihr einen spezifischen Bezug haben. Auch Maßnahmen im Bereich des Klimaschutzes und der Klimaanpassung können zu diesen Angelegenheiten zählen. Die Begründung zu dem Entwurf des KSG NRW geht sogar davon aus, dass die Kommunen im Rahmen der Selbstverwaltung auf die Minderung der Treibhausgase hinwirken und damit ihrer in § 5 Abs. 1 KSG NRW festgeschriebenen Vorbildfunktion in eigener Verantwortung nachkommen.²⁸⁰ Klimaschutz kann somit durchaus als freiwillige Aufgabe einer Gemeinde angesehen werden.²⁸¹ Sei unterstellt, die CC-Anlagen dienen dem Klimaschutz, so kann der Betrieb einer CC-Anlage dem öffentlichen Zweck des Klimaschutzes dienen.

²⁷⁸ Cronaue, Kommunale Unternehmen, 6. Aufl. 2015, Rn. 399.

²⁷⁹ Wellmann, in: Rehn/Cronaue/von Lennep/Knirsch, Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalen, § 107, III. 1.; Bätge, KommJur 2020, 365 (365).

²⁸⁰ Gesetzesentwurf der Landesregierung, LT-Drs. 17/12976, S. 19; Parlamentarischer Beratungs- und Gutachterdienst des Landtags Nordrhein-Westfalen Information 18/143, S. 24 ff.

²⁸¹ VG Köln, Urteil vom 10.06.2014 – 14 K 502/13; vgl. auch Queitsch, AbfallR 2021, 185 (189); Quandt, AbfallR 2023, 150 (150); Dieckmann/Reese in: Koch/Hofmann/Reese, Handbuch Umweltrecht, 2024, § 8 KrWG, Rn. 176 ff.; Thärichen/Neubauer, AbfallR 2021, 2 (14); Witte/Wagner, in: Wurzel/Schrammel/Gaß, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 4. Aufl. 2021, Rn. 251 ff.; Scheller/Raffer, Der Gemeindehaushalt 2022, 97 (103); Diemert, Der Gemeindehaushalt 2022, 103 (106); Hasenkamp, Vortrag: Umsetzung des Green Deal und der europäischen Abfallwirtschaftsstrategie aus kommunaler Sicht – Was bedeutet die Circular Economy für die kommunalen Entsorger? Aktuelle Entwicklungen in der Kommunalwirtschaft, Tagungsveranstaltung 07. November 2024 in Köln.

Der Handel mit Negativ-Emissions-Zertifikaten dient dem öffentlichen Zweck des Klimaschutzes, welcher wie aufgezeigt auch Aufgabe der Gemeinde ist und konkreten Gemeinwohlbezug hat, da dieser die Bürger vor Ort direkt betrifft. Denn durch die Erweiterung von CC-Anlagen im Rahmen des Handels wird die Reduktion von Treibhausgasen vorangetrieben. Die Notwendigkeit der Treibhaus-Reduktion wurde in Deutschland mit Beschluss des Bundesverfassungsgerichts besonders hervorgehoben.²⁸²

4. Änderung des Gesellschaftsvertrages bei Betrieb einer CC-Anlage

Eine Änderung des Gesellschaftsvertrages wird in der Regel nicht notwendig sein, um eine CC-Anlage zu betreiben, soweit diese lediglich der schadlosen Entsorgung von Abfällen und damit ohnehin dem bereits bestehenden Unternehmenszweck des Betreibers einer TAB-Anlage dient, welcher in der schadlosen Abfallentsorgung liegt.

5. Zwischenergebnis

Der Betrieb einer CC-Anlage und der damit zusammenhängende Handel mit Negativ-Emissions-Zertifikaten ist mit guten Argumenten gemäß § 107 Abs. 2 Nr. 4 GO NRW gemeindewirtschaftsrechtlich zulässig. Alternativ sprechen auch gute Argumente für die Zulässigkeit einer wirtschaftlichen Betätigung gemäß § 107 Abs. 1 GO NRW.

IV. Ansatzfähigkeit der Kosten für den Betrieb von CC-Anlagen bei den Abfallgebühren

Inwieweit die Kosten für den Betrieb von CC-Anlagen bei den Abfallgebühren angesetzt werden können, richtet sich ebenso wie der Erwerb der Zertifikate nach den Vorschriften des jeweiligen Kommunalabgabengesetzes der Länder und den jeweiligen landesabfallrechtlichen Gesetzen der Länder.

Zunächst bleibt klarzustellen, dass die Frage der Gebührenfähigkeit der Kosten für den Betrieb einer CC-Anlage losgelöst von der Frage ist, ob die Kosten einer CC-Anlage über den allgemeinen Haushalt einer Gemeinde finanziert werden können.

²⁸² BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021 – BvR 2656/18, BvR 96/20.

Hier wird nur dargelegt, unter welchen Voraussetzungen die Kosten für den Betrieb einer CC-Anlage bei den Benutzungsgebühren angesetzt werden können.²⁸³

Der Betrieb einer CC-Anlage ist als Bestandteil der thermischen Abfallbehandlungsanlage der öffentlichen Einrichtung der Abfallentsorgung zuzurechnen und als betriebsbedingter Kostenfaktor bei den Benutzungsgebühren ansatzfähig.

Kritisch zu sehen ist allerdings, ob die Kosten für die Errichtung und den Betrieb einer CC-Anlage auch erforderlich sind. Dies ist eine Entscheidung des Einzelfalls. Hierbei ist eine umfassende Ermessensentscheidung des öRE vorzunehmen.

Folgende Argumente können dabei Berücksichtigung finden.

Anlehnend an die gebührenrechtliche Rechtsprechung u. a. zur Erforderlichkeit im Hinblick auf die Privatisierung gemeindlicher Aufgaben²⁸⁴ sowie zur Überkapazität von Müllverbrennungsanlagen²⁸⁵ ist zunächst im Wege einer umfassend vorzunehmenden Prognose zu untersuchen, wie sich die Errichtung und der Betrieb von CC-Anlagen mittel- und langfristig auf die Benutzungsgebühr auswirkt. So ist der Grundsatz der Erforderlichkeit jedenfalls nicht verletzt, wenn etwaige Mehrkosten neutralisiert werden oder der Betrieb der CC-Anlage gar zu einer Kostensenkung führt.²⁸⁶ In diesen Fällen wird der Benutzer der öffentlichen Einrichtung nicht mit überflüssigen und übermäßigen Kosten belastet.²⁸⁷

Im Rahmen der Prüfung, ob der Betrieb einer CC-Anlage zu einer Kostenneutralität oder Kostensenkung führt, dürften auch die ersparten Aufwendungen für den Erwerb der CO₂-Zertifikate Berücksichtigung finden.

So ist derzeit davon auszugehen, dass die Kosten für die Zertifikate nach BEHG durch den Einsatz der CC-Anlage gesenkt oder ggf. gar vermieden werden können.

Ob dies allein allerdings zu einer Kostenneutralität oder gar -senkung führt, dürfte fraglich sein. So muss im Rahmen einer umfassenden Wirtschaftlichkeitsprüfung auch Berücksichtigung finden, dass die CC-Anlagen, wie im Sachverhalt dargelegt,

²⁸³ In NRW etwa nach § 6 KAG NRW.

²⁸⁴ Vertiefend: *Brüning*, KStZ 2010, 21 (25); OVG Lüneburg, Urteil vom 11.05.2000 – 9 L 5646/98; *Brüning*, in: Driehaus, Kommunalabgabenrecht Kommentar, Stand 2025, § 6 Rn. 72a; VG Düsseldorf, Urteil vom 27.02.2018 – 5 K 15795/16; VG Kassel, Urteil vom 27.03.2017 – 6 K 1347/12.KS; *Vetter*, in: Christ/Oebbecke, Handbuch Kommunalabgabenrecht, 1. Aufl. 2016, Kapitel D, Rn. 335.

²⁸⁵ VG Düsseldorf, Urteil vom 24. März 2021 – 16 K 13768/17.

²⁸⁶ BVerwG, Beschluss vom 23.11.1998 – 8 B 173.98.

²⁸⁷ Vgl. hierzu *Bleicher/Queitsch/Wilden-Beck*, Abfallrecht, 3. Aufl. 2024, S. 302.

sowohl den fossilen als auch den biogenen Anteil abscheidet. Die Zertifikate nach BEHG sind demgegenüber nur für den fossilen Anteil des thermisch zu verwerten- den Abfalls abzugeben.

Ob eine Kostenneutralität oder -senkung durch einen möglichen Handel mit Negativzertifikaten für den biogenen Anteil erreicht werden kann, ist eine Frage des Einzelfalls. Hier gilt zu berücksichtigen, dass die rechtlichen Voraussetzungen für den Handel mit Negativemissionszertifikaten derzeit noch nicht geklärt sind.

Führt die aufzustellende Kostenprognose allerdings dazu, dass die Errichtung und der Betrieb von CC-Anlagen zu Mehrkosten führen wird, so muss untersucht werden, ob der Betrieb dieser CC-Anlagen zur sachgerechten Aufgabenbewältigung notwendig ist.²⁸⁸ So ist der gebührenfähige Kostenaufwand zu Gunsten des Gebührenschuldners auf das nach Lage der Dinge Erforderliche zu beschränken.²⁸⁹

Allein vor diesem Hintergrund dürfte die gebührenfinanzierte Errichtung und der Betrieb einer CC-Anlage durchaus kritisch zu sehen sein. So kann die Erfüllung der ordnungsgemäßen Abfallentsorgung nach den §§ 17, 20 KrWG sowie den jeweiligen landesrechtlichen Bestimmungen, jedenfalls derzeit, auch ohne eine solche Anlage betrieben werden.²⁹⁰

Bei der Wahrnehmung der Aufgabe der öffentlichen Abfallentsorgung muss der öRE allerdings nicht nur die abfallrechtlichen Vorschriften, sondern die gesamte Rechtsordnung zugrunde legen. In diesem Zusammenhang dürfte den einzelnen Klimaschutzgesetzen der Länder, wie z. B. dem KlimaschutzG NRW sowie dem Klimaanpassungsgesetz NRW oder KlimaG BW, eine besondere Rolle zukommen. Diese sehen u. a. eine Vorbildfunktion der öffentlichen Hand bezogen auf den Klimaschutz vor. Hieraus kann, je nach landesrechtlicher Ausprägung, auch eine Aufgabe der öRE abgeleitet werden, bei der Erfüllung der ihnen obliegenden Abfallentsorgungspflicht nach den §§ 17, 20 KrWG darauf zu achten ist, dass Treibhausgase jedenfalls vermindert werden,²⁹¹ was technisch durch den Einsatz einer CC-

²⁸⁸ Vgl. OVG NRW, Urteil vom 27.04.2015 – 9 A 28137/12; OVG NRW, Urteil vom 24.11.1999 – 9 A 6056/96.

²⁸⁹ vgl. OVG NRW, Urteil vom 24.11.1999 – 9 A 6065 – KStZ 2001, 130 (130); OVG NRW, Urteil vom 03.09.1980 – 2 A 2258/79.

²⁹⁰ Vgl. hierzu: OVG NRW, Urteil vom 27.04.2015 – 9 A 2813/12.

²⁹¹ *Queitsch*, in: PdK NW E-4a, § 6 KAG, Rn. 65 c; vgl. zudem VG Köln, Urteil vom 10.06.2014, 14 K 502/13; vgl. auch *Queitsch*, AbfallR 2021, 185 (189); vgl. *Quandt*, AbfallR 2023, 150 (150); vgl. *Bauer*, AbfallR 2024, 248 (248); zu Einflussmöglichkeiten der öRE: *Dieckmann/Reese*, in: Koch/Hofmann/Reese, Handbuch Umweltrecht, 2024, § 8 KrWG, Rn. 176 ff.; *Thärichen/Neubauer*, Der Entwurf der Novelle des Elektrogeseztzes aus Sicht der kommunalen Entsorgungswirtschaft, AbfallR 2021, 2 (14); *Witte/Wagner*, in: Wurzel/Schrammel/Gaß, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 4. Aufl. 2021, Rn. 251 ff.; *Scheller/Raffer*, Der Gemeindehaushalt 2022, 97 (103); *Diemert*, Der Gemeindehaushalt 2022, 103 (106); *Hasenkamp*, Vortrag: Umsetzung des Green Deal und der europäischen Abfallwirtschaftsstrategie aus kommunaler Sicht – Was bedeutet die Circular Economy für die kommunalen Entsorger? Aktuelle Entwicklungen in der Kommunalwirtschaft, Tagungsveranstaltung 07. November 2024 in Köln; BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20 und 1 BvR 288/20.

Anlage, gerade erfolgen soll. In diesem Zusammenhang kann auch nicht unbeachtet bleiben, dass das Bundesverfassungsgericht die Pflicht des Staates für den Klimaschutz explizit herausgestellt hat und diese Pflicht auch bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben beachtet werden muss.²⁹²

Bei der Frage, ob die zu erwartenden Mehrkosten für die Errichtung und den Betrieb von CC-Anlagen ansatzfähig sind, gilt es auch zu beachten, dass die verwaltungsrechtliche Rechtsprechung z. B. den Einsatz von Ökostrom für ansatzfähig angesehen hat, auch wenn dieser Mehrkosten erzeugt, diese aber in einer Gesamtschau der Kostengrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit einerseits sowie der Verpflichtung der öffentlichen Stellen zum Klimaschutz andererseits nicht außer Verhältnis stehen.²⁹³ Die Mehrkosten müssen mithin *„einem legitimen Zweck dienen und dürfen nicht jede Beziehung zum Wirtschaftlichkeitsgebot vermissen lassen.“*²⁹⁴

Entscheidend dürfte mithin sein, dass es sich bei dem Betrieb der CC-Anlagen nicht um überobligatorische Vorsorgeleistungen handelt, die, obwohl es sich um Kosten handelt, die der Minderung von Treibhausgasen dient und damit per se nicht als überflüssige Kosten angesehen werden können,²⁹⁵ zum Betrieb der öffentlichen Einrichtung der Abfallentsorgung außer Verhältnis steht.²⁹⁶ Ob diese Voraussetzung im Einzelfall gegeben ist, kann nur im Wege einer Einzelfallentscheidung erfolgen.

Die hier vertretende Rechtsauffassung steht dabei auch nicht im Widerspruch zur Entscheidung des BVerwG vom 13.06.2023.²⁹⁷ So urteilten die Richter, dass eine Gebührenbemessung, die klimapolitische Lenkungszwecke verfolgt, dann nicht zulässig ist, wenn die gesetzlichen Grundlagen für die Bemessung der Gebühr dies nicht vorsehen.²⁹⁸ Für die Bemessung von Abfallgebühren gilt hierbei, dass klimapolitische Belange dann eine Rolle spielen, wenn die Landeskommunalabgaben und -abfallgesetze dies explizit vorsehen. Dementsprechend können, z. B. nach § 5 Abs. 2 Nr. 3 LKrWG RP, progressiv gestaffelte Gebühren erhoben werden, um

²⁹² BVerfG, Beschluss vom 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20 und 1 BvR 288/20.

²⁹³ VG Köln, Urteil vom 10.06.2014 – 14 K 502/13.

²⁹⁴ VG Köln, Urteil vom 10.06.2014 – 14 K 5002/13, Rn. 31.

²⁹⁵ Queitsch, PdK NW E-4a, § 6 KAG NW, Rn. 65 c.

²⁹⁶ Brüning, Gebührenfähigkeit kommunaler Maßnahmen zu Klimaanpassung und Klimaschutz, Vortrag vom 25.09.2025.

²⁹⁷ BVerwG, Urteil vom 13.06.2023 – 9 CN 2.22.

²⁹⁸ BVerwG, Urteil vom 13.06.2023 – 9 CN 2.22, Leitsatz 4.

Anreize zur Vermeidung, zu der Vorbereitung zur Wiederverwendung, zum Recycling und zu der sonstigen Verwertung von Abfällen zu schaffen. Nach § 7 Abs. 1 KAG RP kann bei Einrichtungen und Anlagen, die dem Schutz der natürlichen Lebensgrundlage dienen, die Benutzungsgebühr so bemessen werden, dass sie Anreize zu umweltschonendem Verhalten bietet. Nach § 14 Abs. 2 SächsKAG können umwelt- und rohstoffschonende Lenkungsziele bei den Gebühren berücksichtigt werden.²⁹⁹

Diese Lenkungswirkung bezieht sich aber insbesondere auf die Maßstabsverteilung bei der Gebührenbemessung, nicht aber auf die Frage, ob im veranschlagten Gebührenaufkommen auch Kosten als betriebsbedingt und erforderlich eingestellt werden können.

V. Zwischenergebnis

Die dem Grunde nach ansatzfähigen Kosten für den Betrieb einer CC-Anlage unterliegen allerdings ebenso dem abgaberechtlichen Grundsatz der Erforderlichkeit, der den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern aufgibt, die Benutzer der öffentlichen Einrichtung vor übermäßigen/überflüssigen Kosten zu bewahren. Ob die Kosten für eine CC-Anlage erforderlich sind, ist im Wege einer umfassenden Ermessensentscheidung zu überprüfen, wobei sicherlich neben den Aspekten des Klimaschutzes, welcher mit guten Argumenten bei der Ansatzfähigkeit von Kosten eine Rolle spielt, auch die Zertifikatskosten für den Betrieb der TAB-Anlage zu berücksichtigen sind, soweit durch die Einnahmen des Handels von Negativ-Emissionszertifikaten diese anteilig ausgeglichen werden können und die Wirtschaftlichkeit der Anlage hierdurch sichergestellt werden kann. Eine abschließende Bewertung kann aufgrund fehlender Rechtsprechung derzeit jedoch nicht getätigt werden.

VI. Berücksichtigung der Einnahmen/ Erlöse durch CC-Anlage bei den Abfallgebühren

Soweit CC-Anlagen des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers oder von einer Gesellschaft mit Beteiligung des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers von Abfallgebühren finanziert werden, so sind etwaige Gewinne, welche mit dieser CC-

²⁹⁹ Brünig, in: DrieHaus, Kommunalabgabenrecht Kommentar, Stand September 2024, § 6 A Rn. 48.

Anlage im Rahmen des Handels mit negativen Emissionszertifikaten erwirtschaftet werden, bei den Abfallgebühren gebührenmindernd zu berücksichtigen.

Denn Erlöse, Gewinne und Einnahmen, die im Zusammenhang mit dem Betrieb der öffentlichen Einrichtung der Abfallentsorgung entstehen, sind in der Kalkulation der Benutzungsgebühren zu berücksichtigen und müssen somit dem Gebührenzahler zugutekommen.³⁰⁰

Einnahmen sind dann von den gebührenrechtlich ansatzfähigen Kosten abzuziehen, wenn sie im Zusammenhang mit der durch die Einrichtung vorgesehenen Leistungserbringung stehen bzw. wenn ihrer Erzielung Kosten der öffentlichen Einrichtung zugrunde lagen.³⁰¹ Kostenneutrale Einnahmen sind hingegen gebührenrechtlich irrelevant.³⁰² Beispielsweise sind Einnahmen, welche mit Werbung auf den Fahrzeugen eines Abfallwirtschaftsbetriebes erzielt werden, kostenneutral, da dem Gebührenzahler hier keine Kosten entstehen.³⁰³

Soweit die CC-Anlage Teil der öffentlichen Einrichtung der Abfallentsorgung ist, sind deren Gewinne auf den Betrieb der öffentlichen Einrichtung zurückzuführen. So hat bereits die Rechtsprechung hergeleitet, dass auch die Erlöse aus dem Verkauf von Strom und Fernwärme, welche durch den Betrieb einer TAB in Miteigentum eines öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers stand, als Einnahmen bei den Gebühren gutgeschrieben werden müssen.³⁰⁴ Denn die thermische Entsorgung und sichere Entsorgung von Abfällen, durch welche die Fernwärme und Energie entstand, ist die eigentliche Leistung, welche durch die Abfallgebühren finanziert wurde.

Auch die CC-Anlage wird im Rahmen der öffentlichen Einrichtung betrieben und über Abfallgebühren finanziert, um den Aufgaben der Abfallentsorgung zu dienen.

³⁰⁰ Brünig, Die Gemeinde SH 2011, 299 (303); Brünig, in: DrieHaus, Kommunalabgabenrecht Kommentar, Stand 2024, § 6 Rn. 63 und 65; OVG Münster, Urteil vom 23.11.2006 – 9 A 1029/04.

³⁰¹ Brünig, Die Gemeinde SH 2011, 299 (303); Brünig, in: DrieHaus, Kommunalabgabenrecht Kommentar, Stand 2015, § 6 Rn. 63 und 65; OVG Münster, Urteil vom 23.11.2006 – 9 A 1029/04.

³⁰² BVerwG, Urteil vom 10.10.2009 – 3 C 29.08; Brünig, Die Gemeinde SH 2011, 299 (303); Brünig, in: DrieHaus, Kommunalabgabenrecht Kommentar, Stand 2015, § 6 Rn. 63 und 65; OVG Münster, Urteil vom 23.11.2006 – 9 A 1029/04; OVG Hamburg, Urteil vom 08.12.2010 – 5 Bf 434/04; VGH Kassel, Beschluss vom 27.09.2000 – 5 N 358/04; Vetter, in: Christ/Oebbecke, Handbuch Kommunalabgabenrecht, 1. Aufl. 2016, Kapitel D, Rn. 338

³⁰³ Brünig, in: DrieHaus, Kommunalabgabenrecht Kommentar, Stand 2015, § 6 Rn. 65.

³⁰⁴ Queitsch, in: Hamacher/Lenz, Kommunalabgabengesetz für das Land Nordrhein-Westfalen Kommentar, Mai 2024, § 6 A, Rn. 32; OVG NRW, Urteil vom 27.04.2015 – 9 A 2813/12; vgl. auch: VG Gelsenkirchen, Urteil vom 27.11.2003 – 13 K 1626/03; VG Schleswig, Urteil vom 10.11.2003 – 4 A 32/02; VG München, Urteil vom 6.02.1997 – M 10 K 96.1637, Rn. 36.

Hierbei entstehende Gewinne durch die Erzeugung von Negativ-Zertifikaten, die entsprechend bei den Gebühren zu berücksichtigen sind.

Anders ist der Fall zu werten, in dem der Betrieb der CC-Anlage nicht über Abfallgebühren finanziert wird. Der nicht im Rahmen von Abfallgebühren finanzierte Betrieb der CC-Anlage ermöglicht, dass etwaige Einnahmen nicht bei den Gebühren berücksichtigt werden müssen.

D. Zusammenfassung

Die Kosten für die CO₂ -Bepreisung für den fossilen Anteil der an den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger überlassenden Abfälle sind vom Betreiber der Abfallverbrennungsanlage über den Anlieferer an den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger, soweit dieser nicht selbst Anlieferer oder Betreiber der Abfallverbrennungsanlage ist, letztlich an die Benutzer der öffentlichen Einrichtung der Abfallentsorgung grundsätzlich weiterzureichen.

Hierbei ist jedoch wie folgt zu differenzieren:

I. Berücksichtigung der CO₂ -Bepreisung in Bestandsverträgen

1. Vertragliche Anpassungsmöglichkeiten

In Bestandsverträgen ist zunächst zu prüfen, ob diese bereits entsprechende vertragliche Regelungen zur Berücksichtigung der CO₂ -Bepreisung enthalten. Ist dies nicht der Fall, was die Regel insbesondere bei bereits langlaufenden Altverträgen sein sollte, ist im Wege der Vertragsauslegung zu untersuchen, ob die Kosten entweder über allgemeine „Loyalitätsklauseln“ wirksam berücksichtigt werden können oder letztlich im Wege einer Anpassung nach § 313 BGB. Eine darüberhinausgehende einvernehmliche Einigung der Vertragspartner zur Berücksichtigung der CO₂ -Bepreisung ist aus vertraglicher Sicht zudem immer zulässig. Bei allen Varianten sind stets der konkrete Entsorgungsvertrag und ggf. die Ausschreibungsunterlagen zu berücksichtigen. Dies führt dazu, dass gerichtliche Entscheidungen nur eine geringe Präzedenzwirkung haben werden.

2. Vergaberechtliche Bewertung

Soweit die Verträge bereits entsprechende Kostenanpassungsklauseln enthalten, stellt deren Geltendmachung keine wesentliche Vertragsänderung dar, die eine Neuausschreibung gemäß § 132 GWB erforderlich macht. Umstrittener ist dies bei der Anwendung von Loyalitätsklauseln oder einer Anpassung im Wege des § 313 BGB. Während eine Auffassung dafür plädiert, dass eine solche Vertragsanpassung eine wesentliche Vertragsänderung

darstellen kann, dürfte die Gegenauffassung, die darauf verweist, dass es sich bei der Anpassung eines Vertrages, insbesondere auf Grundlage des § 313 BGB um die beiderseitige Verwirklichung eines gesetzlichen Anspruchs handelt, der dem Zweck dient, das bereits im Ursprungsvertrag angelegte wirtschaftliche Gleichgewicht zwischen den Vertragspartnern wiederherzustellen, überzeugender sein. Hinzuweisen bleibt auf § 132 Abs. 2 Nr. 3 GWB, der selbst bei dem Annehmen einer wesentlichen Vertragsänderung möglicherweise Anwendung finden kann, so dass auch in diesem Fall keine Neuausschreibung erforderlich sein dürfte.

3. Preisrechtliche Bewertung

Soweit die Verträge dem Anwendungsbereich des öffentlichen Preisrechts unterliegen, muss die Berücksichtigung der CO₂-Bepreisung selbst auch wieder den entsprechenden Voraussetzungen der PR VO Nr. 30/53 entsprechen. Im Übrigen sind die Preisanpassungen allein aus preisrechtlicher Sicht als zulässig anzusehen.

II. Berücksichtigung der CO₂ -Bepreisung in Neuverträgen

1. Vertragliche Gestaltung

In Neuverträgen ist die CO₂-Bepreisung als Bestandteil des zu zahlenden Gesamtentgeltes zu berücksichtigen.

Schwierigkeiten ergeben sich dabei insbesondere daraus, dass es sich um Kosten handelt, die zwar dem Grunde nach, nicht aber der Höhe nach, insbesondere ab 2027, exakt vorab zu kalkulieren sind. So gelten bis 2026 noch feste Preise, 45 €/Tonne CO₂ im Jahr 2024, 55 €/Tonne CO₂ im Jahr 2025 und ein Korridor von 55–65 €/Tonne CO₂ im Jahr 2026. Ab 2027 sollen die Preise für die CO₂ -Zertifikate allerdings am Markt gebildet werden.

Hinzu kommt, dass derzeit übliche Preisanpassungsklauseln, die mit entsprechenden Kostenelementeklauseln arbeiten, für den Bereich der Einbeziehung der thermischen Abfallentsorgung, jedenfalls derzeit keine Anwendung finden können. Daher empfiehlt sich die Vereinbarung einer entsprechenden Klausel, die die Weitergabe der tatsächlich angefallenen Kosten, vorsieht. Vor dem Hintergrund empfiehlt es sich, für die Kosten der Zertifikate

möglichst einen Selbstkostenerstattungspreis nach § 7 VO PR Nr. 30/53 zu vereinbaren.

Dies hat den Vorteil, dass die Kosten der Zertifikate erst nach Kenntnis der anfallenden Kosten beziffert werden müssen. Selbstverständlich sollten sich die Vertragspartner ein Umsteigen auf eine „automatische Preisanpassungsklausel“ bei der Möglichkeit eines Rückgriffs auf entsprechende Indizes vertraglich vorbehalten.

Vertraglich zugesichert werden sollten zudem entsprechende Rückerstattungsklauseln für den Fall, dass die Einbeziehung der thermischen Abfallverbrennung in den Anwendungsbereich des BEHG für rechts-/verfassungswidrig anerkannt wird.

2. Berücksichtigung der CO₂ -Bepreisung bei der Ausschreibung von entsprechenden Entsorgungsverträgen

Auch bei der Ausschreibung der Entsorgungsverträge muss die CO₂-Bepreisung Berücksichtigung finden. Hier ist es insbesondere erforderlich, dass die Vergabeunterlagen genaue Vorgaben zur Berechnung der CO₂ -Emissionen, jedenfalls dem Grunde nach, vorsehen. Diese müssen zudem objektiv nachprüfbar und nichtdiskriminierend sein.

Die Berücksichtigung der Kosten für den erforderlichen Erwerb der CO₂ -Zertifikate ist zu differenzieren von einer CO₂-Schattenbepreisung, die bei Vergabe öffentlicher Aufträge z. B. von Bundesbehörden nach § 13 Abs. 1 Satz 3 KSG zu berücksichtigen ist. Auf Länderebene sieht das Klimagesetz von Baden-Württemberg gemäß § 8 Abs. 1 KlimaG BW u.a. die Berücksichtigung des CO₂ -Schattenpreises bei Bauvorhaben vor.

3. Preisrechtliche Zulässigkeit der Berücksichtigung der CO₂ -Bepreisung

Soweit der Anwendungsbereich des öffentlichen Preisrechts eröffnet ist, findet zudem die Verordnung PR Nr. 30/53 mit den Leitsätzen zur Preisermittlung Anwendung.

Hauptzweck des öffentlichen Preisrechts ist die Sicherstellung einer wirtschaftlichen und angemessenen Preisgestaltung bei öffentlichen Aufträgen.

Gemäß der PR VO Nr. 30/53 sind grundsätzlich Marktpreise zu vereinbaren. Ist dies nicht möglich, erfolgt eine Abrechnung der Leistungen nach den „Leitsätzen zur Preisbildung auf Grund von Selbstkosten“ (LSP). Dabei sind zunächst vorrangig Selbstkosten-Festpreise (§ 6 VO PR Nr. 30/53) vor Selbstkosten-Erstattungspreisen (§ 7 VO PR Nr. 30/53) zu vereinbaren.

Im Fall von Selbstkostenpreisen legen die LSP die kalkulatorischen Grundlagen fest und schaffen dadurch Rechtssicherheit für beide Vertragsparteien. Vorliegend dürfte insbesondere derzeit eine Berücksichtigung der CO₂-Bepreisung, jedenfalls dann, wenn die Zertifikatskosten ab 2027 am Markt ohne Preiskorridor, gehandelt werden, im Wege eines Selbstkostenerstattungspreises in Betracht kommen. Die Kosten der Zertifikate sind nach LSP Nr. 34 als sonstige Kosten preisrechtlich berücksichtigungsfähig. Die hiermit generierten Einnahmen aus der Weiterberechnung der CO₂-Kosten an den Kunden sind, handelsrechtlich gesehen, sodann als Teil der Umsatzerlöse aus der Abfallentsorgung zu betrachten.

Der Umfang der Zertifikatskosten schließt zum einen die reinen Erwerbskosten mit ein, umfasst zum anderen aber auch die Transaktionskosten, wenn die Beschaffung etwa über Dritte abgewickelt wird. Hiervon können grundsätzlich auch Monitoring und Transformationskosten erfasst sein. Maßgeblich ist, ob die Kosten für die Leistungserbringung bei wirtschaftlicher Betriebsführung notwendig sind. Dementsprechend sind auch nur die Kosten für Zertifikate zu berücksichtigen, die im Rahmen der Leistungserbringung tatsächlich gebraucht wurden und nicht etwa Überbestände. Dies deckt sich auch mit dem gebührenrechtlichen Grundsatz der Erforderlichkeit wonach diese Kosten für Überbestände auch nicht gebührenrechtlich ansatzfähig wären.

III. Umgang mit Zertifikatskosten im Jahre 2027

Vor dem Hintergrund der marktbasierten Preise für Zertifikatskosten ab dem Jahre 2027, ohne die Geltung eines Preiskorridors, sollte bei Verträgen die auch im Jahre 2027 noch bestehen, für die Kosten der Zertifikate möglichst ein Selbstkostenerstattungspreis nach § 7 VO PR Nr. 30/53 vereinbart werden.

Dies hat den Vorteil, dass die Kosten der Zertifikate erst nach Kenntnis der tatsächlich anfallenden Kosten endgültig angesetzt werden müssen. In der Gebührenkalkulation muss bis zur Kenntnis über den endgültigen Preis eine Schätzung vorgenommen werden. Die abweichenden endgültigen Preise, welche zu einer Über-/Unterdeckung der Gebühren führen, können in der nächsten Kalkulationsperiode ausgeglichen werden, ohne dass die Gebührenkalkulation rechtswidrig wird, oder die Kosten zulasten des allgemeinen Haushalts gehen.

IV. Gemeindewirtschaftsrechtliche Zulässigkeit des Erwerbs von Zertifikaten

Der Erwerb von Zertifikaten gemäß BEHG und TEHG für den Betrieb einer TAB-Anlage ist gemeindewirtschaftsrechtlich nach § 107 Abs. 2 Nr. 4 GO NRW zulässig.

Der Erwerb stellt keine abgrenzbare wirtschaftliche Tätigkeit vom Betrieb einer privilegierten und gemeindewirtschaftsrechtlich zulässigen TAB dar, sondern ist dieser zuzurechnen, da ohne den Erwerb von Zertifikaten die TAB nicht mehr betrieben werden kann.

Da es sich bei dem Erwerb von Zertifikaten nicht um Bankgeschäfte handelt und die Gemeindeordnung den Erwerb von Finanzdienstleistungen nicht verbietet, ist der Erwerb der Zertifikate durch die Gemeinde aus gemeindewirtschaftsrechtlicher Sicht zulässig. Ein Vergleich kann hier mit dem Erwerb und Verkauf von Strom an der Strombörse gezogen werden, welcher nach § 107a Abs. 2 GO NRW gemeindewirtschaftsrechtlich als verbundenes Hilfsgeschäft zulässig sein kann.

Eine Änderung des Gesellschaftsvertrages ist nicht erforderlich, da der Unternehmensgegenstand durch den Erwerb nicht verändert, sondern lediglich in seiner Umsetzung ermöglicht wird. Auf das aufgeführte Beispiel im Gutachten wird an dieser Stelle nochmals verwiesen.

V. Berücksichtigung der CO₂ -Bepreisung bei der Erhebung von Abfallgebühren

Die Kosten für die CO₂ -Bepreisung sind als anfallende Betriebskosten gebührenrechtlich ansatzfähig, wobei der abgabenrechtliche Grundsatz der Erforderlichkeit zu beachten ist. Da die thermische Entsorgung von Abfällen ohne den Erwerb von Zertifikaten nicht möglich ist, werden die Kosten in der Regel als erforderlich anzusehen sein. Durch die jüngsten Änderungen der BEHV, die komplexen Änderungen im Zusammenhang mit dem Zertifikaterwerb mit sich bringen, kann davon ausgegangen werden, dass die Kosten nochmals höher ausfallen werden. Wenn die Kosten für den Betrieb der TAB-Anlage erforderlich sind, steht diese Änderung der Ansatzbarkeit bei den Abfallgebühren jedoch nicht entgegen.

Findet die CO₂ -Bepreisung im Wege der Berücksichtigung von Fremdkosten (Leistung der thermischen Abfallverbrennung wurde fremdvergeben) Eingang in die Gebührenkalkulation, ist zu beachten, dass nach der Rechtsprechung zu dem Landes- und dem Bundesbenutzungsgebührenrecht die Erforderlichkeit dieser Kosten grundsätzlich bereits durch ein Ausschreibungsergebnis belegt wird. Soweit nicht ausgeschlossen werden kann oder muss, ist die Erforderlichkeit von Kosten dann nachgewiesen, wenn die Kosten dem öffentlichen Preisrecht entsprechen. Auch die Vereinbarung eines Selbstkostenerstattungspreises ist gebührenrechtlich zulässig.

Auch Fremdleistungen, die im Rahmen von konsensualen Vertragsanpassungen zwischen öRE und Anlagenbetreiber preislich angepasst wurden, dürften als erforderliche Kosten zu werten sein, welche bei den Abfallgebühren anzusetzen sind. Denn die Übernahme von Zertifikatskosten als Ergebnis einer Verhandlung über die vertraglichen Pflichten stellt keine freiwillige Übernahme von Kosten dar. Denn soweit sich der öRE und der Anlagenbetreiber im Rahmen der Verhandlungen darüber einig sind, dass beispielsweise die Voraussetzungen des § 313 BGB vorliegen, so übernimmt der öRE nicht freiwillig diese Kosten, sondern aufgrund einer bestehenden rechtlichen Pflicht. Darüber hinaus dient die Übernahme der Zertifikatskosten auch der Rechtspflicht des öRE, die Entsorgungssicherheit in seinem Gebiet zu sichern. Sollte sein beauftragter Anlagenbetreiber aufgrund der hohen Zertifikatskosten in Zahlungsschwierigkeiten geraten, ist auch die Entsorgungssicherheit nicht mehr gewährleistet. Die Übernahme der Zertifikate sichert mithin den reibungslosen Ablauf der öffentlichen Einrichtung der Abfallentsorgung und ist somit die Übernahme von angemessenen und erforderlichen Kosten.

Aufgrund der schwer zu kalkulierenden Zertifikatskosten kann es zu Kostenüber- und Kostenunterdeckungen bei den Abfallgebühren kommen, welche die Rechtmäßigkeit der Abfallgebühren nicht beeinträchtigen, soweit diese Über- und Unterdeckungen in einem gewissen Zeitraum ausgeglichen werden. Auch in den Fällen, in denen es aufgrund der schwer zu kalkulierenden Zertifikatskosten zu Über- oder Unterdeckungen der Gebühren kommt, werden die Abfallgebühren aus diesem Grund nicht rechtswidrig, soweit die Gemeinde nicht bewusst mit diesen gerechnet hat. Diese Über-/ Unterdeckungen sind im nächsten Kalkulationszeitraum auszugleichen. Hierbei sind die einzelnen Zeiträume des jeweiligen KAG zu berücksichtigen. Andernfalls gehen Unterdeckungen zulasten des allgemeinen Haushalts und Überdeckungen, welche nicht innerhalb dieses Zeitraumes ausgeglichen werden, führen zu einer Unwirksamkeit der Gebührensatzung im letzten Jahr indem der Ausgleich hätte erfolgen können. Hierbei wird den Gemeinden jedoch eine Fehler-toleranz von 3 % eingeräumt.

An dieser Stelle sei auch auf den Anhang zu diesem Gutachten verweisen, in dem der Ablauf der kommunalen Gebührenplanung im Einzelnen dargestellt wird.

VI. Gemeindewirtschaftsrechtliche Zulässigkeit des Betriebs von CC-Anlagen durch öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger

Der Betrieb von CC-Anlagen durch öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger im Rahmen der thermischen Abfallbehandlung dürfte gemeindewirtschaftsrechtlich weiterhin unter dem Privilegierungstatbestand des § 107 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 GO NRW fallen, weil Hauptzweck die Abfallentsorgung ist und die CC-Anlage hiervor nicht unabhängig betrieben wird, sondern lediglich einer möglichst schadstoffarmen Abfallentsorgung dient.

VII. Gebührenrechtliche Berücksichtigungsfähigkeit des Betriebs von CC-Anlagen

Mehrkosten für den Betrieb von CC-Anlagen dürften grundsätzlich als ansatzfähig zu sehen sein. Zwar besteht derzeit keine bundesgesetzliche Verpflichtung für den Betrieb solcher Anlagen und auch die Klimaschutzgesetze der Länder sehen keine

unmittelbare Verpflichtung vor. Allerdings besteht auch hier eine Vorbildfunktion der öffentlichen Hand bei der Verminderung von Treibhausgasen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Abfallbeseitigung möglichst umweltschonend zu erfolgen hat, wozu der Betrieb von CC-Anlagen, jedenfalls nach der derzeitigen Forschungslage, wohl beitragen kann.

Die dem Grunde nach ansatzfähigen Kosten für den Betrieb einer CC-Anlage unterliegen allerdings ebenso dem abgaberechtlichen Grundsatz der Erforderlichkeit, der den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern aufgibt, die Benutzer der öffentlichen Einrichtung vor übermäßigen/überflüssigen Kosten zu bewahren. Ob die Kosten für eine CC-Anlage erforderlich sind, ist im Wege einer umfassenden Ermessensentscheidung zu überprüfen, wobei sicherlich neben den Aspekten des Klimaschutzes, welcher mit guten Argumenten bei der Ansatzfähigkeit von Kosten eine Rolle spielt, auch die Zertifikatskosten für den Betrieb der TAB-Anlage zu berücksichtigen sind, soweit durch den Handel von Negativ-Emissionszertifikaten diese anteilig ausgeglichen werden können und die Wirtschaftlichkeit der Anlage hierdurch sichergestellt werden kann. Eine abschließende Bewertung kann aufgrund fehlender Rechtsprechung derzeit jedoch nicht getätigt werden.

VIII. Empfehlungen für gesetzliche Änderungen und Klarstellungen

Vor dem Hintergrund der Frage, ob die Kosten für den Betrieb einer CC-Anlage, welche vordergründig dem Klimaschutz dienen, bei den Abfallgebühren ansatzfähig sind, wäre es zu begrüßen, wenn in den Kommunalabgabengesetzen der Länder Klarheit darüber geschaffen wird, inwieweit Maßnahmen, welche dem Klimaschutz dienen, gebührenfähig sein können. Teilweise wird in manchen Kommunalabgabengesetzen der Länder hierauf bereits Bezug genommen.

Nach Art. 8 Abs. 5 BayKAG hat die Gebührenbemessung bei der Wasserversorgung und der Abwasserbeseitigung dem schonenden Umgang mit Wasser zu dienen. Dies steht in Übereinstimmung mit § 5 Abs. 2 Nr. 4 LKrWG RP, wonach die Maßnahmen der Abfallvermeidung, die wie aufgezeigt dem Klimaschutz dienen, grundsätzlich gebührenrechtlich ansatzfähig sind.

Nach § 7 Abs. 1 KAG RP kann bei Einrichtungen und Anlagen, die dem Schutz der natürlichen Lebensgrundlage dienen, die Benutzungsgebühr so bemessen werden, dass sie Anreize zu umweltschonendem Verhalten bietet.

Nach § 14 Abs. 2 SächsKAG können umwelt- und rohstoffschonende Lenkungsziele bei den Gebühren berücksichtigt werden.

Weitere Klarstellungen dieser Art wären in allen Landesgesetzen zu begrüßen.

Mit Blick auf die Planungssicherheit für die Betreiber von TAB-Anlagen und öRE dürfte auch ein ständiger Wechsel der rechtlichen Rahmenbedingungen des Zertifikatshandels nicht zu begrüßen sein. Insbesondere mit Blick auf den Entwurf einer "Zweiten Verordnung zur Änderung der Brennstoffemissionshandelsverordnung", der nur die jüngste Änderung darstellt. Allein in den Jahren 2025, 2026 und 2027 kommt es jedes Jahr zu umfassenden Änderungen.

Klimaschutz und Abfallentsorgung dürfen nicht gegeneinander ausgespielt werden, sondern müssen ineinandergreifen. Gerade die thermische Verwertung von Abfall kann durch die Erzeugung von Fernwärme ein wichtiger Baustein für die Bemühungen des Klimaschutzes darstellen.

IX. Hinweis

Es ist im Ergebnis darauf hinzuweisen, dass zu den dargelegten Optionen zum Umgang mit den CO₂-Zertifikaten und der Gebührenfähigkeit von CC-Anlagen bisher, soweit ersichtlich, keine Rechtsprechung existiert. Daher kann es nicht ausgeschlossen werden, dass die von uns aufgezeigten Lösungswege zukünftig in der Rechtsprechung anders beurteilt werden.