

Mendel Verlag

Schriftenreihe

des Europäischen Forums

für Außenwirtschaft, Verbrauchsteuern und Zoll e.V.

an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

Band 53

Grenzausgleichsmaßnahmen als Klimaschutzinstrument

**Das Wirkungsgeflecht von Welthandelsrecht und Klimarecht
unter besonderer Berücksichtigung des Prinzips der
gemeinsamen, aber differenzierten Verantwortlichkeit**

von

Sophie Elisabeth Gappa

Mendel Verlag

Mendel Verlag GmbH & Co. KG

Gerichtsstraße 42, 58452 Witten

Telefon +49-2302-202930

Fax +49-2302-2029311

E-Mail info@mendel-verlag.de

Internet www.mendel-verlag.de

ISBN 978-3-943011-20-3

Alle Angaben ohne Gewähr. Alle Rechte vorbehalten. Vervielfältigungen jeglicher Art sind nur nach Genehmigung durch den Verlag erlaubt.

Herausgeber: Europäisches Forum für Außenwirtschaft,
Verbrauchssteuern und Zoll e.V., Universitätsstr. 14-16,
48143 Münster, E-Mail: office@efa-muenster.de

Einbandentwurf: KJM GmbH Werbeagentur, Hafenweg 22, 48155 Münster,
Internet: www.KJM.de

Meinen Eltern

Danksagung

Die Westfälische Wilhelms-Universität Münster hat die vorliegende Arbeit im Wintersemester 2013/2014 als Dissertation angenommen.

Meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Hans-Michael Wolfgang gilt mein besonderer Dank für die Betreuung und Förderung dieser Arbeit. Herrn Prof. Dr. Dirk Ehlers möchte ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens danken.

Meinen Eltern danke ich für ihre stete Unterstützung. Ihnen widme ich meine Arbeit von ganzem Herzen.

Berlin, im September 2014

Sophie Elisabeth Gappa

Inhaltsverzeichnis

Danksagung	7
Inhaltsverzeichnis.....	9
Literaturverzeichnis.....	15
Abkürzungsverzeichnis	41
Rechtsprechungsverzeichnis	47
Problemaufriss	53
Kapitel 1: Grundlagen	57
A. Vorgehen gegen den Klimawandel.....	57
I. Multilaterale Maßnahmen	58
II. Unilaterale Maßnahmen.....	60
1. CO ₂ - und Energiesteuern	61
2. Emissionshandelssysteme.....	63
3. Gefahren der Einführung unilateraler Klimaschutzinstrumente	64
B. Klimaschutzmotivierte Grenzausgleichsmaßnahmen.....	67
I. Grenzsteuerausgleichsmaßnahmen	67
1. Allgemeine Begriffsbestimmung	67
2. Grenzausgleichsmaßnahmen als Instrument des Umweltschutzes	69
II. Ausgestaltungsformen eines Klimagrenzausgleichs	72
1. CO ₂ - bzw. Energiesteuer und Ausgleichssteuer	73
2. Emissionshandel und Ausgleichssteuer	73
3. Emissionshandel und Ankauf von internationalen Reserve- berechtigungen	73
III. Einordnung in das Normengefüge des Welthandels- und Klimarechts.....	74
C. Das Prinzip der gemeinsamen, aber differenzierten Verantwortlichkeit	77
I. Begriffsbestimmung	77

1. Gemeinsame Verantwortlichkeit	78
2. Unterschiedliche Verantwortlichkeit	79
3. Definition	80
II. Entstehungs- und Entwicklungsprozess	81
1. Ursprung und Abkehr: Souveräne Gleichheit der Staaten	81
2. New International Economic Order: Forderungen der Entwicklungs- länder	82
3. Stockholm und Rio: Anerkennung und Definition	83
4. Bestätigung und Ausbreitung	85
III. Bestandsberechtigung	85
1. Moralische Bestandsberechtigung	85
2. Praktische Bestandsberechtigung	88
3. Ergebnis	91
IV. Formen differenzierender Behandlung	91
1. Differenzierte Verpflichtungen	92
2. Erfüllungshilfe	94
a) Technologietransfers und technische Zusammenarbeit	95
b) Finanzhilfen	96
c) Andere Formen der Unterstützung	97
3. Ergebnis	97
V. Vorkommen	98
1. Klimarahmenkonvention der Vereinten Nationen über Klimaänderungen ...	99
a) Kurze Entstehungsgeschichte	99
b) Inhalt und Ziele	100
c) Umsetzung des CBDR-Prinzips	101
2. Kyoto-Protokoll	104
a) Kurze Entstehungsgeschichte	104
b) Inhalt und Ziele	105
c) Umsetzung des CBDR-Prinzips	106
d) Die Kyoto-Mechanismen	107
3. Der Weg zu einem Post-Kyoto-Regime	108
VI. Rechtliche Bewertung des CBDR-Prinzips	110
1. Völkerrechtlicher Vertrag	112
2. Völkerrechtliches Gewohnheitsrecht	116

a) Die Entstehung von Gewohnheitsrecht	116
b) Besonderheiten bei der Entstehung von Gewohnheitsrecht aus Völkervertragsrecht	118
c) Das CBDR-Prinzip als Gewohnheitsrecht.....	121
3. Zusammenfassung und Ergebnis	127
D. Wechselwirkungen zwischen Klimarecht und Welthandelsrecht	129
I. Zusammenspiel von Klimarecht und Welthandelsrecht.....	129
1. Grundprinzipien und Ziele des Klimarechtsregimes	130
2. Grundprinzipien und Ziele des WTO-Rechtsregimes.....	131
3. Klima- und Welthandelsrecht: Konflikt oder Harmonie?	132
a) Praktisches Spannungsverhältnis.....	133
b) Rechtliches Spannungsverhältnis	136
c) Ergebnis	139
II. Welthandelsrecht als Völkerrechtsordnung	140
1. Jurisdiktion, anwendbares Recht und Auslegung: eine Abgrenzung	140
2. Die Jurisdiktion der WTO-Streitbeilegungsorgane.....	141
3. Klimarecht als anwendbares Recht.....	142
a) Bezugnahme auf sonstigen Völkerrechts.....	143
b) Generelle Anwendbarkeit sonstigen Völkerrechts.....	143
c) Konsequenzen für die Einflussmöglichkeit des CBDR-Prinzips.....	145
4. Berücksichtigung von Klimarecht bei der Auslegung von WTO-Recht.....	146
a) Einflussnahme über Art. 31 Abs. 1 WVRK.....	147
b) Einflussnahme über Art. 3 Abs. 2 DSU i. V. m. Art. 31 Abs. 3 lit. c) WVRK	148
aa) Sachlicher Anwendungsbereich	148
bb) Personeller Anwendungsbereich	149
cc) Konsequenzen für die Einflussmöglichkeit des CBDR-Prinzips....	154
5. Zusammenfassung der Ergebnisse.....	155
Kapitel 2: Vereinbarkeit eines Klimagrenzausgleichs mit Welthandelsrecht	157
A. Vereinbarkeit der Importseite eines Klimagrenzausgleichs mit dem GATT	159
I. Verstoß gegen GATT-Vorschriften	160

1. Gebot der Inländergleichbehandlung (Art. III:2 S. 1 GATT)	160
a) Bestimmung des Anwendungsbereichs	160
b) Vorliegen einer finanziellen Belastung i. S. d. Art. III:2 S. 1 GATT ...	163
aa) Der Abgabebegriff	163
bb) Exkurs: Vorliegen einer Steuer?.....	170
c) Reichweite des Abgabebegriffs	177
aa) Indirekte Steuern	178
bb) Problemfeld Vorstufensteuern.....	179
cc) Anforderungen an die Beziehung zwischen Vorleistung und Endprodukt.....	183
(1) Wortlaut	183
(2) Systematik.....	185
(3) Telos	193
(4) Rechtsprechung.....	196
(5) Entstehungsgeschichte	199
d) Zwischenergebnis.....	200
e) Anwendung auf „gleichartige Waren“ („like products“)	201
aa) Kriterium der Gleichartigkeit	201
bb) Gleichartigkeit von CO ₂ -intensiven und -schonenden Produkten	202
f) Besteuerungshöhe.....	208
aa) Emissionsmenge.....	209
bb) Zertifikatspreis bzw. Besteuerungshöhe.....	216
g) Modifikation des Ergebnisses durch das CBDR-Prinzip	220
aa) Einflussnahme über Art. 31 Abs. 1 WVRK	220
bb) Einflussnahme über Art. 31 Abs. 3 lit. c) WVRK	221
h) Ergebnis zu Art. III:2 S.1 GATT	225
2. Meistbegünstigungsverpflichtung (Art. I:1 GATT)	225
a) Vereinbarkeit von Ausnahmeregelungen.....	226
aa) Ausnahme für Länder mit vergleichbarem Klimaschutzniveau	227
bb) Weitere Ausnahmeregelungen	230
cc) Die Lösung: uneingeschränkte Anwendung des Klima- grenzausgleichs?!	231
b) Vereinbarkeit von Anrechnungsmöglichkeiten systemfremder Zertifikate	232
c) Ergebnis zu Art. I:1 GATT.....	234

II. Rechtfertigung eines Verstoßes gem. Art. XX GATT	234
1. Rechtfertigung über Art. XX lit. b) GATT	236
a) Schutzbereich	236
b) <i>Link</i> -Anforderung („necessary“)	240
2. Rechtfertigung über Art. XX (g) GATT	246
a) Schutzbereich	247
b) <i>Link</i> -Anforderung („relates to“)	248
c) Ausgewogenheit der Maßnahme	250
3. Zwischenergebnis	251
4. Anforderungen des Einleitungssatzes	253
a) Diskriminierungsverbot	255
aa) Bestimmung der maßgeblichen Verhältnisse	256
bb) Eingrenzung des Diskriminierungsverbots	260
cc) Zwischenergebnis: Ein zweiteiliger Prüfungsmaßstab	264
(1) Einführung des Grenzausgleichs für alle Importländer	266
(2) Klimaschutzniveau der Staaten	268
(3) Unterzeichnung eines Klimaschutzabkommens	274
(4) Entwicklungsstand	275
(5) De Minimis-Standard	279
(6) Zwischenergebnis	281
b) Verbot einer verschleierte Handelsbeschränkung	283
c) Auswirkungen des Abschlusses eines Nachfolgeabkommens	285
5. Ergebnis	287
III. Rechtfertigung einer Vorzugsbehandlung von Entwicklungsländern über die Ermächtigungsklausel („Enabling Clause“)	288
1. Anforderungen der Enabling Clause	288
a) Diskriminierungsverbot	289
b) Die weiteren Anforderungen der Enabling Clause	293
2. Ergebnis	294
IV. Rechtfertigung als Ausgleichszoll	294
B. Vereinbarkeit der Exportseite eines Klimagrenzausgleichs mit dem Recht der WTO	296
I. Verstoß gegen das SCM	296
II. Rechtfertigung der Maßnahme	300

Kapitel 3: Zusammenfassung und Handlungsempfehlung.....	303
A. Anwendungsbereich: Länder.....	303
B. Anwendungsbereich: Produkte.....	306
C. Bemessung des Grenzausgleichs	309
D. Ausblick und Fazit.....	309

Literaturverzeichnis

- Adrian-Vallance, Evadne/Cleveland Marwick, Karen et al.* (Hg.), Longman Dictionary of Contemporary English, 5. Auflage 2009
- Alston, Richard/Kearl, John Ramsey/Vaughan, Michael*, Is There a Consensus Among Economists in the 1990's?, AER 82 (2) 1992, S. 203-209
- Altamirano-Cabrera, Juan-Carlos/Bucher, Raphael/Holzer, Kateryna et al.*, Border Adjustment Measures as Instruments to Reduce Emissions Leakage, NCCR Climate Research Paper 2010/08 (zit.: Altamirano-Cabrera/Bucher/Holzer, NCCR Climate Research Paper 2010/08)
- Altemöller, Frank*, Welthandelsordnung und einzelstaatliche Umweltschutzpolitik – Ein Widerspruch?, in: RabelsZ 64 (2000), S. 213-355
- Anderson, Jason/Mehling, Michael/Asselt, Harro van*, Linking the EU's Emissions Trading System to any Future US Emissions Trading, Report for the European Parliament's Committee on the Environment, Public Health and Food Safety, IP/A/ENVI/ST/2008-24, Januar 2009 (zit.: Anderson/Mehling/van Asselt, Linking the EU's Emissions Trading System to any Future US Emissions Trading Scheme)
- Anuradha, R.V.*, Unilateral Carbon Border Measures: Key Legal Issues, ICRIER Policy Series No. 2, July 2011 (zit.: Anuradha, ICRIER Policy Series Nr. 2, Juli 2011)
- Appleton, Arthur*, Shrimp/Turtle: Untangling the Nets in: JIEL 2 (1999), S. 477-496
- Aristoteles*, Nikomachische Ethik, deutsche Auflage Jena 1909
- Asselt, Harro van/Brewer, Thomas/Mehling, Michael*, Addressing Leakage and Competitiveness in US Climate Policy: Issues Concerning Border Adjustment Measures, Climate Strategies Working Paper, März 2009 (zit.: van Asselt/Brewer/Mehling, Climate Strategies WP, März 2009)
- Bacchus, James*, Questions in Search of Answers: Trade, Climate Change, and the Rule of Law, Keynote Address to the second TAIT conference on „Climate Change, Trade and Competitiveness: Issues for the WTO“ bei der WTO, 16. Juni 2010, Genf (zit.: Bacchus, Questions in Search of Answers: Trade, Climate Change, and the Rule of Law)

- Bartels, Lorand*, The WTO Enabling Clause and Positive Conditionality in the European Community's GSP Program, in: JIEL 6 (2003) 2, S. 507-532
- Bartels, Lorand*, Applicable Law in WTO Dispute Settlement Proceedings, in: JWT 35 (3) 2001, S. 499-519
- Bauer, Juliane*, Der Emissionshandelsmarkt – Rechtsfragen des börslichen und außerbörslichen Handels mit Emissionsberechtigungen, Hamburg 2008 (zugl. Gießen, Univ., Diss., 2008)
- Bauer, Steffen/Richerzhagen, Carmen*, Nachholende Entwicklung und Klimawandel in: APuZ 47 (2007), S. 20-26
- Baxter, R.R.*, International Law in „Her Infinite Variety“ in: ICLQ 29 (1980) 4, S.549-566
- Beck, Helmuth*, Die Differenzierung von Rechtspflichten in den Beziehungen zwischen Industrie- und Entwicklungsländern, Bern 1994 (zugl. Mannheim, Univ., Diss., 1993)
- Bernardt, Rudolf*, Ungeschriebenes Völkerrecht, in: ZaöRV 36 (1976), S. 50-76
- Beyerlin, Ulrich*, Umweltvölkerrecht, München 2000
- Bhagwati, Jagdish/Mavroidis, Petros*, Is Action against US Exports for Failure to sign Kyoto Protocol WTO-legal?, in: WTR 6 (2007) 2, S. 299-310
- Biermann, Frank*, „Common Concern of Humankind“: The Emergence of a New Concept of International Environmental Law, in: AVR 34 (1996) 4, S. 426-481
- Biermann, Frank*, The Rising Tide of Green Unilateralism im World Trade Law: Options for Reconciling the Emerging North-South Conflict, in: JWT 35 (2001), S. 421-448
- Biermann, Frank/Brohm, Rainer*, Border Adjustments on Energy Taxes: A Possible Tool for European Policymakers in Implementing the Kyoto Protocol?, in: Vierteljahreshefte zur Wirtschaftsforschung 74 (2005) 2, S. 249-258
- Biermann, Frank/Brohm, Rainer*, Implementing the Kyoto Protocol without the USA: The Strategic Role of Energy Tax Adjustments at the Border, in: Climate Policy 4 (2005), S. 289-302
- Biniaz, Susan*, Remarks on Common but Differentiated Responsibility, in: ASIL 96 (2002), S. 359-363
- Birk, Dieter*, Steuerrecht, 14. Auflage 2011, Heidelberg

- Birnie, Patricia/Boyle, Alan*, International Law & the Environment, 2. Auflage 2002, Oxford, sowie mit Redgwell, Catherine, 3. Auflage 2009, Oxford
- Bishnoi, Vijay*, Protectionism under a Green Label: Analysis in Light of the Waxman-Markey Climate Change Bill of 2009, in: CCLR 1 (2010), S. 65-75
- Bloch, Felix*, Technologietransfer zum internationalen Umweltschutz – Eine völkerrechtliche Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Schutzes der Ozonschicht und des Weltklimas, Bern 2007 (zugl. Bonn, Univ. Diss. 2006)
- Bodansky, Daniel*, The United Nations Framework Convention on Climate Change: A Commentary, in: YJIL 18 (1993) 1, S. 451-558
- Bodansky, Daniel*, Customary (and not so Customary) International Environmental Law, in: IJGLS 3 (1995/1996) 1, S. 105-119
- Bodansky, Daniel/Brunnée, Jutta/Hey, Ellen* (Hg.), The Oxford Handbook of International Environmental Law, Oxford 2007 (zit.: Bearbeiter in: Bodansky/Brunnée/Hey (Hg.), The Oxford Handbook of International Environmental Law)
- Bogdandy, Armin v.*, Internationaler Handel und nationaler Umweltschutz: Eine Abgrenzung im Lichte des GATT, in: EuZW 1992, S. 243-247
- Bogdandy, Armin v./Mavroidis, Petros/Mény, Yves* (Hg.), European Integration and International Coordination – Studies in Transnational Economic Law in Honour of Claus-Dieter Ehlermann, Den Haag 2002 (zit.: Bearbeiter in: Bogdandy/Mavroidis/Mény (Hg.), European Integration and International Coordination)
- Bortscheller, Mary*, Equitable but Ineffective: How the Principle of Common but Differentiated Responsibilities Hobbles the Global Fight against Climate Change, in: SDLP 10 (2009/2010) 2, S. 49-69
- Bothe, Michael*, The United Nations Framework Convention on Climate Change – an Unprecedented Multilevel Regulatory Challenge, in: ZaöRV 63 (2003), S. 239-254
- Boyle, A.E.*, Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law, in: ICLQ 48 (1999) 4, S. 901-913
- Boyle, Alan/Freestone, David* (Hg.), International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges, Oxford 1999

- Brainard, Lael/Sorkin, Isaac* (Hg.), *Climate Change, Trade and Competitiveness: Is a Collision Inevitable?*, Washington D.C. 2009 (zit.: Bearbeiter in: Brainard/Sorkin (Hg.), *Climate Change, Trade and Competitiveness*)
- Brack, Duncan/Grubb, Michael/Windram, Craig*, *International Trade and Climate Change Policies*, London 2000
- Braune, Bernard*, *Rechtsfragen der nachhaltigen Entwicklung im Völkerrecht*, Frankfurt a. M. 2005 (zugl. Berlin, Univ., Diss., 2005)
- Brink, Ryan Vanden*, *Competitiveness Border Adjustments in U.S. Climate Change Proposals Violate GATT: Suggestions to Utilize GATT's Environmental Exceptions*, in: *CJIELP* 21 (2010), S. 85-122
- Bronckers, Marco* (Hg.), *A Cross Section of WTO Law*, London 2000
- Brown Weiss, Edith*, *Environmental Change and International Law: New Challenges and Dimensions*, Tokyo 1992
- Brown Weiss, Edith*, *Rise or the Fall of International Law*, in: *Fordham Law Review* 69 (2000/2001) 2, S. 345-372
- Brown, Lesley*, *The New Shorter English Dictionary Vol. I*, Oxford 1993
- Brunnée, Jutta*, *From Bali to Copenhagen: Towards a Shared Vision for a Post-2012 Climate Regime*, in: *MJIL* 25 (2010), S. 86-108
- BMBF* (Hg.), *Bericht der Bundesregierung zur Bildung für eine nachhaltige Entwicklung*, Bonn 2002
- BMU* (Hg.), *Emissionshandel: Mehr Klimaschutz durch Wettbewerb*, 3. Auflage 2008, Berlin
- Búrca, Gráinne de/Scott, Joanne* (Hg.), *The EU and the WTO – Legal and Constitutional Issues*, Oxford 2001 (zit.: Bearbeiter in: Búrca/Scott (Hg.), *The EU and the WTO*)
- Burgi, Martin*, *Emissionszertifikate als Eigentum im Sinne von Art. 14 Grundgesetz*, in: *RdE* 2 (2004), S. 29-56
- Cendra, Javier de*, *Can Emissions Trading Schemes be Coupled with Border Tax Adjustments? An Analysis vis-à-vis WTO Law*, in: *RECIEL* 15 (2006), S. 131-145
- Charnovitz, Steve/Bartels, Lorand/Howse, Robert et al.*, *The Appellate Body's GSP decision*, in: *WTR* 3 (2004) 3, S. 239-265

- Charnovitz, Steve/Hufbauer, Gary Clyde/Kim, Jisun*, Global Warming and the World Trading System, Washington D.C. 2009
- Chaudhary, Omar*, The Propriety of Preferences – An Evaluation of EC and US GSP Schemes in the Wake of EC-Preferences in: SSRN Working Paper Series (15.2.2005), abrufbar unter: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=667626 (zuletzt besucht: 8.5.2012)
- Chinkin, C.M.*, The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law, in: ICLQ 38 (1989) 4, S. 850-866
- Chow, Daniel/Schoenbaum, Thomas*, International Trade Law: Problems, Cases and Materials, New York 2008
- Cole, M.A./Rayner, A.J./Bates, J.M.*, Trade Liberalisation and the Environment: The Case of the Uruguay Round, in: The World Economy 21 (1998) 3, S. 337-347
- Condon, Bradly*, Climate Change and Unresolved Issues in WTO Law in: JIEL 12 (4) 2009, S. 895-926
- Cosbey, Aaron*, Border Tax Adjustment, IISD Background Paper, Trade and Climate Change Seminar in Copenhagen 2008, Winnipeg 2008 (zit.: Cosbey, IISD Background Paper Border Tax Adjustment)
- Cosbey, Aaron* (Hg.), Trade and Climate Change: Issues in Perspective, IISD Final Report and Synthesis of Discussions Trade and Climate Change Seminar in Copenhagen 2008, Winnipeg 2008 (zit.: Cosbey, IISD Final Report and Synthesis of Discussions)
- Cottier, Thomas/Nartova, Olga/Bigdeli, Sadeq* (Hg.), International Trade Regulation and the Mitigation of Climate Change, Cambridge 2009 (zit.: Bearbeiter in: Cottier/Nartova/Bigdeli (Hg.), International Trade Regulation and the Mitigation of Climate Change)
- Crimp, Mary Kate*, Environmental Taxes: Can Border Tax Adjustments be used to Counter Any Market Disadvantage, in: NZJEL 12 (2008), S. 39-63
- Cullet, Philippe*, Differential Treatment in International Environmental Law, Aldershot 2003 (zugl.: Stanford, Univ., Diss., 2003)
- Dadwal, Shebonti Ray*, Energy-Related Border Trade Measures: Can they lead to Trade Wars?, in: Strategic Analysis 34 (2010) 6, S. 872-884
- Dam, Kenneth*, The GATT: Law and International Economic Organisation, Chicago 1970

- Davies, Arwel*, Interpreting the Chapeau of GATT Article XX in Light of the 'New' Approach in Brazil- Tyres, in: JWT 43 (2009) 3, S. 507-539
- Demaret, Paul/Stewardson, Raoul*, Border Tax Adjustments under GATT and EC Law and General Implications for Environmental Taxes, in: JWT 28 (1994) 4, S. 5-65
- Desmedt, Axel*, Proportionality in WTO Law, in: JIEL 4 (1991) 3, S. 441-480
- Dhar, Biswajit/Das, Kasturi*, The European Union's Proposed Carbon Equalization System: Can it be WTO Compatible?, Research and Information System for Developing Countries – Discussion Paper No. 156, September 2009 (zit.: Dhar/Das, RIS-DP Nr.156, Sept. 2009)
- Dieckmann, Andreas/Preisendörfer, Peter*, Umweltsoziologie – Eine Einführung, Hamburg 2001
- Diem, Andreas*, Freihandel und Umweltschutz in GATT und WTO, Baden-Baden 1996 (zugl.: Tübingen, Univ., Diss., 1995)
- Doehring, Karl*, Gewohnheitsrecht aus Verträgen, in: ZaöRV 36 (1976), S. 77-95
- Doelle, Meinhard*, Climate Change and the WTO: Opportunities to Motivate State Action on Climate Change through the World Trade Organization, in: RECIEL 13 (1) 2004, S. 85-103
- Dolde, Klaus-Peter* (Hg.), Umweltrecht im Wandel – Bilanz und Perspektiven aus Anlass des 25-jährigen Bestehens der Gesellschaft für Umweltrecht, Berlin 2001 (zit.: Bearbeiter in: Dolde, Umweltrecht im Wandel)
- Dröge, Susanne*, „Klimazölle“ und die Glaubwürdigkeit der EU-Klimastrategie SWP-Aktuell 72, September 2008, S. 1-8
- Dröge, Susanne/Cooper, Simone*, Tackling Leakage in a World of Unequal Carbon Prices, A Study for the Greens/EFA Group, Climate Strategies Mai 2010 (zit.: Dröge/Cooper, Climate Strategies Mai 2010)
- Dukgeun, Ahn*, Environmental Disputes in the GATT/WTO: Before and After US-Shrimp Case, in: Michigan Journal of International Law 20 (1998/1999) 4, S. 819-870
- Dworkin, Ronald*, Bürgerrechte ernstgenommen, 1. deutsche Auflage 1984, Frankfurt am Main

- Eberhard, Torsten*, Diskriminierende Gleichbehandlung von Entwicklungsländern in der WTO? Enabling Clause und die Allgemeinen Präferenzsysteme auf dem Prüfstand, Witten 2008 (Zugl.: Münster, Univ., Diss., 2008)
- Ehring, Lothar*, De Facto Discrimination in World Trade Law, in: JWT 36 (2002) 5, S. 921-977
- Ekardt, Felix/Hövel, Antonia v.*, Distributive Justice, Competitiveness, and Transnational Climate Protection: „One Human – One Emission Right“ in: CCLR 3 (2009) 1, S. 102-114
- Ekardt, Felix/Neumann, Nina*, Liberalisierter Welthandel und Umweltschutz: Produktionsbezogene Handelsbeschränkungen und Border Tax Adjustments für umweltschädlich im Ausland hergestellte Produkte, in: ZfU 2 (2008), S. 183-208
- Ekardt, Felix/Schmeichel, Andrea*, Border Tax Adjustments, WTO Law, and Climate Protection, 2008, abrufbar unter: http://www.sustainability-justice.climate.eu/files/texts/Border_Adjustments_WTO_and_Climate_Policy.pdf (zuletzt besucht: 8.5.2012; zit.: Ekardt/Schmeichel, Border Tax Adjustments, WTO Law and Climate Protection)
- Ekins, Paul/Barker, Terry*, Carbon Taxes and Carbon Emissions Trading, in: Journal of Economic Surveys 15 (2001) 3, S. 325-376
- Elias, Olufemi/Lim, Chin*, 'General Principles of Law', 'Soft' Law and the Identification of International Law, in: NYIL 28 (1997), S. 3-49
- Elzen, Michel den/Höhne, Niklas/Hagemann, Markus et al.* in: PBL (Hg.), Sharing Developed Countries' Post 2012 Greenhouse Gas Emission Reductions Based on Comparable Efforts, Balthofen 2009
- Epiney, Astrid*, „Gerechtigkeit“ im Umweltvölkerrecht, in: APuZ 24 (2007), S. 31-38
- Epiney, Astrid*, Welthandel und Umwelt – Ein Beitrag zur Dogmatik der Art. III, IX, XX GATT, in: DVBl 2000, S. 77-86
- Epiney, Astrid/Scheyli, Martin*, Umweltvölkerrecht, Bern 2000
- Pauwelyn, Joost*, U.S. Federal Climate Policy and Competitiveness Concerns: The Limits and Options of International Trade Law, NI Working Paper No. 2, April 2007 (zit.: Pauwelyn, , NI WP 07/02)
- Esty, Daniel*, Greening the GATT – Trade, Environment and the Future, Washington D.C. 1994

- Europäische Kommission* (Hg.), Einstellungen der europäischen Bürger zum Klimawandel, Spezial Eurobarometer 300/Welle 69.2 – TNS Opinion & Social, 2008
- Europäische Kommission* (Hg.), Einstellungen der europäischen Bürger zur Umwelt, Spezial Eurobarometer 295/Welle 68.2 – European Opinion Research Group EEIG, 2008
- Europäische Kommission* (Hg.), Bekämpfung des Klimawandels: Europa in der Vorreiterrolle, 2008 (zit.: Europäische Kommission (Hg.), Bekämpfung des Klimawandels)
- Europäische Kommission/McKinsey & Company/Ecofys*, EU ETS Review, Report on International Competitiveness, 2006
- European Parliament* (Hg.), Linking the EU's Emissions Trading System to any Future US Emissions Trading Scheme, Study by the Policy Department Economic and Scientific Policy, IP/A/ENVI/ST/2008-24, Brüssel 2009
- Fauchald, Ole Kristian*, Environmental Taxes and Trade Discrimination, London 1998
- Fischer, Carolyn/Fox, Alan*, Comparing Policies To Combat Emissions Leakage: Border Tax Adjustments Versus Rebates, RFF Discussion Paper 02/2009 (zit.: Fischer/Fox, RFF DP 09/02)
- Frankel, Jeffrey*, Climate and Trade – Links Between the Kyoto Protocol and WTO, in: Environment: Science and Policy for Sustainable Development 47 (2005)7, S. 8-19
- French, Duncan*, Treaty Interpretation and the Incorporation of Extraneous Legal Rules, in: ICLQ 55 (2006) 2, S. 281-314
- French, Duncan*, Developing States and International Environmental Law: The Importance of Differentiated Responsibilities, in: ICLQ 49 (2000) 1, S. 36-60
- Frenz, Walter* (Hg.), Emissionshandelsrecht – Kommentar zum TEHG und ZuG, 2. Auflage 2008, Berlin (zit.: Bearbeiter in: Frenz, Emissionshandelsrecht)
- Gaines, Stanford*, The WTO's Reading of the GATT Article XX Chapeau: A Disguised Restriction on Environmental Measures, in: University of Pennsylvania Journal of International Economic Law 22 (2001) 4, S. 739-862

- Gallagher, Kevin/Wernsman, Jacob* (Hg.), *The Earthscan Reader on International Trade & Sustainable Development*, London 2002
- Genasci, Matthew*, Border Tax Adjustments and Emissions Trading: The Implications of International Trade Law for Policy Design, in: *CCLR* 1 (2008), S. 33-42
- Ginther, Konrad/Denters, Erik/de Waart, Paul* (Hg.), *Sustainable Development and Good Governance*, Den Haag 1995
- Glass, Christian*, Die gemeinsame, aber unterschiedliche Verantwortlichkeit als Bestandteil eines umweltvölkerrechtlichen Prinzipiengefüges – Konkretisierungsvorschläge für künftige Übereinkommen zum Schutz globaler Umwelt, Berlin 2008 (zugl. Trier Univ. Diss. 2007)
- Global Canopy Programme* (Hg.), *The Little Climate Finance Book*, Oxford 2009
- Godard, Olivier*, Unilateral European Post-Kyoto climate policy and economic adjustment at EU borders, *Chaire developpement durable*, EDF – Ecole Polytechnique *Cahier n° DDX 07-15* v. 4. Oktober 2007 (zit.: Godard, EDF/École Polytechnique *Cahier Nr. DDX 07/15*)
- Goh, Gavin*, The World Trade Organization, Kyoto ad Energy Tax Adjustments at the Border, in: *JWT* 38 (2004) 3, S. 395-423
- Grandjot, René*, Die Auswirkungen der Rahmengesetzgebungskompetenz im Umweltrecht auf die Wirtschaft, in: *NuR* 27 (2005) 11, S. 679-682
- Grätz, Jonas*, Zur Kompatibilität von WTO-Recht mit umweltvölkerrechtlichen Regimen, in *KJ* 39 (2006), S. 39-59
- Grißhaber, Linde*, *Transparenz in der Internationalen Klimafinanzierung*, Germanwatch Hintergrundpapier, Bonn 2011
- Groß, Matthias* (Hg.), *Handbuch Umweltsoziologie*, Wiesbaden 2011 (zit.: Bearbeiter in: *Groß, Handbuch Umweltsoziologie*)
- Grossman, Gene/Krueger, Alan*, Economic Growth and the Environment, *QJE* 110 (1995) 2, S. 353-377
- Grossman, Gene/Krueger, Alan*, Environmental Impacts of A North American Free Trade Agreement, *NBER Working Paper No. 3914*, 1991 (zit.: Grossman/Krueger, *NBER Working Paper Nr. 3914* (1991))
- Hammerl, Christoph*, *Inländerdiskriminierung*, Berlin 1997 (zugl.: Bayreuth, Univ., Diss., 1996)

- Handl, Günther*, Environmental Security and Global Change: The Challenge to International Law, in: YIEL 1 (1990), S. 3-18
- Hansen, Patricia Isela*, Transparency, Standards of Review, and the Use of Trade Measures to Protect the Global Environment, in: VJIL 39 (1998-1999) S. 1017-1068
- Harris, Paul*, Common but Differentiated Responsibility: The Kyoto Protocol and United States Policy, in: N.Y.U. Environmental Law Journal 7 (1999) 1, S. 27-48
- Hart, Michael/Dymond, Bill*, Special and Differential Treatment and the Doha "Development" Round, in: JWT 37 (2) 2003, S. 395-415
- Hendler, Reinhard/Marburger, Peter/Reiff, Peter/Schröder, Meinhard* (Hg.), Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts, Berlin 2008 (zit.: Bearbeiter in: Hendler/Marburger/Reiff/Schröder (Hg.), Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 2008)
- Henkin, Louis*, International Law: Politics and Values, Dordrecht 1995
- Herdegen, Matthias*, Völkerrecht, 11. Auflage 2012, München
- Herrmann, Christoph/Weiß, Wolfgang/Ohler, Christoph*, Welthandelsrecht, 2. Auflage 2007, München
- Hertel, Michael*, Climate-Change-Related Trade Measures and Article XX: Defining Discrimination in Light of the Principle of Common but Differentiated Responsibilities, in: JWT 45 (2011) 3, S. 653-678
- Heusel, Wolfgang*, „Weiches“ Völkerrecht: Eine vergleichende Untersuchung typischer Erscheinungsformen, Baden-Baden 1991 (zugl.: Mainz, Univ., Diss., 1989)
- Hilf, Meinhard/Oeter, Stefan* (Hg.), WTO-Recht – Rechtsordnung des Welthandels, 2. Auflage 2010, Baden-Baden (zit.: Bearbeiter in: Hilf/Oeter (Hg.), WTO-Recht)
- Hobe, Stephan/Kimminich, Otto*, Einführung in das Völkerrecht, 9. Auflage 2008, Tübingen
- Hoerner, Andrew*, The Role of Border Tax Adjustments in Environmental Taxation: Theory and U.S. Experience, Working Paper, März 1998 (zit.: The Role of Border Tax Adjustments in Environmental Taxation)
- Holmes, Peter/Reilly, Tom/Rollo, Jim*, Border Carbon Adjustments and the Potential for Protectionism, in: Climate Policy 11 (2011), S. 883-900

- Holzer, Kateryna*, Proposals on Carbon-related Border Adjustments: Prospects for WTO Compliance, in: CCLR 4 (2010) 1, S. 51-64
- Holzer, Kateryna*, Trade and Climate Policy Interaction: Dealing with WTO Law Inconsistencies of Carbon-related Border Adjustment Measures, NCCR Climate Research Paper 2010/06 (zit.: Holzer, NCCR Climate Research Paper 2010/06)
- Honkonen, Tuula*, The Common but Differentiated Responsibility Principle in Multilateral Environmental Agreements: Regulatory and Policy Aspects, Alphen aan den Rijn 2009
- Houser, Trevor/Bradley, Rob/Childs, Britt et al.*, Leveling the Carbon Playing Field: International Competition and U.S. Climate Policy Design, Washington D.C. 2008
- Howse, Robert/Regan, Donald*, The Product/Process Distinction – An Illusory Basis for Discipling „Unilateralism“ in Trade Policy, in: EJIL 11 (2000) 2, S. 249-289
- Hübschmann, Walter/Hepp, Ernst/Spitaler, Armin* (Hg.), Kommentar zur Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung Bd. I, Loseblattsammlung Stand Mai 2011
- Hufbauer, Gary Clyde/Erb Joanna Shelton*, Subsidies in International Trade, Washington D.C. 1984
- Hufbauer, Gary Clyde/Gabyzon, Carol*, Fundamental Tax Reform and Border Tax Adjustments, Washington D.C. 1996
- Hufen, Friedhelm*, Staatsrecht II – Grundrechte, 2. Auflage 2009, München
- Hunter, David*, Implications of the Copenhagen Accord for Global Climate Governance, in: SDLP 10 (2009/2010) S. 4-57
- Indian Institute for Foreign Trade, Center for WTO Studies* (Hg.), WTO Compatibility of Border Trade Measures for Environmental Protection – Frequently Asked Questions), Februar 2010
- IPCC: Canziani, Osvaldo/McCarthy, James/Leary, Neil et al.* (Hg.), Contribution of Working Group II to the Third Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, 2001: Impacts, Adaptation and Vulnerability, Cambridge 2001 (zit: Bearbeiter in: McCarthy/Canziani/Leary et al. (Hg.), IPCC Third Assessment Report: Climate Change 2001: Working Group II: Impacts, Adaptation and Vulnerability)

- IPCC: Parry, Martin/Canziani, Osvaldo/Palutikof, Jean./van der Linden, Paul./Hanson, Clair* (Hg.), Contribution of Working Group II to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, 2007: Impacts, Adaptation and Vulnerability, Cambridge 2007 (zit.: Bearbeiter in: Parry/Canziani/Palutikof/et al (Hg.), IPCC Fourth Assessment Report: Climate Change 2007: Working Group II: Impacts, Adaptation and Vulnerability)
- IPCC: Watson, Robert/Zinyowera, Marufu./Moss, Richard/Dokken, David* (Hg.), IPCC Special Report: The Regional Impacts of Climate Change: An Assessment of Vulnerability, Special Report of IPCC Working Group II, Cambridge 1997 (zit.: IPCC (Hg.), The Regional Impacts of Climate Change)
- Ipsen, Knut*, Völkerrecht, 6. Auflage 2012, München
- Ismer, Roland /Neuhoff, Karsten*, International Cooperation to Limit the Use of Border Adjustment, Workshop Summary, November 2008,
- Ismer, Roland/Neuhoff, Karsten*, Border Tax Adjustment: A Feasible Way to Support stringent emission trading, in: EJLE 24 (2007) 1, S. 137-164
- Ismer, Roland/Neuhoff, Karsten*, Border Tax Adjustments: A Feasible Way to Address Nonparticipation in Emission Trading, Cambridge Working Papers in Economics CWPE 0409 / CMI Working Paper 35 (zit.: Ismer/Neuhoff, CMI Working Paper 36/CWPE 0409)
- Jackson, John*, The World Trading System, 2. Auflage 1997, Cambridge (Massachusetts)
- Janzen, Bernd*, International Trade Law and the „Carbon Leakage“ Problem: Are Unilateral U.S. Import Restrictions the Solution?, in: SDLP 8 (2008), S. 22-26
- Jennings, Robert /Watts, Arthur* (Hg.), Oppenheim's International Law, Vol. 1 (Peace), 9. Auflage 1992, Harlow
- Jessen, Henning*, WTO-Recht und „Entwicklungsländer“ – „Special and Differential Treatment for Developing Countries“ im multidimensionalen Wandel des Wirtschaftsvölkerrechts, Berlin 2006 (zugl. Halle-Wittenberg, Univ., Diss., 2005-2006)
- Joyner, Christopher*, Remarks on Common but Differentiated Responsibility, in: ASIL 96 (2002), S. 358-359

- Kellersmann, Bettina*, Die gemeinsame aber differenzierte Verantwortlichkeit von Industriestaaten und Entwicklungsländern für den Schutz der globalen Umwelt, Berlin 2000 (zugl.: Heidelberg, Univ., Diss., 1998-1999)
- Kewenig, Wilhelm*, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Völkerrecht der internationalen Handelsbeziehungen, Bd. 1: Der Begriff der Diskriminierung, Frankfurt a.M. 1972 (zugl.: Bonn, Univ., Habil.-Schr., 1969/70)
- Khrebtukova, Alexandra*, Using National Border Climate Adjustment Schemes to Facilitate Global Greenhouse Gas Management in Industrial Production, in: Washington & Lee Journal of Energy, Climate & the Environment 1 (2010) 1, 107-176
- Kirchhof, Ferdinand*, Der Baden-Württembergische „Wasserpfennig“, in: NVwZ 1987, S.1031-1037
- Klabbers, Jan*, Jurisprudence in International Law – Article XX of GATT, in: JWT 26 (1992) 2, S. 63-94
- Kley, Max Dietrich/Sünner, Eckart/Willemsen, Arnold* (Hg.), Festschrift für Wolfgang Ritter zum 70. Geburtstag, Köln 1997 (zit.: Bearbeiter in: Kley/Sünner/Willemsen (Hg.), Festschrift Ritter)
- Kluttig, Bernhard*, Welthandelsrecht und Umweltschutz – Kohärenz und Konkurrenz, Arbeitspapiere aus dem Institut für Wirtschaftsrecht herausgegeben v. Tietje, Christian/Kraft, Gerhard, Heft 12, März 2003 (zit.: Kluttig in: Tietje/Kraft (Hg.), Arbeitspapiere aus dem Institut für Wirtschaftsrecht, Heft 12)
- Knopp, Lothar/Piroch, Ingmar*, Umweltschutz und Wirtschaftskrise – Verschärfung des Spannungsverhältnisses Ökonomie-Ökologie, in: ZUR 2009, Heft 9, S. 409-413
- Kommerskollegium* (Hg.), Practical Aspects of Border Carbon Adjustment Measures – Using a Trade Facilitation Perspective to Assess Trade Cost, National Board of Trade, Dezember 2010
- Kommerskollegium* (Hg.), Climate and Trade Rules – Harmony or Conflict, 2004
- Konert, Katharina*, Die unterschiedliche Behandlung im Welthandels- und Umweltvölkerrecht und ihr Einfluss auf die Herausbildung eines Solidaritätsprinzips, Berlin 2010 (zugl. Köln, Univ., Diss., 2009)
- Konzak, Olaf* (Hg.), Emissionshandel in der Praxis, 2006 Heidelberg (zit. Bearbeiter in: Konzak, Emissionshandel)

- Krapf, Hanna/Wehlau, Diana*, Klimawandel, Preisentwicklung und Konsum – Konsumenten zwischen steigendem Umweltbewusstsein und sinkenden ökonomischen Handlungsspielräumen, Artec-Paper Nr. 161, Mai 2009 (zit.: Krapf/Wehlau, Artec-Paper Nr. 161, Mai 2009)
- Kreuter-Kirchhof, Charlotte*, Neue Kooperationsformen im Umweltvölkerrecht – Die Kyoto Mechanismen, Berlin 2005 (zugl. Bonn, Univ., Diss. 2003)
- Lamy, Pascal*, Climate First, Trade Second: GATTzilla is Long Gone, Vortrag im Rahmen der Simon Riesman Lecture an der Carleton University, Ottawa, 2. November 2009 (zit.: Lamy, Climate First, Trade Second)
- Lamy, Pascal*, Introductory Remarks im Rahmen des WTO Public Forum: High-Level Panel on Mutual Supportiveness of Trade, Climate Change and Development Objectives and Policies (zit.: Lamy, Introductory Remarks)
- Lang, Winfried* (Hg.), Sustainable Development and International Law, London 1995
- Larenz, Karl*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage 1991, Berlin
- Leebron, David*, Linkages, in: AJIL 96 (2002) 1, S. 5-27
- Leirer, Wolfgang*, Rechtliche Grundfragen des Verhältnisses internationaler Umweltschutzabkommen zum GATT, Augsburg 1998 (zugl.: Augsburg, Univ., Diss., 1998)
- Lennard, Michael*, Navigating by the Stars: Interpreting the WTO Agreements, in: JIEL 5 (2002) 1, S. 17-89
- Lockwood, Ben/Whalley, John*, Carbon-motivated Border Tax Adjustments: Old Wine in Green Bottles, in: The World Economy 33 (6) 2010, S. 810-819
- Low, Patrick/Marceau, Gabrielle/Reinaud, Julia*, The interface between the trade and climate change regimes: Scoping the Issue, WTO Staff Working Paper ERSD-2011-1 (zit.: Low/Marceau/Reinaud, The interface between the trade and climate change regimes)
- Macintosh, Andrew*, Overcoming the Barriers to International Aviation Greenhouse Gas Emissions Abatement, in: Air & Space Law 33 (2008) 6, S. 403-429
- Magraw, Daniel Barstow*, Legal Treatment of Developing Countries: Differential, Contextual, and Absolut Norms, in: CJIELP 1 (1990), S. 69-99
- Marceau, Gabrielle*, WTO Dispute Settlement and Human Rights, in: EJIL 13 (2002) 4, S. 753-81

- Marceau, Gabrielle*, A Call for Coherence in International Law – Praises for the Prohibition Against „Clinical Isolation“ in WTO Dispute Settlement, in: JWT 33 (1999) 5, S. 87-152
- Marceau, Gabrielle*, Conflicts of Norms and Conflict of Jurisdictions: The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties, in: JWT 35 (6) 2001, S. 1081-1131
- Maruyama, Warren*, Trade and WTO Aspects of U.S. Climate Change Legislation: Cap-And-Trade or a Carbon Tax?, A Study for the Fair Trade Center, Washington D.C. 2010
- Maslow, A.H.*, A Theory of Human Motivation, in: Psychological Review 50 (1943) 4, S. 370-407
- Mason, Amy*, The Degeneralization of the Generalized System of Preferences (GSP): Questioning the Legitimacy of the U.S. GSP, in: Duke Law Journal 54 (2004) 2, S. 513-547
- Matsui, Yoshiro*, Some Aspects of the Principle of „Common but Differentiated Responsibilities“, in: International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics 2 (2002), S. 151-171
- Matsushita, Mitsuo/Schoenbaum, Thomas/Mavroidis, Petros*, The World Trade Organization: Law, Practice and Policy, 3. Auflage 2011, Oxford
- Mavroidis, Petros*, Trade and Environment after the Shrimp-Turtles Litigation, in: JWT 34 (1) 2000, S. 73-88
- McGrady, Benn*, Fragmentation of International Law or „Systemic Integration“ of Treaty Regimes: EC-Biotech Products and the Proper Interpretation of Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, in: JWT 42 (2008) 4, S. 589-618
- McLachlan, Campbell*, The Principle of Systemic Integration and Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention, in: ICLQ 54 (2005) 2, S. 279-320
- Mehrbrey, Kim Lars*, Verfassungsrechtliche Grenzen eines Marktes handelbarer Emissionsrechte, Untersuchung eines sogenannten marktwirtschaftlichen Umweltschutzzinstruments – dargestellt am Beispiel der Luftreinhaltung, Berlin 2003 (zugl. Köln, Univ., Diss., 2001)
- Meyer-Ohlendorf, Nils/Gestetter, Christiane*, Trade and Climate Change – Triggers or Barrier for Climate Friendly Technology Transfer and Development, FES Dialogue on Globalization, Occasional Papers Nr. 41, Februar 2009,

Berlin (zit.: Meyer-Ohlendorf/Gestette, FES Dialogue on Globalization, Occasional Paper Nr. 41 (2009))

Meyer-Ohlendorf, Nils/Pitschas, Christian/Görlach, Benjamin, Weiterentwicklung des Emissionshandels unter besonderer Berücksichtigung von Maßnahmen betreffend energieintensive Industrien, Ecologic Institut, UFOPLAN 370941505, Juni 2010 (zit.: Meyer-Ohlendorf/Pitschas/Görlach, Weiterentwicklung des Emissionshandels)

Michaelowa, Axel/Tangen, Kristian/Hasselknippe, Henrik, Issues and Options for the Post-2012 Climate Architecture – An Overview, in: International Environmental Agreements 5 (2005) 1, S. 5-24

Ministry of Foreign Affairs of The Netherlands (Hg.), Unilateral Measures addressing Non-Trade Concerns – a Study of WTO Consistency, Relevance of other International Agreements, Economic Effectiveness and Impact on Developing Countries of Measures concerning Non-Product-Related Processes and Production Methods, Den Haag 2007

Murswiek, Dietrich, Die Ressourcennutzungsgebühr – Zur rechtlichen Problematik des Umweltschutzes durch Abgaben, in: NuR 1994 (4), S. 170-176

Nawrath, Jens, Emissionszertifikate und Finanzverfassung, Berlin 2008 (zugl. Saarbrücken, Univ., Diss., 2007)

Norman, George/Trachtman, Joel, The Customary International Law Game, in: AJIL 99 (2005) 3, S. 541-580

Norton, Andres/Mearns, Robin (Hg.), The Social Dimension of Climate Change – Equity and Vulnerability in a Warming World, Washington D.C. 2010

O'Brien, Julia, The Equity of Levelling the Playing Field in the Climate Change Context, in: JWT 43 (2009) 5, S. 1093-1114

Oberthür, Sebastian/Ott, Hermann, Das Kyoto-Protokoll – Internationale Klimapolitik für das 21. Jahrhundert, Opladen 2000

OECD (Hg.), Environmentally Related Taxes in OECD Countries: Issues and Strategies, Paris 2001

OECD (Hg.), Trade and Environment: Processes and Production Methods, Paris 1994 (zit.: Bearbeiter in: OECD (Hg.), Trade and Environment: Processes and Production Methods)

OECD (Hg.), The Political Economy of Environmentally Related Taxes, Paris 2006

- Oppermann, Thomas/Beise, Marc*, Freier Welthandel und Umweltschutz nach der WTO-Doha Konferenz 2001, in: RIW 4 (2002), S. 269-274
- Ozborn, Jasper*, The Climate Security Act of 2008 and Other Carbon-Based Trade Restrictions: Are they Legal under International Law, in: Loyola University Chicago International Law Review 7 (2009/2010) 1, S. 51-71
- Palmeter, David/Mavroidis, Petros*, The WTO Legal System: Sources of Law, in: AJIL 92 (1998) 3, S. 398-413
- Panizzon, Marion/Arnold, Luca/Cottier, Thomas*, Handel und Umwelt in der WTO: Entwicklungen und Perspektiven, in: Umweltrecht in der Praxis 3 (2010), S. 199-247
- Panizzon, Marion/ Cottier, Thomas/Tuerk, Elisabeth*, Handel und Umwelt im Recht der WTO: Auf dem Wege zur praktischen Konkordanz, in: ZUR Sonderheft 2003 S. 155-166
- Pauwelyn, Joost*, U.S. Federal Climate Policy and Competitiveness Concerns: The Limits and Options of International Trade Law, Working Paper of the Nicholas Institute for Environmental Policy Solutions of the Duke University April 2007 07-02 (zit.: Pauwelyn, NI WP 07/02)
- Pauwelyn, Joost*, Testimony Before the Subcommittee on Trade of the House Committee on Ways and Means v. 24. März 2009, abrufbar unter: http://www.google.de/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CGoQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwaysandmeans.house.gov%2Fmedia%2Fpdf%2F111%2Fpauw.pdf&ei=7zapT6D_CLTa4QSJILSPDQ&usg=AFQjCNHtSn1qaZ6VedfDvS4SAau10IOyEA&sig2=WCBYN_vGIJQOv62IkxyfeQ (zuletzt besucht: 8.5.2012; zit.: Pauwelyn, Testimony Before the Subcommittee on Trade of the House Committee on Ways and Means)
- Pauwelyn, Joost*, Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to other Rules of International Law, Cambridge 2003
- Pauwelyn, Joost*, The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?, in: AJIL 95 (2001) 3, S. 535-578
- Pauwelyn, Joost*, How to Win a World Trade Organization Dispute Based on Non-World Trade Organization Law?, in: JWT 37 (2003) 6, S. 997-1030
- Pertsova, Carolyn* (Hg.), Ecological Economics Research Trends , New York 2007 (zit.: Bearbeiter in: Pertsova (Hg.), Ecological Economics Research Trends)

- Petersmann, Ernst-Ulrich* (Hg.), *Studies in Transnational Economic Law*, Vol.11: *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, London 1997 (zit.: Bearbeiter in: Petersmann (Hg.), *Studies in Transnational Economic Law*, Vol. 11)
- Peterson, Everett/Schleich, Joachim*, *Economic and Environmental Effects of Border Tax Adjustments*, Fraunhofer Institut, Working Paper Sustainability and Innovation No. S1/2007 (zit.: Peterson/Schleich, Working Paper Sustainability and Innovation Nr. S1/2007)
- PEW Center* (Hg.), *Congressional Policy Brief, Addressing Competitiveness in U.S. Climate Policy*, Fall 2008 (zit.: Pew Center (Hg.), *Congressional Policy Brief*)
- PEW Center* (Hg.), *Beyond Kyoto, Advancing the international Effort against Climate Change*, Dezember 2003 (zit.: Bearbeiter in: Pew Center (Hg.) *Beyond Kyoto*)
- Pitschas, Christian*, *GATT/WTO Rules for Border Tax Adjustment and the Proposed European Directive Introducing a Tax on Carbon Dioxide Emissions and Energy*, in: *GJICL* 24 (1994-1995), S. 479-500
- Pohlmann, Markus*, *Kyoto-Protokoll: Erwerb von Emissionsrechten durch Projekte in Entwicklungsländern*, Berlin 2004 (zugl. Hamburg, Univ., Diss., 2003)
- Ponnambalam, Arjun*, *U.S. Climate Change Legislation and the Use of GATT Article XX to Justify a „Competitiveness Provision“ in the Wake of Brazil-Tyres*, in: *Georgetwon Journal of International Law* 40 (2008/2009) 1, S. 261-289
- Prins, Gwyn/Galiana, Isabel/Green, Christopher* et al., *Das Hartwell Papier – Zur Neuausrichtung der Klimapolitik nach dem Zusammenbruch von 2009*, Mai 2010, abrufbar unter: http://www.google.de/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CGIQFjAA&url=http%3A%2F%2Fprints.lse.ac.uk%2F27939%2F2%2FHartwellPaper_German_translation.pdf&ei=zipT9iDKdGQ4gTmqLG-CQ&usg=AFQjCNGZSa2D-yESJJV1NacWQTXZuQ-qUPQ&sig2=JQfUXeQIAw-IDKuUH_04KIw (zuletzt besucht am 8.5.2012; zit.: Prins/Galiana/Green et al., *Das Hartwell-Papier*)
- Puth, Sebastian*, *Der Umweltschutz im Recht der WTO*, Baden-Baden 2005
- Puth, Sebastian*, *WTO und Umwelt – Die Produkt-Prozess-Doktrin*, Berlin 2003 (zugl.: Hamburg, Univ., Diss., 2002)

- Qin, Julia Ya*, Defining Nondiscrimination under the Law of the World Trade Organization, in: Boston University International Law Journal 23 (2005) 2, S. 215-297
- Quick, Reinhard*, „Border Tax Adjustment“ in the Context of Emission Trading: Climate Protection or „Naked Protectionism“?, in: GTCJ 3 (2008) 5, S. 163-175
- Quick, Reinhard*, Border Tax Adjustment to Combat Carbon Leakage: A Myth, in: GTCJ 4 (2009) 11/12, S. 353-357
- Quick, Reinhard/Lau, Christian*, Environmentally Motivated Tax Distinctions and WTO Law – The European Commission's Green Paper on Integrated Product Policy in Light of the „like product-“ and „PPM-“ Debates, in: JIEL 6 (2003) 2, S. 419-458
- Rajamani, Lavanya*, The Principle of Common but Differentiated Responsibility and the Balance of Commitments under the Climate Regime, in: RECIEL 9 (2) 2000, S. 120-131
- Rajamani, Lavanya*, Differential Treatment in International Environmental Law, Oxford 2006
- Regan, Donald*, Regulatory Purpose and „Like Products“ in Article III:4 of the GATT, in: JWT 36 (2002) 3, S. 443-478
- Reinaud, Julia*, Issues Behind Competitiveness and Carbon Leakage – Focus on Heavy Industry, IEA Information Paper/OECD 2008 (zit: Reinaud, Issues Behind Competitiveness and Carbon Leakage)
- Rengeling, Hans-Werner* (Hg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Bd. II, 2. Teilbd., 2. Auflage 2003, Köln (zit.: Bearbeiter in: Rengeling (Hg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Bd. II, 2. Teilbd.)
- Revesz, Richard/Sands, Philippe/Steward, Richard* (Hg.), Environmental Law, the Economy and Sustainable Development – The United States, the European Union and the International Community, Cambridge 2000 (zit.: Bearbeiter in: Revesz/Sands/Steward (Hg.), Environmental Law, the Economy and Sustainable Development)
- Ricardo, David*, Über die Grundsätze der Politischen Ökonomie und der Besteuerung, 2. deutsche Auflage 1979, Berlin
- Ricardo, David* in: Piero Sraffa (Hg.), The Works and Correspondence of David Ricardo Vol. IV: Pamphlets and Papers 1815-1823, Cambridge 1951

- Richardson, Benjamin/Le Bouthillier, Yves/McLeod-Kilmurray, Heather/Wood, Stepan* (Hg.), *Climate Law and Developing Countries – Legal and Policy Challenges for the World Economy*, Cheltenham 2009 (zit.: Bearbeiter in: Richardson/Le Bouthillier/McLeod-Kilmurray/Wood (Hg.), *Climate Law and Developing Countries*)
- Rieck, Hasso*, Zu der Reform des Allgemeinen Präferenzsystems der EG, in: *Zeus* 2006 (2), S. 177-219
- Robra, Karoline*, Welthandelsrechtliche Aspekte der internationalen Besteuerung aus europäischer Perspektive, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 40 Mai 2005, herausgegeben von Christian Tietje/Gerhard Kraft (zit.: Robra in: Tietje/Kraft (Hg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 40)
- Rose, Andrew*, Do We Really Know that the WTO Increases Trade?, in: *AER* 94 (2004) 1, S. 98-114
- Ruddigkeit, Dana*, Border Tax Adjustment an der Schnittstelle von Welthandelsrecht und Klimaschutz vor dem Hintergrund des Europäischen Emissionszertifikatehandels, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 89, Juli 2009, herausgegeben von Christian Tietje/Gerhard Kraft (zit.: Ruddigkeit in: Tietje/Kraft (Hg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 89)
- Sachverständigenrat für Umweltfragen* (Hg.), *Klimaschutz in der Finanzkrise*, Kommentar zur Umweltpolitik Nr. 6, Dezember 2008
- Saddler, Hugh/Muller, Frank/Cuevas, Clara*, Competitiveness and Carbon Pricing: Border Adjustments for Greenhouse Policies, The Australia Institute Discussion Paper No. 86 April 2006 (zit.: Saddler/Muller/Cuevas, The Australia Institute DP Nr. 86 (2006))
- Sampson, Gary*, Effective Multilateral Environment Agreements and Why the WTO Needs Them, in: *The World Economy* 24 (2001) 9, S. 1109-1134
- Sands, Philippe*, *Principles of International Environmental Law*, 2. Auflage 2003, Cambridge
- Sands, Philippe*, Treaty, Custom and the Cross-fertilisation of International Law, in: *Yale Human Rights and Development Law Journal* 1 (1998), S. 85-105
- Sangmeister, Hartmut*, *Entwicklung und internationale Zusammenarbeit*, Baden-Baden 2009

- Schmahl, Stefanie*, Enabling Clause“ versus Meistbegünstigung, in: AVR 42 (2004) 4, S. 389-410
- Schön, Wolfgang*, WTO und Steuerrecht, in: RIW 2004 (1), S. 50-62
- Seiler, Christian*, Kompetenz- und verfahrensrechtliche Maßstäbe europäischer Umweltabgaben – Die Versteigerung von CO₂-Emissionszertifikaten und die Überschreitungsabgabe auf CO₂ Emissionen von Neuwagen im Lichte der europäischen Zuständigkeitsordnung, in: EuR 2010, S. 67-89
- Shaw, Malcolm*, International Law, 6. Auflage 2008, Cambridge
- Shoyer, Andrew*, WTO Background Analysis of International Provisions of U.S. Climate Change Legislation, 2009 (zit.: Shoyer, Background Analysis)
- Shue, Henry*, Global Environment and International Inequality, in: International Affairs 75 (1999) 3, S. 531-545
- Sinclair, Ian*, The Vienna Convention on the Law of Treaties, 2. Auflage 1984, Manchester
- Sindico, Francesco*, The EU and Carbon Leakage: How to Reconcile Border Adjustments with the WTO?, in: European Energy and Environmental Law Review 17 (2008) 6, S. 328-340
- Soanes, Catherine/Stevenson, Angus* (Hg.), Concise Oxford English Dictionary, 11. Auflage 2004, Oxford
- Spieler, Martin*, Beste verfügbare Technik und Immissionsschutzrecht – Die BVT-Merkblätter und ihre Bedeutung im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren, Berlin 2006 (zugl. Würzburg, Univ., Diss., 2005)
- Staehelin-Witt, Elke/ Blöchliger, Hansjörg* (Hg.), Ökologisch orientierte Steuerreformen: Die fiskal- und aussenwirtschaftspolitischen Aspekte, Publikation des Bundesamtes für Aussenwirtschaft, Bern 1997 (zit.: Bearbeiter in: Staehelin-Witt/Blöchliger (Hg.), Ökologisch orientierte Steuerreformen)
- Stavang, Endre*, Property in Emissions? Analysis of the Norwegian GHG ETS with References also to the UK and the EU, in: Environmental Law and Management 17 (2005), S. 209-217
- Stehr, Nico*, Die Moralisierung der Märkte – Eine Gesellschaftstheorie, Frankfurt a.M. 2007
- Stein, Torsten/von Buttlar, Christian*, Völkerrecht, 12. Auflage 2009, Köln

- Stern, Nicholas*, Stern Review on the Economics of Climate Change, Ausführliche Zusammenfassung, London 2006
- Stern, Nicholas*, Stern Review on the Economics of Climate Change, Zusammenfassung der Schlussfolgerungen, London 2006
- Steward, Terence*, The GATT Uruguay Round – A Negotiating History (1986-1994), Vol. IV: The End Game (Part I), Den Haag 1999
- Stiglitz, Joseph*, A New Agenda for Global Warming, in: *Economists Voice* Juli 2006, S. 1-4
- Stoll, Peter-Tobias/Schorkopf, Frank*, WTO – World Economic Order, World Trade Law, Leiden 2006
- Stone, Christopher*, Common but Differentiated Responsibilities in International Law, in: *AJIL* 98 (2004) 2, S. 276-301
- Switzer, Stephanie*, Environmental Protection and the Generalized System of Preferences: A Legal and Appropriate Linkage?, in: *ICLQ* 57 (2008) 1, S. 113-147
- Tamiotti, Ludivine/Kulacoglu, Vesile*, National Climate Change Mitigation Measures and Their Implications for the Multilateral Trading System: Key Findings of the WTO/UNEP Report on Trade and Climate Change, in: *JWT* 43 (2009) 5, S. 1115-1144
- The World Bank* (Hg.), Fuel for Thought – An Environmental Strategy for the Energy Sector, Washington D.C. 2000
- Thiedemann, Anke*, WTO und Umwelt – Die Auslegung des Art. XX GATT in der Praxis der GATT/WTO-Streitbeilegungsorgane, Berlin 2005 (zugl. Hamburg, Univ., Diss., 2004)
- Tietje, Christian* (Hg.), Internationales Wirtschaftsrecht, Berlin 2009
- Tietje, Christian*, Normative Grundstrukturen der Behandlung nichttarifärer Handelshemmnisse in der WTO/GATT-Rechtsordnung – Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Countertrade, Berlin 1997 (zugl. Hamburg, Univ., Diss., 1997)
- Townsend, Mark /Harris, Paul*, Now the Pentagon tells Bush: Climate Change will destroy us, in: *The Observer*, 22. Februar 2004
- Trachtman, Joel/Marceau, Gabrielle*, The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade, in: *JWT* 36 (2002) 5, S. 811-881

- Trachtsman, Joel*, The Domain of WTO Dispute Resolution, in: Harvard International Law Journal 40 (1999) 2, S. 333-377
- Treblicock, Micheal J./Howse, Robert*, The Regulation of International Trade, 3. Auflage 2005, Abingdon
- UBA* (Hg.), Klimaverhandlungen – Ergebnisse aus dem Kyoto-Protokoll, den Bonn-Agreements und Marrakesh-Accords, Climate Change 04/03 (zit.: UBA (Hg.), Climate Change 04/03)
- UBA* (Hg.), Deutschland im Klimawandel – Anpassung ist notwendig, 4. Auflage 2008 (zit.: UBA (Hg.), Deutschland im Klimawandel)
- UBA* (Hg.), Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung im Umweltvölkerrecht nach der Rio-Konferenz 1992, Forschungsbericht 101 06 072, 1997 (zit.: UBA (Hg.), UBA-FB 97-006)
- UBA* (Hg.), Grenzsteuerausgleich für Mehrkosten infolge nationaler/europäischer Umweltschutzzinstrumente – Gestaltungsmöglichkeiten und WTO-rechtliche Zulässigkeit, Climate Change 05/08 (zit.: UBA (Hg.), Climate Change 05/08)
- UBA* (Hg.), Verursacherprinzip, WTO-Recht und ausgewählte Instrumente der deutschen Energiepolitik, UBA-Texte 75, 2003 (zit.: UBA (Hg.), UBA-Texte 75/03)
- UNDP* (Hg.), Human Development Report: Cultural Liberty in Today's Diverse World, New York 2004
- UNEP/ADAM* (Hg.), Climate and Trade Policies in a Post-2012 World, St. Martin Bellevue 2009 (zit.: Bearbeiter in: UNEP/ADAM (Hg.), Climate and Trade Policies in a Post-2012 World)
- UNEP/UCCEE/UNCTAD* (Hg.), An Emerging Market for the Environment: A Guide to Emissions Trading, Oxford 2002
- UNFCCC* (Hg.), Uniting on Climate – A Guide to the Climate Change Convention and the Kyoto Protocol, Bonn 2007
- UNFPA* (Hg.), State of the World Population 2011 – People and Possibilities in a World of 7 Billion, New York 2011
- Veel, Paul-Erik*, Carbon Tariffs and the WTO: An Evaluation of Feasible Policies, in: JIEL 12 (2009) 3, S. 749-800
- Vitzthum, Wolfgang* (Hg.), Völkerrecht, 5. Auflage 2010, Berlin (zit.: Bearbeiter in: Vitzthum (Hg.), Völkerrecht)

- Vranes, Erich*, Trade and Environment – Fundamental Issues in International Law, WTO Law, and Legal Theory, Oxford 2009
- Wacker, Wilhelm/Seibold, Sabine/Oblau, Markus* (Hg.), Lexikon der Steuern, 2. Auflage 2005, München
- Ward, Halina*, Common but Differentiated Debates: Environment, Labour and the World Trade Organization, in: ICLQ 45 (1996) 3, S. 592-632
- Wasmeier, Martin*, Umweltabgaben und Europarecht: Schranken des staatlichen Handelungsspielraumes bei der Erhebung öffentlicher Abgaben im Interesse des Umweltschutzes, München 1995 (zugl. München, Univ., Diss., 1994)
- Weiher, Birgit*, Nationaler Umweltschutz und Internationaler Warenverkehr, Baden-Baden 1997 (zugl.: Hamburg, Univ., Diss., 1996)
- Weishaar, Stefan*, CO2 Emission Allowance Allocation Mechanisms, Allocative Efficiency and the Environment: A Static and Dynamic Perspective, METRO Working Paper, Juni 2005 (zit.: Weishaar, METRO WP 2005)
- Weiss, Wolfgang*, Security and predictability under WTO law, in: WTR 2 (2003) 2; S. 183-219
- Werksman, Jacob/Houser, T.G.*, Competitiveness, Leakage and Comparability: Disciplining the Use of Trade Measures under a Post-2012 Climate Agreement, WRI Discussion Paper, Dezember 2008 (zit.: Werksman/Houser, WRI DP Dez. 2008)
- Werksman, Jacob/Bradbury, James/Weischer, Lutz*, Trade Measures and Climate Change Policy: Searching for Common Ground on an Uneven Playing Field, WRI Working Paper, Dezember 2009 (zit.: Werksman/Bradbury/Weischer, WRI WP Dez. 2009)
- Werksmann, Jacob*, Greenhouse Gas Emissions Trading and the WTO, in: RECIEL 8 (1999) 3, S. 251-264
- Whalley, John/Welsh, Sean*, Post-Copenhagen Negotiation Issues and the North-South Divide, in: Seattle Journal for Social Justice 8 (2009/2010) 2, S. 773-817
- Wicke, Lutz*, Umweltökonomie: eine praxisorientierte Einführung, 4. Auflage 1993, München
- Wiers, Jochem*, French Ideas on Climate and Trade Policies, in: CCLR 1 (2008), S. 18-32

- Winkler, Martin*, Klimaschutzrecht – Völker-, europa- und verfassungsrechtliche Grundlagen sowie instrumentelle Umsetzung der deutschen Klimapolitik unter besonderer Berücksichtigung des Emissionshandels, Münster 2005 (zugl. Halle, Univ., Diss., 2004/2005)
- WTO* (Hg.), Trade and Environment at the WTO, Genf 2004
- WTO* (Hg.), The Future of the WTO – Addressing Institutional Challenges in the New Millennium, Genf 2004
- WTO* (Hg.), Analytical Index – Guide to WTO Law and Practice, 2. Auflage 2007, Genf
- WTO* (Hg.), Special Study on Trade on Environment, Special Studies 4, Genf 1999
- WTO/UNEP* (Hg.), Trade and Climate Change – A report by the United Nations Environment Programme and the World Trade Organization, Genf 2009
- Young, Margaret*, The WTO's Use of Relevant Rules of International Law: An Analysis of the Biotech Case, in: ICLQ 56 (2007) 4, S. 907-930
- Yustuf, Abdulqawi*, „Differential and More Favourable Treatment“: The GATT Enabling Clause, in: JWT 14 (1980) 5, S. 488-507
- Zane, Steven Nathaniel*, Leveling the Playing Field: The International Legality of Carbon Tariffs in the EU, in: Boston College International and Comparative Law Review 34 (2011) 1, S. 199-225
- Zhang, Zhong Xiang/Assuncao, Lucas*, Domestic Climate Policies and the WTO, in: The World Economy 27 (2003) 3, S. 359-386
- Zhang, ZhongXiang*, The U.S. Proposed Carbon Tariffs, WTO Scrutiny and China's Responses, in: IEEP 7 (2010) 2/3, S. 203-225
- Zimmer, Michael*, Carbon Tax: Ready for Prime Time?, in: SDLP 8 (2007-2008), S. 67-72
- Zippelius, Reinhold*, Juristische Methodenlehre, 10. Auflage 2006, München.

Abkürzungsverzeichnis

AB	Appellate Body
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
ACES	American Clean Energy and Security Act of 2009
AER	The American Economic Review
AJIL	The American Journal of International Law
AO	Abgabenordnung
APuZ	Aus Politik und Zeitgeschichte
Art.	Artikel
ASIL	American Society of International Law
AVR	Archiv des Völkerrechts
BAT	Best Available Technology (deutsch: Beste verfügbare Technik)
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BISD	Basic Instruments and Selected Documents
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BMFB	Bundesministerium für Bildung und Forschung
BMU	Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit
Bsp.	Beispiel
bzw.	beziehungsweise
CBDR	Common but Differentiated Responsibilities
CCLR	Carbon and Climate Law Review
CIGI	Centre for International Governance Law
CJIELP	Colorado Journal of International Environmental Law and Policy

CO ₂	Carbon Dioxide (deutsch: Kohlenstoffdioxid)
CWPE	Cambridge Working Paper in Economics
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DSB	Dispute Settlement Body
DSU	Dispute Settlement Understanding
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EC	European Community
ECOSOC	Economic and Social Council of the United Nations
EG	Europäische Gemeinschaft
EJLE	European Journal of Law and Economics
EJIL	European Journal of International Law
et al.	et alii (deutsch: und andere)
etc.	Et cetera
EU	Europäische Union
EuR	Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
FCKW	Fluorchlorkohlenwasserstoffe
FES	Friedrich Ebert Stiftung
GA	General Assembly
GATS	General Agreement on Trade in Services
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
ggf.	gegebenenfalls
GJICL	Georgia Journal of International and Comparative Law
GTCJ	Global Trade and Customs Journal
HDI	Human Development Index
Hervh. d. Verf.	Hervorhebung des Verfassers

Hg.	Herausgeber
HILJ	Harvard International Law Journal
i.S.d.	im Sinne des
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
ICRIER	Indian Council for Research and International Economic Relations
IEEP	International Economics and Economic Policy
IGH	Internationaler Gerichtshof
IISD	International Institute for Sustainable Development
IJGLS	Indiana Journal of Global Legal Studies
JIEL	Journal of International Economic Law
JWT	Journal of World Trade (seit 1988)
JWTL	Journal of World Trade Law (bis 1987)
KOM	Kommission der Europäischen Gemeinschaft
KZ	Kritische Justiz
LDC	Least-Developed Countries
m.E.	meines Erachtens
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MJIL	Maryland Journal of International Law
MEA	Multilateral Environmental Agreement
MFN	Most-Favoured-Nation
NBER	National Bureau of Economic Research
NCCR	National Centres of Competence in Research
NI	Nicholas Institute for Environmental Policy Solutions (Duke University)
NIEO	New International Economic Order
NuR	Natur und Recht

NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NYIL	Netherlands Yearbook of International La
NZJEL	New Zealand Journal of Environmental Law
ODC	Ozone Depleting Chemicals (deutsch: ozonschädigende Stoffe)
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
para.	Paragraph
PBL	Netherlands Environmental Assessment Agency
PMP	Predominant Method of Production (deutsch: vorherrschende Methode)
QJE	The Quarterly Journal of Economics
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches u. internationales Privatrecht
RdE	Recht der Energiewirtschaft
RECIEL	Review of European Community and International Environmental Law
RFF	Resources for the Future
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
S.	Seite
SCM	Agreement on Subsidies and Countervailing Measures
SDLP	Sustainable Development Law & Policy
sog.	sogenannt
SWP	Stiftung Wissenschaft und Politik
TEHG	Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz
u.a.	unter anderem/und andere
UBA	Umweltbundesamt
UNCED	United Nations Conference on Environment and Development
UNCLOS	United Nations Convention on the Law of the Sea

UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
UNDP	United Nations Development Program
Univ.	Universität
UN	United Nations
UNFCCC	United Nations Framework Convention on Climate Change
ÜWTO	Übereinkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation
u.a.	unter anderem
vgl.	Vergleiche
VJIL	Virginia Journal of International Law
WRI	World Resources Institute
WTO	World Trade Organisation
WTR	World Trade Review
WVRK	Wiener Vertragsrechtskonvention
YHRDLJ	Yale Human Rights and Development Law Journal
YIEL	Yearbook of International Environmental Law
YJIL	Yale Journal of International Law
z. B.	zum Beispiel
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien
ZfU	Zeitschrift für Umweltpolitik und Umweltrecht
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht

Rechtsprechungsverzeichnis

GATT Panel, *Argentina – Hides and Leather*

Panel Report, *Argentina – Measures Affecting the Export of Bovine Hides and Import of Finished Leather*, WT/DS155/R and Corr.1, angenommen am 16.2.2001, DSR 2001:V, 1779.

GATT Panel, *Belgium-Family Allowances*

GATT Panel Report, *Belgian Family Allowances*, G/32, angenommen am 7.11.1952, BISD 1S/59.

Panel, *Brazil-Aircraft (Art. 21.5)*

Panel Report, *Brazil – Export Financing Programme for Aircraft – Recourse by Canada to Article 21.5 of the DSU*, WT/DS46/RW, angenommen am 4.8.2000, angepasst an Appellate Body Report WT/DS46/AB/RW, DSR 2000:IX, 4093.

AB, *Brazil-Retreaded Tyres*

AB Report, *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/AB/R, angenommen am 17.12.2007, DSR 2007:IV, 1527.

Panel, *Brazil-Retreaded Tyres*

Panel Report, *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/R, angenommen am 17.12.2007, angepasst an AB Report WT/DS332/AB/R, DSR 2007:V, 1649.

GATT Panel, *Canada-FIRA*

GATT Panel Report, *Canada – Administration of the Foreign Investment Review Act*, L/5504, angenommen am 7.2.1984, BISD 30S/140.

AB, *Canada-Autos*

AB Report, *Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, angenommen am 19.6.2000, DSR 2000:VI, 2985.

Panel, *Canada-Autos*

Panel Report, *Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139/R, WT/DS142/R, angenommen am 19.6.2000, angepasst an AB Report WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, DSR 2000:VII, 3043.

GATT Panel, *Canada-Herring and Salmon*

GATT Panel Report, *Canada – Measures Affecting Exports of Unprocessed*

Herring and Salmon, L/6268, angenommen am 22. März 1988, BISD 35S/98.

AB, *Canada-Aircraft*

AB Report, *Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/AB/R, angenommen am 20.8.1999, DSR 1999:III, 1377.

AB, *Canada-Periodicals*

AB Report, *Canda – Certain Measures Concerning Periodicals*, WT/DS31/AB/R, angenommen am 30.7.1997, DSR 1997:I, 449.

AB, *Chile-Price Band System*

AB Report, *Chile – Price Band System and Safeguard Measures Relating to Certain Agricultural Products*, WT/DS207/AB/R, angenommen am 23.10.2002, DSR 2002:VIII, 3045 (Corr.1, DSR 2006:XII, 5473).

AB, *China-Auto Parts*

AB Report, *China – Measures Affecting Imports of Automobile Parts*, WT/DS339/AB/R, WT/DS340/AB/R, WT/DS342/AB/R, angenommen am 12.1.2009.

AB, *EC-Tariff Preferences*

AB Report, *European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries*, WT/DS246/AB/R, angenommen am 20.4.2004, DSR 2004:III, 925.

Panel, *EC-Tariff Preferences*

Panel Report, *European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries*, WT/DS246/R, angenommen am 20.4.2004, angepasst an AB Report WT/DS/246/AB/R, DSR 2004:III, 1009.

AB, *EC-Computer Equipment*

AB Report, *European Communities – Customs Classification of Certain Computer Equipment*, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, angenommen am 22.6.1998, DSR 1998:V, 1851.

AB, *EC-Asbestos*

AB Report, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R, angenommen am 5.4.2001, DSR 2001:VII, 3243.

Panel, *EC-Biotech*

Panel Report, *European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, WT/DS291/R, WT/DS292/R,

WT/DS293/R, Add.1 to Add.9, and Corr.1, angenommen am 21.11.2006, DSR 2006:III-VIII, 847.

GATT Panel, *EEC-Animal Feed Proteins*

Panel Report, *European Economic Community – Measures on Animal Feed Proteins*, L/4599, angenommen am 14.3.1978, BISD 25S/49.

GATT Panel, *EEC-Parts and Components AB, EC- Chicken Cuts*

GATT Panel Report, *European Economic Community – Regulation on Imports of Parts and Components*, L/6657, angenommen am 16.5.1990, BISD 37S/132. AB Report, *European Communities – Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, angenommen am 27.9.2005, Corr.1, DSR 2005:XIX, 9157.

AB, *India-Patent Protection (US)*

AB Report, *India – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*, WT/DS50/AB/R, angenommen am 16.1.1998, DSR 1998:I, 9.

Panel, *Indonesia-Autos*

Panel Report, *Indonesia – Certain Measures Affecting the Automobile Industry*, WT/DS54/r, WT/DS55/r, WT/DS59/r, WT/DS64/R and Corr. 1 und 2, angenommen am 23.7.1998 und Corr. 3 und 4, DSR 1998:VI, 2201.

GATT Panel, *Japan – Alcoholic Beverages I*

GATT Panel Report, *Japan – Customs Duties, Taxes and Labelling Practices on Imported Wines and Alcoholic Beverages*, L/6216, angenommen am 10. 11.1987, BISD 34S/83. AB, *Japan-Alcoholic Beverages II* AB Report, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, angenommen am 1.11.1996, DSR 1996:I, 97.

Panel, *Japan- Alcoholic Beverages II*

Panel Report, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, angenommen am 1.11.1996, angepasst an AB Report WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, DSR 1996:I, 125.

Panel, *Korea-Government Procurement*

Panel Report, *Korea – Measures Affecting Government Procurement*, WT/DS163/R, angenommen am 19.6., DSR 2000:VIII, 3541 2000.

AB, *Korea-Beef*

AB Report, *Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, angenommen am 10.1.2001, DSR 2001:I, 5.

Panel, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*

Panel Report, *Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages*, WT/DS308/R, angenommen am 24.3.2006, angepasst an AB Report WT/DS308/AB/R, DSR 2006:I, 43.

GATT Panel, *Thailand-Cigarettes*

GATT Panel Report, *Thailand – Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes*, DS10/R, angenommen am 7.11.1990, BISD 37S/200.

GATT Panel, *US-Customs User Fee*

GATT Panel Report, *United States – Customs User Fee*, L/6264, angenommen am 2.2.1988, BISD 35S/245.

AB, *US-Shrimp (Art. 21.5)*

AB Report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products – Recourse to Article 21.5 of the DSU by Malaysia*, WT/DS58/RW, angenommen am 21.11.2001, aufrecht erhalten durch AB Report WT/DS58/AB/RW, DSR 2001:XIII, 6529.

AB, *US-Shrimp*

AB Report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, angenommen am 6.11.1998, DSR 1998:VII, 2755.

Panel, *US-Shrimp*

Panel Report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/R und Corr.1, angenommen am 6.11.1998, angepasst an AB Report WT/DS58/AB/R, DSR 1998:VII, 2821.

GATT Panel, *US-Spring Assemblies*

GATT Panel Report, *United States – Imports of Certain Automotive Spring Assemblies*, L/5333, angenommen am 26.5.1983, BISD 30S/107.

GATT Panel, *US-Malt Beverages*

GATT Panel Report, *United States – Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages*, DS23/R, angenommen am 19.6.1992, BISD 39S/206.

AB, *US-Gambling*

AB Report, *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, WT/DS285/AB/R, angenommen am 20.4.2005, DSR 2005:XII, 5663 (Corr.1, DSR 2006:XII, 5475).

GATT Panel, *US-Tobacco*

Panel Report, *United States – Measures Affecting the Importation, Internal*

Sale and Use of Tobacco, DS44/R, angenommen am 4.10.1994, BISD 41S/131.

GATT Panel, *US-Canadian Tuna*

GATT Panel Report, *United States – Prohibition of Imports of Tuna and Tuna Products from Canada*, L/5198, angenommen am 22.2.1982, BISD 29S/91.

GATT Panel, *US-Tuna (Mexico)*

GATT Panel Report, *United States – Restriction on Imports of Tuna*, DS21/R, DS21/R, 3.9.1991, nicht angenommen, BISD 39S/155.

Panel, *US-Section 301 Trade Act*

Panel Report, *United States – Sections 301-310 of the Trade Act of 1974*, WT/DS152/R, angenommen am 27.1.2000, DSR 2000:II, 815. AB, US-Gasoline AB Report, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, angenommen am 20.5.1996, DSR 1996:I, 3.

Panel, *US-Gasoline*

Panel Report, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/R, angenommen am 20.5.1996, angepasst an AB Report WT/DS2/AB/R, DSR 1996:I, 29.

AB, *US-FSC*

AB Report, *United States – Tax Treatment for „Foreign Sales Corporations“*, WT/DS108/AB/R, angenommen am 20.3.2000, DSR 2000:III, 1619.

GATT Panel, *US-Superfund*

GATT Panel Report, *United States – Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances*, angenommen am 17.6.1987, BISD 34S/136.

Panel, *US-Softwood Lumber IV*

Panel Report, *United States – Final Countervailing Duty Determination with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada*, WT/DS257/AB/R, angenommen am 17.2.2004, DSR 2004:II, 571.

GATT Panel, *US-Section 337 Tariff Act*

GATT Panel Report, *United States Section 337 of the Tariff Act of 1930*, L/6439, angenommen am 7.11.1989, BISD 36S/345.

Problemaufriss

Der UN-Generalsekretär Ban Ki-moon bezeichnet den Klimawandel als das bestimmende Thema unserer Zeit.¹ In einem Bericht des Pentagon wird nicht etwa der internationale Terrorismus, sondern der Klimawandel als die größte sicherheitspolitische Bedrohung genannt.² Die Verschärfung der globalen Umweltkrisen durch Extremwetterereignisse wurde der Weltgemeinschaft erneut im Sommer 2011 mit der Dürre und der daraus resultierenden verheerenden Hungersnot in Somalia drastisch vor Augen geführt.³ Es ist unumstößlich und wird kaum mehr ernsthaft bestritten: Die Sicherheit der Menschheit wird durch den fortschreitenden Klimawandel bedroht. Um diese Bedrohung abzuwenden und zugleich volkswirtschaftliche Schäden von erheblichem Ausmaß zu vermeiden, muss umgehend und entschieden gehandelt werden.

Der Klimawandel stellt ein zum größten Teil durch menschliches Handeln verursachtes Phänomen dar. Man spricht daher von antropogenen Klimaänderungen.⁴ In Anbetracht dessen bildet die Minimierung des menschlich verursachten Ausstoßes klimaschädigender Treibhausgase den ersten und entscheidenden Schritt, um eine Steigerung der globalen Mitteltemperatur zu verhindern. Langfristig lässt sich dies nur durch eine Modifikation der Verhaltensmuster von Industrie und Weltbevölkerung bewerkstelligen. Eine Maßnahme mit entsprechender Lenkungswirkung bietet die Bepreisung von Kohlendioxidemissionen. Durch sie wird die Emissionsmenge zu einem Produktionsfaktor mit Marktwert, wodurch ein Anreiz für die Nutzung kohlenstoffarmer Alternativen gesetzt wird.

Da die internationale Staatengemeinschaft bisher jedoch an der essentiellen Aufgabe des Abschlusses eines rechtlich verbindlichen Klimaabkommens gescheitert ist, bestehen für die nationalen Entscheidungsträger weitläufige Gestaltungsspielräume bei der Umsetzung von Bepreisungsmechanismen. Ohne einen international harmonisierten Handlungsrahmen bergen unilaterale Einzelaktio-

-
- 1 Vgl. Security Council Report, Protokoll der 6587ten Sitzung des Sicherheitsrates v. 20. Juli 2011, S/PV.6587, S. 3: „I have called climate change the defining issue of our time“.
 - 2 Vgl. Townsend/Harris, *The Observer* v. 22.2.2004. Dazu ausführlich: Buhaug/Gleditsch/Theisen in: Norton/Mearns (Hg.), *Social Dimension of Climate Change*, 75ff.
 - 3 Mit Mitteilung v. 20. Juli 2011 hat die UN die Hungersnot für zwei Regionen Somalias erklärt, vgl. <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=39086>. Für beendet erklärt wurde sie am 3. Februar 2012, vgl. <http://www.bbc.co.uk/news/world-africa-16866913>. Zuletzt besucht am 23. April 2012.
 - 4 UBA (Hg.), *Deutschland im Klimawandel*, S. 4.

nen verschiedene Risiken. Durch die Internalisierung der Emissionskosten steigt das nationale Preisniveau. Zu befürchten ist, dass insbesondere energieintensive Industrien auf den Kostendruck reagieren und ihre Produktionsstandorte in Länder verlagern, die ein niedrigeres Klimaschutzniveau vorschreiben.⁵ Diese als *Carbon Leakage* bezeichnete Abwanderung hätte zur Folge, dass die nationalen Schutzmaßnahmen leerlaufen. Der Ausstoß der global klimaschädigenden Treibhausgase würde faktisch nicht verringert, sondern lediglich verlagert. Das umweltschutzpolitische Ziel würde umgangen.⁶ Doch nicht nur aus Klimaschutzgesichtspunkten, sondern auch aus wettbewerbspolitischen Erwägungen ist die Einnahme einer Vorreiterrolle riskant. Denn nationale Klimaschutzmaßnahmen bedeuten regelmäßig einen Kostennachteil für die heimischen Industrien und können zu einer Einschränkung ihrer Wettbewerbsfähigkeit auf dem stark umkämpften internationalen Wirtschaftsmarkt führen.⁷

An diesen zwei Problempunkten setzt der Gegenstand dieser Arbeit, das Instrument des Grenzsteuerausgleichs, an. Ein Grenzsteuerausgleich zielt darauf ab, die Mehrkosten, die durch Klimaschutzinstrumente entstehen, auszugleichen, indem er eingeführte Produkte den nationalen Steuersätzen unterwirft und zugleich eine Rückerstattung bestimmter, bereits gezahlter Steuern für auszuführende Produkte anordnet.⁸ Das Zusammenspiel dieser beiden Mechanismen bewirkt eine Angleichung der Kostenbelastung der betroffenen Produkte und eine Vereinheitlichung seines internationalen Wettbewerbsniveaus. Zugleich gibt ein Grenzsteuerausgleich umweltpolitische Impulse: Da die Erhebung des Grenzsteuerausgleichs auch von dem importstaatlichen Klimaschutzniveau abhängt, werden Staaten mit einem vergleichbaren Standard belohnt, sämtliche anderen Staaten hingegen finanziell abgestraft. Langfristig kann dies einen Beweggrund für eine versierte Klimaschutzpolitik erzeugen.⁹ Bildlich gesprochen ist ein Grenzausgleich Zuckerbrot und Peitsche zugleich.¹⁰

Als handelshemmende Regelungen stehen Grenzausgleichsmaßnahmen in einem Spannungsverhältnis zu den Zielen und dem Recht der Welthandelsorganisation. Wie muss ein klimaschutzmotivierter Grenzausgleich ausgestaltet sein, um den Anforderungen des WTO-Rechtsregimes zu genügen? Diese Frage steht

5 Ruddigkeit in: Tietje/Kraft (Hg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 89, S. 5.

6 WTO/UNEP (Hg.), Trade and Climate Change, S. 51. Vgl. ausführlich Kapitel 1. A. II. 3.

7 WTO/UNEP (Hg.), Trade and Climate Change, S. 98.

8 UBA (Hg.), Climate Change 05/08, S. 3.

9 O'Brien, JWT 43 (2009) 5, 1093 (1103).

10 Zhang spricht von „carrot and stick“. Vgl. ders. in: UNEP/ADAM (Hg.), Climate and Trade Policies in a Post-2012 World, 79ff.

im Mittelpunkt der vorliegenden Arbeit. Zugleich überprüft sie den Grenzsteuerausgleich im Lichte des Klimarechts und des dort verankerten Prinzips der gemeinsamen, aber differenzierten Verantwortlichkeit. Dem Verständnis dieses Ansatzes und dessen Einflussnahme auf die Anwendung des Welthandelsrechts bei der Bewertung von Grenzausgleichsmaßnahmen ist diese Untersuchung ebenfalls gewidmet. Denn in Anbetracht der Globalität des Klimawandels stellt sich neben der Frage der ökonomischen Wirkungsweise die nach ökologischer Gerechtigkeit mit zunehmender Dringlichkeit. Das Prinzip der gemeinsamen, aber differenzierten Verantwortlichkeit liefert einen Ansatz für die Beantwortung der Frage, welche Staaten die Kosten der Dekarbonisierung der Volkswirtschaften in welchem Maße zu tragen haben. Es trägt dem Umstand Rechnung, dass die Staaten des Nordens durch ihren Industrialisierungsprozess größtenteils für die Klimaänderungen verantwortlich sind, während die Staaten des Südens deren Folgen am stärksten und frühesten spüren werden (sog. Nord-Süd-Gefälle). Entsprechend der daraus resultierenden Forderung der Entwicklungsländer nach einem engagierten Vorgehen der Industrieländer und ihrem Ruf nach finanzieller und technischer Unterstützung bei den Anpassungen an die klimabedingten Veränderungen setzt sich das Prinzip aus zwei tragenden Erwägungen zusammen; zum einen der Anerkennung der gemeinsamen Verantwortung der Staaten für den Schutz des Klimas als globales Gemeingut. Zum anderen der Modifikation des Gleichheitsgrundsatzes. Denn die konkrete Verantwortungsstufe eines Staates wird entsprechend seinen verfügbaren Ressourcen und daraus resultierenden Handlungsmöglichkeiten sowie seinem Verursachungsbeitrag für den Klimawandel variiert.

Aufgrund des dargelegten Forschungsgegenstandes ist die vorliegende Arbeit an der Schnittstelle von Welthandelsrecht und Klimarecht angesiedelt. In diesem Wirkungsfeld und insbesondere bezüglich der völkerrechtlichen Zulässigkeit klimaschutzbezogener Grenzausgleichsmaßnahmen sind viele Fragen offen. Auf die Erwägungen Frankreichs und der USA, entsprechende Maßnahmen einzuführen reagierte Indien, nicht zuletzt aufgrund der rechtlich bestehenden Unklarheiten derartiger Maßnahmen, mit der Ankündigung, diese vor den WTO-Streitbeilegungsorganen anzufechten.¹¹ Zugleich drohte der Wirtschaftsries China einen Grenzausgleich bemessen am pro Kopf-Verbrauch einzuführen.¹²

11 Indian Institute for Foreign Trade (Hg.), WTO Compatibility of Border Trade Measures for Environmental Protection, S. 42; Ram, Business Line v. 30. März 2010, www.thehindubusinessline.com/2010/03/31/stories/2010033153020700.htm. Zuletzt besucht am 23. April 2012.

12 Vgl. Grosner, Trade and Climate Change: A negotiators perspective, 2009. Abrufbar unter: <http://www.national.org.nz/Article.aspx?articleId=31603>. Zuletzt besucht am 23. April 2012.

Ein Beitrag zur Schaffung von Rechtsklarheit ist daher auch geeignet das Potential für einen potentiellen „Handelskrieg“ zu minimieren. Dazu sind in einem ersten Teil die Grundlagen zu erläutern: Es wird dargelegt, dass sowohl aus klimaschützenden als auch aus wirtschaftlichen Erwägungen ein Handlungsbedarf besteht. Sodann wird das Instrument des Grenzausgleichs als ein mögliches Werkzeug bei der Bewerkstelligung dieser Aufgabe vorgestellt. Im Detail beleuchtet werden darauf folgend das Prinzip der gemeinsamen, aber differenzierten Verantwortlichkeit sowie die Frage nach den Wechselbeziehungen zwischen Welthandelsrecht und Klimarecht. Im zweiten Teil werden die möglichen Ausgestaltungsformen eines Grenzausgleichs am Maßstab des WTO-Rechtsregimes untersucht. Es wird herausgearbeitet, welche Weichenstellungen bei dem Entwurf eines Grenzsteuerausgleichs zu beachten sind und wie sich die jeweiligen Entscheidungen des Gesetzgebers im Hinblick auf dessen Zulässigkeit auswirken. In dem abschließenden dritten Teil werden die ermittelten Vorgaben des Völkerrechts in einer Handlungsempfehlung zusammengefasst.

Kapitel 1: Grundlagen

A. Vorgehen gegen den Klimawandel

Der Stern-Bericht¹³ hat – auch wenn im Detail umstritten – eindrucksvoll belegt, dass wenn augenblicklich entschieden gehandelt wird, ein wenig Zeit bleibt, um die schlimmsten Auswirkungen des Klimawandels zu vermeiden. Der Bericht kommt zu dem eindeutigen Ergebnis, dass die Vorteile eines sofortigen entschiedenen Eingreifens die wirtschaftlichen Kosten des Nichthandelns bei weitem übersteigen. Während die Kosten bei sofortigen Aktionen auf etwa 1 % des globalen Bruttoinlandsprodukts geschätzt werden, sei bei jetziger Untätigkeit mit einem Verlust von mindestens 5 % des BIP für jedes zukünftige Jahr zu rechnen.¹⁴ Daher müssen laut des Stern-Berichts drei Richtlinienelemente unverzüglich und kumulativ verfolgt werden: Erstens müssen die Entwicklung und der Einsatz kohlenstoffarmer und hocheffizienter Technologien verstärkt gefördert werden. Zweitens muss die Aufklärung der breiten Bevölkerung vorangetrieben werden, um sie zu den notwendigen Verhaltensänderungen zu motivieren.¹⁵ Drittens müssen Kohlenstoffemissionen bepreist werden. Die Bepreisung dient der Umsetzung des Verursacherprinzips (*Polluter Pays Principle*), welches besagt, dass die Kosten, die durch Umweltmaßnahmen und die Kontrolle von Umwelteinwirkung entstehen, von den jeweiligen Verursachern getragen werden müssen.¹⁶ Da sich negative Externalitäten, die die Umwelt belasten (wie z. B. CO₂-Emissionen) als sozialen Kosten eines Produktes nicht in seinem Preis widerspiegeln liegt im Sinne der Wohlfahrtsökonomie in diesen Fällen ein Marktversagen vor. Eine optimale Allokation, d. h. die Produktion einer sozial optimalen Menge zum sozial optimalen Preis, ist nicht möglich. Die Umsetzung des Verursacherprinzips stellt einen Ansatz dar, die sozialen Kosten zu internalisieren.¹⁷ Bezogen auf Kohlenstoffemissionen bewirkt die Festlegung eines geeigneten Preises für jede Emission, dass der Konsument mit den vollen sozialen Kosten seines Handelns konfrontiert wird. Der Faktor der Emissionsmenge fin-

13 Stern, Stern Review on the Economics of Climate Change.

14 Stern, Stern Review on the Economics of Climate Change, Zusammenfassung der Schlussfolgerungen, S. vi - ix.

15 Dies ist beispielsweise dann erforderlich, wenn nur das Fehlen von zuverlässigen Informationen oder geringe Transaktionskosten ein Hemmnis für die Ausschöpfung weitreichender Energieeffizienz darstellen. Vgl. Stern, Stern Review on the Economics of Climate Change, Ausführliche Zusammenfassung, S. xxii-xxiv.

16 UBA (Hg.), UBA-Texte 75/03, S. 1.

17 UBA (Hg.), UBA-Texte 75/03, S. 7.

det Eingang in die Entscheidungsprozesse von Produzenten und Konsumenten und setzt so langfristig einen Anreiz für die Nutzung kohlenstoffarmer Alternativen.¹⁸

Alle drei Handlungsempfehlungen des Stern-Berichts bedürfen einer Umsetzung auf nationaler Ebene. Es kann jedoch danach unterschieden werden, ob das Vorgehen multilateral koordiniert ist oder einen unilateralen Alleingang darstellt.

I. Multilaterale Maßnahmen

Wohl unstrittig anerkannt ist unter Ökonomen und Ökologen der Umstand, dass ein multilaterales oder besser gleich globales koordiniertes Vorgehen der internationalen Staatengemeinschaft die bestmögliche Antwort auf den Klimawandel darstellt.¹⁹ So hielt beispielsweise der bereits erwähnte Stern-Bericht fest: Der „Klimawandel verlangt eine internationale Antwort auf der Basis eines gemeinsamen Verständnisses langfristiger Ziele und einer Vereinbarung eines Handlungsrahmens“²⁰. Diese Erkenntnis fundiert auf der Tatsache, dass es sich bei dem Klimawandel um ein globales Problem handelt. Ebenso wie die schädlichen Emissionen nicht an den Landesgrenzen haltmachen, wirken sich auch die Effekte des Klimawandels global aus.

Nur eine international harmonisierte Umsetzung des Verursacherprinzips würde einen einheitlichen Preis für CO₂-Emissionen etablieren. Die Verursacher hätten weltweit in demselben Maße die sozialen Kosten ihrer Aktivitäten zu tragen und Handelsverzerrungen würden verhindert.²¹ Diese Vereinheitlichung wäre auch wirtschaftlich effizient: Emissionsreduzierungen würden dort stattfinden, wo dies zu den geringsten Kosten möglich wäre.²² Es bestände kein Risiko, dass

18 Stern, Stern Review on the Economics of Climate Change, 2006, Ausführliche Zusammenfassung, S. xxi.

19 Vgl. u. a.: WTO/UNEP (Hg.), Trade and Climate Change, S. 68; Stern, Stern Review on the Economics of Climate Change, Zusammenfassung der Schlussfolgerungen, S. ix; Lamy, Introductory Remarks; Bacchus, Questions in Search of Answers: Trade, Climate Change, and the Rule of Law, S. 3; Pauwelyn, Testimony Before the Subcommittee on Trade of the House Committee on Ways and Means, S. 4; Esty, Greening the GATT, S. 145

20 Stern, Stern Review on the Economics of Climate Change, Zusammenfassung der Schlussfolgerungen, S. ix.

21 UBA (Hg.), UBA-Texte 75/03, S. 1.

22 Stern, Stern Review on the Economics of Climate Change, Ausführliche Zusammenfassung, S. xxi.

sich sog. Trittbrettfahrer (*Free Rider*)²³ ohne eigene Anstrengungen auf Kosten anderer Staaten schadlos halten. Schließlich hätte ein multilaterales Klimaabkommen nur ein geringeres Konfliktpotential mit dem Welthandelsrecht. So gab der Generaldirektor der WTO, Pascal Lamy, das Credo „Climate First, Trade Second“ vor und forderte die Staatengemeinschaft auf, einen internationalen Akkord zu vereinbaren, der als Ausgangspunkt für das Handeln der WTO dienen könnte.²⁴

Doch allein die Kenntnis um den wünschenswertesten Weg bedeutet noch nicht dessen Praktikabilität. So haben die Verhandlungen im Rahmen des Weltklimagipfels von Kopenhagen (2009) und Durban (2011) erneut gezeigt wie komplex sich die Einigungsprozesse von rund 120 Staatslenkern gestalten. Die Frage nach einer gerechten Kostenverteilung ist regelmäßig die Krux im Rahmen der Verhandlungen. Ein besonderes Spannungsverhältnis lässt sich entlang dem bereits erwähnten Nord-Süd-Gefälle ausmachen. Während in den nördlichen Industriestaaten das Umweltbewusstsein zunimmt und „grünen“ Stimmen mittlerweile weitreichender politischer Einfluss zuteil wird²⁵, ist das Augenmerk südlicher Staaten, gerade in den Entwicklungsländern, primär auf andere Handlungsziele gerichtet.²⁶ Regelmäßig verlangen die Südstaaten von den Industrieländern die Übernahme der Kosten des Kampfes gegen den Klimawandel. Dazu sind die Industrienationen zwar grundsätzlich bereit, fordern aber zunehmend gerade von den wirtschaftsstarke Schwellenländern Zugeständnisse. Die schwerwiegenden Divergenzen führten zu dem weitgehenden Scheitern des Gipfels der Vertragsstaaten in Kopenhagen.²⁷ Das Ziel, ein weitreichendes Nachfolgeabkommen für das mit Beginn des Jahres 2012 ausgelaufenen Kyoto-Protokoll²⁸ zu verabschieden, wurde auch auf den nachfolgenden Vertragsstaatenkonferenzen in Cancun (Mexiko) und Durban (Südafrika) nicht erreicht. Stattdessen einigte man sich in Durban darauf, das Kyoto-Protokoll mit einer zweiten Verpflichtungsperiode weiterzuführen. Zugleich wurde eine Ad-hoc-Arbeitsgruppe (sog. Ad Hoc Working Group on the Durban Platform for En-

23 Der Begriff des „Free-Riders“ ist wie folgt zu verstehen: „A free-rider in the context of an environmental treaty is a state which obtains the benefits of the agreement without participating in the agreement and incurring the costs thereof.“ Vgl. Rajamani, Differential Treatment in International Environmental Law, S. 156.

24 Lamy, Climate First, Trade Second: GATTzilla is Long Gone.

25 Lange in: Groß (Hg.), Handbuch Umweltsoziologie, 613 (614).

26 Biermann, JWT 35 (2001) 3, 421.

27 Prins/Galiana/Green et al., Das Hartwell-Papier, S. 8.

28 Protokoll von Kyoto zum Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen (Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change) v. 11.12.1997, UN Doc. FCCC/CP/1997/7/Add.1, ILM 22 (1998). BGBl. 2002 II, 966, 16.2.2005. Im Folgenden: KP bzw. Kyoto-Protokoll.

hanced Action) etabliert, die ein neues, weitergehendes Klimaschutzabkommen für die Zeit nach 2020 verhandeln soll.²⁹ Bis dahin bietet sich ein unilaterales Vorgehen zumindest als Übergangslösung an.

II. Unilaterale Maßnahmen

Ein unilaterales Vorgehen, unter dem im Rahmen dieser Arbeit neben dem Handeln auf nationaler Ebene auch das Handeln auf Ebene eines Staatenverbundes (wie z. B. der EU) verstanden werden soll, ist die zweite und nur die zweitbeste Handlungsalternative.³⁰ Der Alleingang bildet jedoch gerade dann eine Option, wenn die internationale Kooperation scheitert oder nur mangelhafte Ergebnisse erzielt. Nationale Klimaschutzmaßnahmen können in diesen Fällen eine stabile Grundlage für die schrittweise Reduktion der globalen Treibhausgasemissionen schaffen und daneben die benötigte Planungssicherheit für Investitionen in Energieeffizienz geben. Machen die nationalen Regierungen die Schaffung nationaler Regelungen hingegen von internationalen Abkommen abhängig, wird wichtige Zeit verloren, in der zukunftsweisend investiert werden könnte. Zudem können einzelne Staaten durch die Einnahme einer Vorreiterrolle einen konkreten Beweis dafür liefern, dass die Kontrolle von CO₂-Emissionen technisch und wirtschaftlich realisierbar ist. Es ist zu hoffen, dass sie durch diese Vorbildfunktion andere Staaten zum Nachahmen animieren.³¹

Insofern ist es nicht verwunderlich, dass eine Vielzahl von Staaten auf unilateraler Ebene die Initiative ergreift. Hierbei stehen ihnen verschiedene Umsetzungsformen offen, die alle, stärker oder schwächer bzw. kurz- oder langfristig, das Verursacherprinzip umsetzen.³² Durch Energiesteuern oder Emissionshandelsysteme können negative und durch Subventionen für klimafreundliche Technologien positive Anreize gesetzt werden, Emissionen einzusparen.³³ Des Weiteren sind ordnungsrechtliche Instrumente denkbar. Darunter werden Gesetze oder Regulierungen verstanden, die Standards (Emissions-, Produktions- oder Pro-

29 Vgl. UNFCCC, COP, 17th Sess., Dec. 1/CP.17, UN Doc. FCCC/CP/2011/9/Add.1 (2012), para. 5 und zu den Aufgaben UNFCCC, ADP, 1st Sess., UN Doc. FCCC/ADP/2012/1 (2012).

30 Vgl. z. B. Pauwelyn, NI WP 07/02, S. 4; Bacchus, Questions in Search of Answers: Trade, Climate Change, and the Rule of Law, S. 4.

31 Godard, EDF/École Polytechnique Cahier Nr. DDX 07/15, S. 4f.

32 Vgl. zu den Schwierigkeiten Subventionen mit dem Verursacherprinzip zu vereinbaren: UBA (Hg.), UBA-Texte 75/03, S. 41f.

33 Crimp, NZJEL 12 (2008), 39 (44). Zu beachten ist, dass die Einordnung des Emissionshandels als ökonomisches Instrument nicht eindeutig ist, da er auch rein ordnungsrechtliche Elemente, wie z. B. die Festsetzung der höchstzulässigen Emissionsmenge, aufweist. Vgl.: Winkler, Klimaschutzrecht, S. 269.

duktstandards) vorschreiben. Ausgestaltet werden können diese in Form von Ge- oder Verboten.³⁴ Häufig wird in der Praxis ein Zusammenspiel verschiedener Methoden gewählt.

Die direkte Bepreisung von CO₂ durch die Einführung von Steuern oder eines Emissionshandelssystems setzt das Verursacherprinzip am effektivsten um.³⁵ Hierbei variieren beide Systeme in der Verteilung des ökologischen und ökonomischen Risikos. Während eine Steuer Sicherheit bezüglich der Kosten für die Emissionseinsparungen bringt, dafür aber die Höhe der Emissionseinsparungen offen lässt, gibt ein Emissionshandelssystem eine Garantie in Bezug auf die Höhe (nämlich das im Voraus festgelegte *cap*) der Emissionsreduktion, lässt den Preis jedoch über den Markt bestimmen.³⁶ Steuern zählen daher zu den sogenannten Preislösungen, wohingegen Emissionsrechtehandelssysteme als Mengelösung zu qualifizieren sind. Gemein ist den beiden Ansätzen, dass sie für die Adressanten mit Mehrkosten verbunden sind und ihnen weitreichende Spielräume in Bezug auf Art, Zeit und Ort der Emissionseinsparungen einräumen.³⁷

1. CO₂- und Energiesteuern

Die klassische Form der Umsetzung des Verursacherprinzips durch eine Steuer wurde von Pigou bereits 1920 beschrieben (daher auch: *Pigou-Steuer*).³⁸ Seit dieser Zeit hat sich der traditionelle Einsatz von Steuern gewandelt. Die Erhebung von Steuern auf Produkte und Produktionsprozesse erfolgt in neuerer Zeit nicht mehr aus rein fiskalischen Gründen, sondern auch häufig mit Umweltschutzintention.³⁹ Steuern stellen mittlerweile ein effektvolles und wirtschaftlich effizientes Werkzeug im Sinne einer nachhaltigen Entwicklung dar. Beispiele für entsprechende Umweltsteuern sind CO₂-Steuern (auch *carbon tax*, kurz für

34 UBA (Hg.), UBA-Texte 75/03, S. 9f.

35 So der Economist: „Governments can try to reduce emissions in three ways: subsidize alternatives, impose standards on products and processes, and price the greenhouse gases that cause the damage. The first is almost always a bad idea; the second should generally be avoided; the third is the way to go“ (vgl. Economist v. 17. März 2007, abrufbar unter: <http://www.economist.com/node/8853725>; zuletzt besucht am 23. April 2012). Dies wurde durch eine Umfrage unter amerikanischen Wissenschaftlern bestätigt: 74 % sprachen sich für marktbasierende Instrumente aus (vgl. Alston/Kearl/Vaughan, AER 82 (1992) 2, 203 (204)).

36 Saddler/Muller/Cuevas, The Australia Institute DP Nr. 86 (2006), S. 6. Zur Klärung der Frage welches Instrument ökonomisch und ökologisch zu bevorzugen ist vgl. Zimmer, SDLP 8 (2007-2008), 67.

37 Ekins/Barker, Journal of Economic Surveys 15 (2001) 3, 325 (368).

38 UBA (Hg.), UBA-Texte 75/03, S. 2.

39 OECD (Hg.), The Political Economy of Environmentally Related Taxes, S. 90

carbon dioxide tax)⁴⁰ und Energiesteuern, welche voneinander abzugrenzen sind.⁴¹

Die Bemessungsgrundlage einer CO₂-Steuer stellt der Kohlenstoffdioxid-Ausstoß im Rahmen der Verbrennung eines Energieträgers (wie z. B. Mineralöl, Erdgas, Flüssiggas oder Kohle) dar. Dieser Ausstoß wird in der Regel anhand des Kohlenstoffgehalts des zur Energiegewinnung verwendeten fossilen Brennstoffes berechnet, da sich dieser proportional zu der Produktion von CO₂ bei der Verbrennung verhält. Dementsprechend variiert der Steuerbasisbetrag abhängig vom verwendeten Energieträger. Nichtsdestotrotz wird die Kohlenstoffemission und nicht der Verbrauch des Energieträgers besteuert.⁴² Brennstoffe mit geringerem Kohlenstoffgehalt (wie beispielsweise Erdgas) haben daher einen Vorteil.⁴³ CO₂-Steuern wurden beispielsweise bereits in Finnland und Norwegen eingeführt.⁴⁴

Energiesteuern unterscheiden sich von den CO₂-Steuern durch ihre Bemessungsgrundlage. Im Gegensatz zu einer CO₂-Steuer bemisst sich eine Energiesteuer anhand des Energiegehalts eines Energieträgers und nicht nach dem Kohlenstoffgehalt des Brennstoffs.⁴⁵ Der Einsatz von Energiesteuern ist daher nicht auf kohlenstoffhaltige Energieträger begrenzt. Da sie sich jedoch, wie auch die CO₂-Steuern, auf fossile Brennstoffe erstrecken betreffen sie faktisch auch CO₂-Emissionen und können daher treffend mit *implicit carbon taxes* beschrieben werden.⁴⁶

Denkbar ist auch eine Steuer, die sich aus beiden Elementen zusammensetzt, also eine Energie- und eine CO₂-Komponente aufweist. Ein Vorschlag für eine

40 Genau genommen müsste auch an dieser Stelle weiter unterschieden werden. So kann die Bemessung der Kohlenstoffdioxidsteuer zum einen nach dem Ausstoß von CO₂ oder zum anderen anhand des CO₂-Gehalts des Brennstoffs erfolgen (Vgl. Kommerskollegium (Hg.), *Climate and Trade Rules*, S. 22). Da jedoch die erstgenannte Alternative in der Praxis keine Anwendung findet (WTO/UNEP (Hg.), *Trade and Climate Change*, S. 90), wird sie auch hier vernachlässigt.

41 In Anlehnung an den allgemeinen Sprachgebrauch wird vorliegend der Begriff der Steuer verwandt. Ob es sich bei diesem Instrument tatsächlich um eine Steuer oder um eine andere Abgabe handelt soll an anderer Stelle untersucht werden.

42 Godard, EDF/École Polytechnique Cahier Nr. DDX 07/15, S. 25.

43 WTO/UNEP (Hg.), *Trade and Climate Change*, S. 90.

44 Vgl. Finnland: <http://www.environment.fi/default.asp?contentid=147208&lan=en>; Norwegen: <http://www.regjeringen.no/en/dep/fin/Selected-topics/economic-policy/topics/existing-green-taxes.html?id=418095>. Zuletzt besucht am 23. April 2012.

45 WTO/UNEP (Hg.), *Trade and Climate Change*, S. 90.

46 OECD (Hg.), *Environmentally Related Taxes in OECD Countries: Issues and Strategies*, S. 116.

solche Struktur wird derweil in der Europäischen Union diskutiert, die damit eine Umstrukturierung der derzeit bestehenden Energiesteuer vornehmen könnte. Zu beachten ist jedoch, dass die EU diesbezüglich nur Mindestsätze vorgeben kann. Die Festlegung der exakten Sätze obliegt den jeweiligen Mitgliedstaaten.⁴⁷

2. Emissionshandelssysteme

Bei der Einführung eines Emissionsrechtehandelssystems (*Cap and Trade System*) für Kohlenstoffdioxidemissionen⁴⁸ erklärt der Staat das bisher frei verfügbare Gut (*Common Good*) der Atmosphäre zu bewirtschafteten Ressourcen, über die nicht mehr frei verfügt werden kann, sondern deren Nutzung nur mit Nutzungsberechtigung (einem Zertifikat) zulässig ist.⁴⁹ Zugleich setzt die staatliche Autorität eine Obergrenze (ein *Cap*) für die innerhalb eines bestimmten Gebiets und einer bestimmten Zeit (häufig auch nur für bestimmte Sektoren) zulässigen Emissionen. Diese Emissionsmenge wird dann in einzelne Emissionsrechte, die zum Ausstoß einer genau festgelegten Menge (regelmäßig einer Tonne) von CO₂ berechtigen, unterteilt. Die Ausgabe der für die Emission erforderlichen Zertifikate an die Verpflichteten erfolgt entweder durch eine kostenfreie Zuteilung oder auf dem Wege der Versteigerung.⁵⁰ Verursacht ein Verpflichteter mehr Emissionen, als er durch seine Zertifikate abdecken kann, muss er zusätzliche Zertifikate ankaufen. Spart umkehrt ein Betreiber mehr Emissionen ein als erforderlich, kann er die überschüssigen Zertifikate verkaufen und einen Gewinn erwirtschaften. Aufgrund dieser ökonomischen Flexibilität entsteht ein Markt, der ermöglicht, dass Emissionseinsparungen dort, wo dies am kostengünstigsten möglich ist, realisiert werden.⁵¹ Der Preis für eine Tonne CO₂ orientiert sich daher an Angebot und Nachfrage.⁵² Daneben ist die konkrete Ausgestaltung des Systems (die Zertifikatzuteilung, der Anwendungsbereich) preisgestaltend.

47 Vgl. EU, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss, Intelligenter Energiebesteuerung in der EU: Vorschlag für die Änderung der Energiesteuerrichtlinie, KOM (2011)168/3.

48 Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf innerstaatliche Emissionshandelssysteme. Diese sind von dem zwischenstaatlichen Emissionshandel unter dem Kyoto Protokoll zu unterscheiden, vgl. Art. 17 Kyoto-Protokoll.

49 Winkler, Klimaschutzrecht, S. 246. Ob damit die Schaffung eines eigentumsähnlichen Rechts einhergeht, ist umstritten. Vgl. dazu die Ausführungen in Kapitel 3. A. I. 1. b) bb).

50 Indian Institute for Foreign Trade (Hg.), WTO Compatibility of Border Trade Measures for Environmental Protection, S. 8.

51 UNEP/UCCEE/UNCTAD (Hg.), A Guide for Emissions Trading, S. 4f.

52 BMU (Hg.), Emissionshandel, S. 8.

Beispielhaft ist an dieser Stelle auf das europäische Emissionshandelssystem, das *European Union Emission Trading System* (kurz: EU ETS), den Eckpfeiler der europäischen Klimapolitik, zu verweisen. Dieses stellt als das weltweit größte Emissionshandelssystem auch ein gutes Beispiel für den länderübergreifenden Handel mit Zertifikaten dar.⁵³

3. Gefahren der Einführung unilateraler Klimaschutzinstrumente

Da das Verursacherprinzip bisher nur partiell und in sehr unterschiedlichem Maße durchgesetzt wird,⁵⁴ liegt das Ideal der kompletten Internalisierung und einer einheitlichen CO₂-Bepreisung noch in weiter Ferne. Vielmehr haben *Biermann und Brohm* nachweisen können, dass das Preisgefälle für Energie und Kohlenstoffdioxid an verschiedenen Standorten zunehmend auseinandergehen wird.⁵⁵ Aus der begrenzten Reichweite der nationalen Regelung erwachsen daher Gerechtigkeits- und auch Effizienzbedenken.⁵⁶ Zudem bedeutet die partielle Umsetzung neue Kostenunterschiede an den verschiedenen Produktionsstandorten, da sich die nationalen marktbasierten Klimaschutzgesetzesvorhaben auf die relativen Produktionskosten auswirken.⁵⁷ Das vormals freie Gut CO₂ wird zu einem handelbaren Produktionsfaktor mit einem Marktpreis gewandelt.⁵⁸ Unternehmen in Staaten, die keine oder nur geringe Klimaschutzmaßnahmen etablieren, fällt daher ein neuer komparativer Kostenvorteil zu, während Produzenten in streng reglementierten Regionen durch die Internalisierung mit steigenden Produktionskosten rechnen müssen. Reichen die betroffenen Produzenten diese Preissteigerung durch den Preis weiter, kann dies zu Marktanteilverlusten auf dem heimischen Markt und den Exportmärkten führen. Treffen die Mehrkosten den Produzenten hingegen selbst, bedingt dies einen Profitverlust.⁵⁹ In jedem Fall entstehen ungleiche Wettbewerbsbedingungen.⁶⁰ Dies gibt Anlass zu der

53 Europäische Kommission (Hg.), *Bekämpfung des Klimawandels*, S. 12.

54 UBA (Hg.), *UBA-Texte 75/03*, S. 1. Bis dato hat noch nicht einmal eine Harmonisierung auf EU-Ebene stattgefunden. Vgl. zu den Schwierigkeiten auch Assuncao/Zhang, *The World Economy* 27 (2003) 3, 359 (381f).

55 Biermann/Brohm, *Climate Policy* 4 (2005), 289 (290).

56 Ismer/Neuhoff, *CMI Working Paper* 36/CWPE 0409, S. 4.

57 Assuncao/Zhang, *The World Economy* 27 (2003) 3, 359 (377).

58 Sachverständigenrat für Umweltfragen (Hg.), *Klimaschutz in der Finanzkrise*, S. 10.

59 Hoerner/Müller in: Staehelin-Witt/Blöchliger (Hg.), *Ökologisch orientierte Steuerreformen*, 153 (154).

60 Nichtsdestotrotz ist dem Umstand Beachtung zu schenken, dass zumindest regulative Umweltstandards nach dem Prinzip der komparativen Kostenvorteile zu den Standortbedingungen gehören, der Standortvorteil nach der ökonomischen Theorie somit legitim erlangt ist und langfristig zu einer optimalen Ressourcenallokation führt. Wettbewerbsbe-

Sorge, dass sich Produzenten dem Kostendruck beugen und zu Standortverlagerungen entschließen, um eine Mehrbelastung zu vermeiden. Wirtschaftlich betrachtet wäre ein Arbeitsplatz- und letztendlich ein Wohlfahrtsverlust zu befürchten.⁶¹ Auf politischer Ebene könnte dies zur Folge haben, dass eine engagierte Klimapolitik den Rückhalt der Gesellschaft verliert und de facto für die Entscheidungsverantwortlichen nicht mehr tragbar ist.⁶²

Inwiefern diese Sorgen berechtigt sind, ist nicht abschließend geklärt. Fest steht, dass eine Vielzahl von Faktoren für die Auswirkungen nationaler Klimaschutzmaßnahmen auf einen Industriesektor und die entsprechenden Unternehmen maßgeblich sind. Zu diesen zählen neben den spezifischen Eigenschaften des Sektors (wie z. B. der Energieintensivität der Produktion, der Kostenüberwälzungsmöglichkeit auf die Verkaufspreise⁶³, der jeweilig vorherrschenden Marktstruktur und sonstigen Standortbedingungen), die konkrete Ausgestaltung des nationalen Gesetzes und andere politische Bedingungen beispielsweise die Regelungen in den Nachbarländern.⁶⁴ Dieses Potpourri an Variablen erschwert die genaue Vorhersage der Markteffekte. Zwei Voraussagen lassen sich jedoch mit einiger Gewissheit treffen: Erstens, für Unternehmen, die primär für den nationalen Markt produzieren, sind die Auswirkungen nicht zwingend signifikant. Der häufig propagierte Exodus des einheimischen Standortes ist nicht zu befürchten.⁶⁵ Zweitens, Unternehmen bestimmter Sektoren, namentlich der Zement-, Aluminium- und Stahlsektor, sowie die Industrie im Bereich der Zellstoff- und Papierherstellung haben hingegen weitgehende Wettbewerbsnachteile zu befürchten.⁶⁶ Im Ergebnis ist somit einer Untersuchung der Generaldirektion

denken sind daher grundsätzlich als Grundlage für die Ausweitung von Umweltschutzmaßnahmen über die eigenen Grenzen hinaus abzulehnen.

61 Stewardson in: OECD (Hg.), Trade and Environment: Processes and Production Methods, 94ff; Sachverständigenrat für Umweltfragen (Hg.), Klimaschutz in der Finanzkrise, S. 10.

62 OECD, Competitiveness, Leakage and Border Adjustment: Climate Policy Distractions? Round Table on Sustainable Development at the OECD v. 22/23.7.2009, SG/SD/RT (2009) 3, para. 21 ff; Veel, JIEL 12 (2009) 3, 749 (793), der als Beispiel für die Wirkungsweise die Weigerung der USA das Kyoto-Protokoll zu ratifizieren nennt. Meyer-Ohendorf/Gestetter, FES Dialogue on Globalization, Occasional Paper Nr. 41 (2009), S. 30; WTO, Note by the Secretariat, Taxes and Charges for Environmental Purposes – Border Tax Adjustment v. 2. Mai 1997, WT/CTE/W/47.

63 Diese beschreibt die Möglichkeit steigende Produktionskosten an den Konsumenten weiterzureichen ohne Ertragswerte einzubüßen. Maßgebliche Faktoren hierfür sind wiederum die Bedarfselastizität, Handelsintensität („trade exposure“) und die Marktstruktur. Vgl. WTO/UNEP (Hg.), Trade and Climate Change, S. 99.

64 WTO/UNEP (Hg.), Trade and Climate Change, S. 98; OECD (Hg.), The Political Economy of Environmentally Related Taxes, S. 69 m. w. N.

65 Cosbey (Hg.), IISD Final Report and Synthesis of Discussions, S. 22.

66 Europäische Kommission/McKinsey/Ecofys (Hg.), EU ETS Review, S. 17ff.

Umwelt der Europäischen Kommission zuzustimmen: Die Gefahr von Produktionsverschiebungen ist partiell real.⁶⁷

Neben wirtschaftspolitischen Problemen bestehen auch aus umweltpolitischer Sicht Bedenken im Hinblick auf einen nationalen Alleingang. Die Standortverlagerung faktormobiler Industriezweige in Staaten mit einem geringeren Klimaschutzniveau könnte einen *Race to the Bottom*, d. h. einen Wettlauf um die günstigsten Standortbedingungen, auslösen, der zu einer Abwärtsspirale der weltweiten Umweltstandards führen kann.⁶⁸ Die Anziehungskraft unterreglementierter Staaten (häufig Entwicklungs- oder Schwellenländer) schafft sogenannte *Pollution Havens*, in denen Emissionen gebündelt werden könnten. Diese als *Carbon Leakage* (wörtlich: CO₂-Leck) bezeichnete Abwanderung heimischer Industrien und deren Emissionen hätte zur Folge, dass die Klimaschutzintention der nationalen Maßnahmen faktisch leerläuft. Die Emissionen würden global nicht verringert, sondern bloß verlagert. Schlimmstenfalls kann sich eine nationale Maßnahme sogar als kontraproduktiv erweisen und einen Anstieg der Emissionen weltweit bedingen. Drei Faktoren sind dafür mitursächlich: erstens die bereits erwähnte Gefahr von Standortverlagerung energieintensiver Industrien in das schwächer reglementierte Ausland; zweitens die unter dem Schlagwort „Wettbewerbsfähigkeit“ angesprochene Möglichkeit der Verdrängung energieintensiver Güter vom Markt und deren Substitution durch günstigere, umweltunverträgliche Produkte. Drittens könnte ein drastischer Nachfragerückgang an „dreckigen“ Energien in den reglementierten Ländern zu sinkenden Preisen dieser Quellen auf dem globalen Markt führen. Dies würde postwendend eine steigende Nachfrage nach fossiler, umweltbelastend erzeugter Energie in den übrigen Ländern bedingen. Diese Gefahr einer negativen Endbilanz sollte unbedingt vermieden werden.⁶⁹

Den beschriebenen Risiken wirkt eine Angleichung der Kostenbelastungen, die Schaffung eines sog. *Level Playing Fields*, entgegen. Diesbezüglich eröffnen sich einem Gesetzesgeber drei verschiedene Gestaltungsvarianten: Er kann entweder versuchen den Druck auf die heimische Industrie durch Kostenbegrenzungsmaßnahmen gering zu halten oder die Kosten der konkurrierenden ausländischen Produkte durch bilaterale oder multilaterale Abkommen anzuheben oder die Kosten durch Handelsmaßnahmen an der Grenze angleichen.⁷⁰ Eine Kap-

67 Europäische Kommission/McKinsey/Ecofys (Hg.), EU ETS Review, S. 17ff; OECD (Hg.), *The Political Economy of Environmentally Related Taxes*, S. 91 m.w.N.

68 Ekardt/v. Hövel, CCLR 3 2009 (1), 102 (102).

69 Vgl. dazu Brink, CJIPLP 21 (2010) 1, 85 (91f.) m.w.N.

70 PEW Center (Hg.), *Congressional Policy Brief*, S. 4/8; Brink, CJIPLP 21 (2010) 1, 85 (93); Dröge/Cooper, *Climate Strategies Paper* Mai 2010, S. 23; Außer Acht gelassen wird

pfung der Mehrkosten für exponierte Industriezweige kann durch Preisstützungen und Subventionen, kostenlose Zuteilung von Emissionszertifikaten, Befreiungs- bzw. Ausnahmeregelungen oder die Anrechnung von Ausgleichsprojekten erfolgen.⁷¹ Auf diese Maßnahmen ist an dieser Stelle nicht näher einzugehen. Vielmehr ist der Gegenstand dieser Arbeit, die Angleichung der Kosten durch Grenzausgleichsmaßnahmen, im Folgenden näher zu beleuchten.

B. Klimaschutzmotivierte Grenzausgleichsmaßnahmen

Das Instrument des klimaschutzmotivierten Grenzausgleichs (im Folgenden auch: Klimagrenzausgleich) setzt an den soeben geschilderten Problempunkten an. Mit seiner Funktion als Wettbewerbsneutralisator ist der Grenzausgleich an sich ein klassisches ökonomisches Instrument des Außenhandels,⁷² das seit dem späten 18ten Jahrhundert Anwendung fand und schon seit dem Beginn des 19ten Jahrhunderts durch zwischenstaatliche Abkommen reglementiert wurde.⁷³ Doch erst in neuerer Zeit ist er als Instrument der Umweltpolitik erneut in den Fokus von Wissenschaft und Politik gerückt und wird nicht mehr primär als rein ökonomisches, sondern auch ökologisches Instrument diskutiert.

I. Grenzsteuerausgleichsmaßnahmen

Der Betrachtung von Grenzausgleichsmaßnahmen als Umweltschutz- und insbesondere als Klimaschutzinstrument soll aufgrund dieses Wandels zunächst eine allgemeine Begriffsbestimmung vorangestellt werden.

1. Allgemeine Begriffsbestimmung

Was verbirgt sich hinter dem sperrigen Namen des Grenzsteuerausgleichs? Mit dieser Frage befasste sich die im Jahre 1968 eingesetzte GATT Working Party on Border Tax Adjustments, die 1970 in ihrem Abschlussbericht die nunmehr

hierbei eine vierte Variante. Diese sieht vor, die Einnahmen durch die CO₂-Bepreisung zu recyceln, d.h. durch Steuererleichterungen an anderer Stelle die Wettbewerbsfähigkeit der Industrie aufrecht zu erhalten.

71 Vgl. dazu ausführlich zu den Vor- und Nachteilen der einzelnen Mechanismen: Houser/Bradley/Childs et al., *Leveling the Carbon Playing Field*, S. 15-27.

72 Schon Ricardo beschrieb dieses Instrument. Vgl. ders., in: Sraffa (Hg.) *The Works and Correspondence of David Ricardo*, Vol. IV, 201 (217).

73 Ausführlich zu der Historie: Hufbauer/Gabyzon, *The Evolution of Border Tax Adjustments*, S. 9ff.

gängige Definition von fiskalischen Grenzsteuerausgleichsmaßnahmen⁷⁴ vorgab. Zurückgegriffen wurde dabei auf eine OECD-Definition, nach der Grenzausgleichsmaßnahmen als fiskalische Maßnahmen, die ganz oder teilweise das Bestimmungslandprinzip umsetzen, zu verstehen sind.⁷⁵ Das Bestimmungslandprinzip setzt sich wie sein Gegenpart, das Herkunftslandprinzip, mit der Problematik auseinander, wie und wo eine Steuer auf handelbare Güter zu erheben ist. Während das Bestimmungslandprinzip die Besteuerung von Gütern im Land des Konsums fordert, verlangt das Herkunftslandprinzip die Besteuerung der Güter im Land der Produktion.⁷⁶ Weltweit ist die Besteuerung von Gütern nicht harmonisiert. Den Staaten ist vielmehr aufgrund der staatlichen Souveränität freigestellt, ihr Steuersystem zu bestimmen, so dass teilweise das Bestimmungsland- und teilweise das Herkunftslandprinzip gilt.⁷⁷ Dies kann zu Doppelbesteuerungen bzw. Nicht-Besteuerungen von Gütern und damit einhergehenden Wettbewerbsverzerrungen führen. Die Wiederherstellung der Wettbewerbsneutralität in den Fällen des Auseinanderfallens ist das primäre und ursprüngliche Ziel eines klassischen Grenzsteuerausgleichs. Dies bewirkt er durch zwei gesonderte Maßnahmen, die gemeinsam unter den Begriff des Grenzausgleichs fallen: Die Unterwerfung eingeführter Produkte unter einheimische Steuersätzen und die Rückerstattung bestimmter, bereits gezahlter Steuern für auszuführende Produkte.⁷⁸

Diese Maßnahmen stellen sicher, dass alle gleichartigen Produkte im inländischen und internationalen Wettbewerb der gleichen finanziellen Belastung ausgesetzt sind und ein von steuerlichen Einflüssen bereinigter internationaler Handel entsteht.⁷⁹ Die einzelnen Staaten haben dadurch die Möglichkeit, ein eigenständiges Niveau der indirekten Besteuerung festzulegen, ohne sich einem Sys-

74 Ein Grenzausgleich i.w.S. kann entweder aus fiskalischen oder nichtfiskalische Maßnahmen (wie z. B. Standards) bestehen. Diese Arbeit konzentriert sich jedoch allein auf die fiskalischen Maßnahmen. Umfasst ist hiervon zum Einen der Begriff des Grenzsteuerausgleichs, also den Ausgleich von Steuerunterschieden zur Herstellung von Wettbewerbsneutralität. Da im Folgenden jedoch auch die Ausgleichbarkeit der Kosten für den Erwerb von Emissionszertifikaten im Rahmen von Emissionshandelssystemen untersucht werden soll und die Frage nach der Einordnung der dadurch entstehenden Mehrkosten an dieser Stelle offen bleiben soll, wird im Folgenden der weitergefasste Begriff des Grenzausgleichs verwendet werden.

75 GATT, Working Party Report on Border Tax Adjustments, L/3464 (1970), para. 4.

76 UBA (Hg.), UBA-Texte 75/03, S. 31f.

77 WTO, Note by the Secretariat, Taxes and Charges for Environmental Purposes – Border Tax Adjustment v. 2. Mai 1997, WT/CTE/W/47, para. 30.

78 GATT, Working Party Report on Border Tax Adjustments, L/3464 (1970), para. 4.

79 UBA (Hg.), Climate Change 05/08, S. 3.

temwettbewerb aussetzen zu müssen.⁸⁰ In Anbetracht dieser Zielsetzung muss die Angleichung nicht zwingend an der Grenze erfolgen. Wesentlich ist nach Aussage der Working Party vielmehr, dass der Grenzübertritt Anlass für den Ausgleich ist.⁸¹

In der Praxis stellen Grenzsteuerausgleichsmaßnahmen einen inhärenten Bestandteil vieler Steuersysteme dar.⁸² Sowohl in Bezug auf Mehrwertsteuern als auch auf Verbrauchssteuern, z. B. auf Alkohol und Zigaretten, bilden sie ein häufig angewandtes Mittel, um die Steuerbelastung an der Grenze auszugleichen.

2. Grenzausgleichsmaßnahmen als Instrument des Umweltschutzes

Neben der dargestellten ökonomischen Seite beinhaltet das Instrument des Grenzausgleichs heute zunehmend eine umweltpolitische Komponente. Dieser Wandel ging einher mit dem Paradigmenwechsel bezüglich der Steuererhebungsmotivation. Seitdem Steuern auch aus Umweltschutzgesichtspunkten erhoben werden, ist es sinnvoll, die dadurch entstehenden Mehrkosten ebenfalls den importierenden Konkurrenten aufzulegen bzw. die Kosten beim Export zu erstatten um das Wettbewerbsniveau anzugleichen. Neben der Schaffung fairer Wettbewerbsbedingungen rückten hierbei die weitere Zielsetzungen, die Steigerung der Effizienz und politischen Durchführbarkeit der nationalen Umweltpolitik, in den Vordergrund. Mit dieser Intention führten die Vereinigten Staaten seit dem Jahre 1980 bereits zwei Steuern mit einer korrespondierenden Grenzausgleichssteuer ein: Die *Superfund Chemical Excises* (sog. Superfund)- und die *Ozone-Depleting Chemicals* (ODC)-Steuer. Erstere stellte eine Verbrauchssteuer auf bestimmte gelistete Chemikalien für die Herstellung von Derivaten dar, die zweite besteuerte den Verbrauch bestimmter ozonschädigender Chemikalien (wie z. B. Fluorchlorkohlenwasserstoffe) sowie unter deren Verwendung hergestellte Produkte. Beide Steuern wurden an der Grenze auf Import- und Exportseite ausgeglichen. Insbesondere die ODC-Steuer ist ein wichtiges Beispiel dafür, dass Grenzausgleichsmaßnahmen eine wichtige Rolle bei dem erfolgreichen Einsatz von Umweltsteuern spielen können. Der Grenzausgleich ermöglichte in diesem Fall einen schrittweisen Ausstieg aus der industriellen Verwendung der schädlichen ODC-Stoffe im In- und Ausland. Durch die phasenweise

80 Ruddigkeit in: Tietje/Kraft (Hg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 89, S. 6.

81 GATT, Working Party Report on Border Tax Adjustments, L/3464 (1970), para. 5.

82 Hoerner/Muller, in: Staehelin-Witt/Blöchliger (Hg.), Ökologisch orientierte Steuerreformen, 153 (164).

Anhebung der Steuer und des Grenzausgleichs wurde ein Anreiz gesetzt, kommerziell nutzbare Substitute zu entwickeln, so dass letztlich durch Umweltinnovation Umweltschutz bewirkt wurde. Doch der Grenzausgleich hat nicht nur einen wichtigen Beitrag zur effektiven Umsetzung der Steuer geleistet. Vielmehr ist auch davon auszugehen, dass die ODC-Steuer ohne einen Grenzausgleich erst gar nicht eingeführt worden wäre.⁸³ Grenzausgleichsmaßnahmen können danach im Hinblick auf den Umweltschutz nicht nur die Wirkungen nationaler Instrumente verstärken, sondern überhaupt ursächlich für ein nationales Vorgehen sein.

Zunehmende Aufmerksamkeit wurde in den letzten Jahren dem Gegenstand dieser Arbeit, den klimaschutzmotivierten Grenzausgleichsmaßnahmen, zuteil. Unter diesem Begriff sind Grenzausgleichsmaßnahmen zu verstehen, die die Mehrkosten durch nationale oder zwischenstaatliche Klimaschutzinstrumente ausgleichen sollen und im allgemeinen Sprachgebrauch auch als „Klimazölle“ bezeichnet werden.⁸⁴ Dieser Unterfall eines umweltschutzmotivierten Grenzausgleichs hat zwei Hauptzielsetzungen: zum einen die klassisch ökonomische Intention, d. h. die Herstellung von gleichen Wettbewerbsbedingungen, um einheimische Hersteller vor einseitigen Kostenbelastungen zu schützen.⁸⁵ Zum anderen wird ein Klimagrenzausgleich von einer Klimaschutzintention geleitet, wobei es verschiedene Gesichtspunkte möglich machen einen Grenzausgleich als Klimaschutzinstrument zu bewerten⁸⁶: (1) Ein Grenzausgleich kann einen wichtigen Beitrag zur Verhinderung des Phänomens des *Carbon Leakage* leisten, indem er für ein ausgeglichenes Wettbewerbsniveau sorgt. Durch die äquivalente Belastung importierter Güter werden Unternehmen (zumindest hinsichtlich des Faktors „Mehrbelastung durch Klimaschutzinstrumente“) so gestellt, als hätten sie im regulierten Staat produziert. Eine Standortverlagerung ins Ausland wird dadurch obsolet. Eine CO₂-Verlagerung ist nicht zu befürchten. (2) Für die inländischen Industrien ist es wirtschaftlich rentabel, Emissionen einzusparen. Dieser wirtschaftliche Anreiz besteht (abhängig von der konkreten Ausgestaltung des Grenzausgleichs) auch für ausländische Produzenten. Denn je geringer der CO₂-Gehalt ihrer Produkte ist, umso niedriger sind die Ausgleichszahlungen, die sie an der Grenze zu entrichten haben.⁸⁷ Auf diese Weise wirken

83 Hoerner, The Role of Border Tax Adjustments in Environmental Taxation, S. 15.

84 Diese Bezeichnung ist jedoch fachlich unkorrekt, wie noch gezeigt werden wird.

85 UBA (Hg.), Climate Change 05/08, S. 3.

86 Die folgenden Argumente werden von den Befürwortern eines Grenzausgleiches vorgebracht. Die Effektivität einer solchen Maßnahme ist jedoch nicht unumstritten und die Einführung eines Grenzausgleichs wird von verschiedenen Lagern aus unterschiedlichen Gründen abgelehnt.

87 Holzer, NCCR Climate Research Paper 2010/06, S. 6.

Grenzausgleichsmaßnahmen als Anreiz bzw. als Druckmittel für andere Staaten, ähnliche Klimaschutzinstrumente einzuführen.⁸⁸ Dies ist aus umweltpolitischer Sicht zu befürworten, da es der Vermeidung eines „ruinösen Wettbewerbs der Staaten“ (*race to the bottom*) um die niedrigsten Umweltstandards dient⁸⁹ und die Möglichkeit des Trittbrettfahrens eindämmt. (3) Ein positiver Nebeneffekt des Ausgleichs von Wettbewerbsverzerrungen durch den Grenzausgleich ist eine schwindende politische Opposition der nationalen Industrien gegen umweltpolitische Bestrebungen. Erst wenn der Widerstand der Wirtschaft durchbrochen ist, werden einschneidende Maßnahmen im Sinne des Klimaschutzes möglich.⁹⁰ So wird beispielsweise in den USA die Einführung eines Grenzausgleichs als *price of passage* eines ambitionierten Klimagesetzes angesehen.⁹¹ (4) Zusätzlich werden durch einen Grenzausgleich nationale Sonder- und Ausnahmeregelungen zum Schutz exponierter d. h. besonders energieintensiver inländischer Industrien überflüssig. Durch die Beibehaltung des Preissignals erhöht sich die Lenkungswirkung der nationalen Klimaschutzinstrumente.⁹²

Bis zum jetzigen Zeitpunkt wurde noch kein Klimagrenzausgleich eingeführt. Doch seit Frankreich Ende 2006 dieses Instrument in die internationale Klimadiskussion eingebracht hat, hat es in verschiedenen Regionen und Ebenen Befürworter und Gegner gefunden. In den USA wurden bereits verschiedene Gesetzesinitiativen, die die Einführung eines bundesweiten Emissionshandelssystems mit einem Grenzausgleich vorsahen, in den Gesetzgebungsprozess eingebracht.⁹³ Auch die EU-Richtlinie 2009/29/EG schließt den Einsatz von Grenz-

88 Dies ist jedoch nur die eine Seite der Medaille. Andererseits kann die Einführung eines Grenzausgleichs auch die internationalen Klimaverhandlungen bedrohen. Denn gerade Entwicklungsländer empfinden Handelsmaßnahmen „öko-protrotektionistische“ Bedrohung, so dass deren Einführung das notwendige zwischenstaatliche Kooperationsverhältnis gefährden könnte. Vgl. dazu Dröge, SWP-Aktuell 72, Sept. 2008, 1 (3).

89 Ekaradt/Neumann, ZfU 2008, 183 (184).

90 UBA (Hg.), UBA-Texte 75/03, S. 30.

91 Weischer/Simmons/van Asselt/ Zelli in: UNEP/ADAM (Hg.), *Climate and Trade Policies in a Post-2012 World*, 1 (5); Vgl. Letter to President Barack Obama from Senators Brown, Stabenow, Feingold, Levin, Bayh, Casey, Byrd, Specter, Rockefeller, and Franken v. 6. August 2009: “It is essential that climate change legislation include a border mechanism, sufficient allowances to energy intensive industries and other effective measures that encourage international agreements and maintain a level playing field for American manufacturers. We would find it extremely difficult to support a final measure that does not effectively deal with these important issues.” Abrufbar unter: <http://www.casey.senate.gov/newsroom/press/release/?id=5029d107-8956-4dd5-9797-052c7897f78b>. Zuletzt besucht am 23. April 2012.

92 UBA (Hg.), *Climate Change* 05/08, S. 4.

93 Z. B. der. American Clean Energy and Security Act of 2009, H.R. 2454, 111th Congress, 1st Sess. (2009). Im Folgenden: ACES. Dieser wurde im House of Representatives am 26.

ausgleichsmaßnahmen nicht aus, sondern fordert die Kommission auf zu überprüfen, ob „ein wirksames 'CO₂-Ausgleichssystem' eingeführt“ werden kann, „um eine vergleichbare Grundlage für Anlagen aus der Gemeinschaft, bei denen ein erhebliches Risiko von Verlagerungen besteht, und Anlagen aus Drittländern zu schaffen.“⁹⁴

II. Ausgestaltungsformen eines Klimagrenzausgleichs

Bei der Ausgestaltung eines klimaschutzbezogenen Grenzausgleichs hat der nationale Gesetzgeber eine Vielzahl von Entscheidungen zu treffen. Er muss den Anknüpfungspunkt des Ausgleichs festlegen, der entweder der Energieträger selbst (d. h. Kohle, Erdgas etc.) oder das unter Verwendung eines CO₂ emittierenden Energieträgers hergestellte Endprodukt sein kann.⁹⁵ Des Weiteren muss definiert werden, welche Produkte und Staaten Adressaten des Grenzausgleichs sein sollen. Zudem müssen die Ausgestaltung des nationalen Klimaschutzinstruments und die Form des Ausgleichsinstruments bestimmt werden. Die diesbezüglich bestehenden Varianten sollen im Folgenden kurz erläutert werden. Beschränkt werden die Ausführungen jedoch auf die Formen, die im materiellen Teil auf ihre Vereinbarkeit mit dem Welthandelsrecht untersucht werden sollen. Eingegangen wird daher nicht auf Grenzausgleichsmaßnahmen zum Ausgleich der durch die Einführung von ordnungsrechtlichen Klimaschutzinstrumenten entstehenden Mehrkosten (sog. *Climate Change Compliance Costs* oder Befolgungskosten). Diese Kosten stellen als Standortfaktoren keine internen Steuern dar und sind daher offensichtlich nicht ausgleichsfähig.⁹⁶

Juni 2009 angenommen, scheiterte jedoch im Senat. Das Vorhaben eines umfassenden US-amerikanischen Klimagesetzes ruht derzeit. Vgl. <http://www.zeit.de/wirtschaft/2010-07/obama-klimaschutzgesetz>.

94 Vgl. Erwägungsgrund 25 der Richtlinie 2009/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG zwecks Verbesserung und Ausweitung des Gemeinschaftssystems für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten, ABl. EU 140/63 (2009). In Anbetracht dieser Situation soll von einer detaillierten Darstellung der verschiedenen Entwürfe abgesehen werden. Nur an den Stellen, an denen Einzelheiten relevant für die Zulässigkeit der Maßnahme werden, wird auf diese konkret eingegangen werden. Einen guten Überblick über die Gesetzesvorschläge im Allgemeinen verschafft Anuradha, ICRIER Policy Series Nr. 2, Juli 2011, S. 4ff.

95 Assuncao/Zhang, *The World Economy* 27 (2003) 3, 359 (380).

96 Howse/Eliason in: Cottier/Nartova/Bigdeli (Hg.), *International Trade Regulation and the Mitigation of Climate Change*, 48 (61).

1. CO₂- bzw. Energiesteuer und Ausgleichssteuer

Zunächst ist auf die „klassische“ Variante des Grenzausgleichs einzugehen. Importierte Waren werden mit einer der inländischen Steuer gleichwertigen Steuer belegt. Einheimisch produzierten Waren wird die Steuer bei der Ausfuhr erstatet. Sowohl das nationale Klimaschutzinstrument als auch der Ausgleich weist dabei die Form einer Steuer auf. Dies hat zur Folge, dass die Steuerraten fix durch die Regierung geregelt werden können.⁹⁷

2. Emissionshandel und Ausgleichssteuer

Mit der zunehmenden Verbreitung von Emissionshandelssystemen ist eine Abwandlung dieser klassischen Form des Grenzausgleichs in den Fokus der Politik gerückt. Hierbei weist das nationale Klimaschutzinstrument die Form des Emissionshandels auf, während der Ausgleich durch eine Steuer und nicht durch den Nachweis entsprechender Zertifikate erfolgt. Importierte Waren werden dabei mit einer Steuer belastet, die sie so stellen sollen, als wären sie auf dem Importmarkt produziert worden. Ausgeglichen werden dadurch die direkt durch den Kauf der Zertifikate verursachten Kosten.⁹⁸ Diese Ausgestaltung des Grenzausgleichs wirft die Frage auf, ob die Mehrkosten durch ein Emissionshandelssystem mit den Mehrkosten durch eine nationale Steuer verglichen werden können.

3. Emissionshandel und Ankauf von internationalen Reserveberechtigungen

Der in der Vergangenheit am häufigsten und mit der größten Ernsthaftigkeit diskutierte Ausgleichsmechanismus sieht die Beteiligung von Importen an einem national etablierten Emissionshandelssystem vor.⁹⁹ Sowohl das nationale als auch das Ausgleichsinstrument hat hierbei die Form eines Emissionshandelssystems. Vorgesehen ist, die betroffenen Importeure zu verpflichten eine genauere zu bestimmende Menge an Emissionszertifikaten zu erwerben. Die erforderlichen Zertifikate könnten dabei entweder aus einem national errichteten Sonderkontingent für Importgüter als sog. internationaler Reserveberechtigungen („re-

97 OECD, Competitiveness, Leakage and Border Adjustment: Climate Policy Distractions? Round Table on Sustainable Development at the OECD v. 22/23.7.2009, SG/SD/RT (2009) 3, S. 69.

98 Lockwood/Whalley, The World Economy 33 (2010) 6, 810 (814).

99 Zu den Vorteilen dieser Form vgl. beispielsweise Godard, EDF/École Polytechnique Cahier Nr. DDX 07/15, S. 29.

serve allowances“)¹⁰⁰, auf dem nationalen/zwischenstaatlichen Emissionshandelsmarkt oder im Rahmen des *Clean Development Mechanism*¹⁰¹ erworben werden.¹⁰² Eine Trennung des Importkontingentes von dem nationalen Markt würde bedingen, dass der Preis und die Verfügbarkeit nationaler Zertifikate nicht von den Importzertifikaten tangiert werden. Bei der Einführung einer Exporterstattung könnte entweder der Wert der Zertifikate ersetzt werden oder die überschüssigen Zertifikate könnten auf dem Emissionshandelsmarkt sowohl an inländische als auch ausländische Produzenten verkauft werden.¹⁰³ Ein maßgeblicher Unterschied dieser Form des Ausgleichs besteht in der Festlegung der Kosten. Während diese bei einer Ausgleichsteuer durch den Gesetzgeber von vornherein vorgegeben sind, werden bei der Beteiligung an einem Emissionshandelssystem die Preise für den Erwerb bzw. Verkauf von Zertifikaten entsprechend den allgemeinen Marktbedingungen fluktuieren.¹⁰⁴ Die Schwierigkeit der Bewertung eines solchen Mechanismus besteht darin, dass weder das nationale Instrument noch der Ausgleich explizit die Form einer Steuer aufweist. Ungeachtet dieser Schwierigkeiten sieht diese Form der Ausgestaltung beispielsweise der US-amerikanische American Clean Energy and Security Act vor (Sec. 728).

III. Einordnung in das Normengefüge des Welthandels- und Klimarechts

Durch die beschriebene Wirkungsweise können Grenzausgleichsmaßnahmen einen wichtigen Beitrag zur effektiven und effizienten Ausführung nationaler Klimaschutzinstrumente leisten. Doch da ein Grenzausgleich die Besteuerung von Importen und gegebenenfalls auch Exporterstattungen vorsieht und den internationalen Warenverkehr betrifft, stellt er eine Beschränkung des freien Welthandels dar.¹⁰⁵ Er ist als eine umweltschutzpolitisch motivierte Handelsbeschränkung, genauer gesagt als nichtproduktbezogene Handelsmaßnahme (*Trade Related Environmental Measures*),¹⁰⁶ zu klassifizieren. Denn der Anknüp-

100 So bspw. vorgesehen in Section 6006f des mittlerweile verworfenen Lieberman-Warner Climate Security Act of 2008, S. 3036, 110th Congress, 2nd Sess. (2008). Im Folgenden: CSA 2008.

101 Vgl. die Ausführungen in Kapitel 2. C. V. 2. d.

102 Holzer, CCLR 4 (2010) 1, 51 (56).

103 Lockwood/Whalley, *The World Economy* 33 (2010) 6, 810 (814).

104 OECD, *Competitiveness, Leakage and Border Adjustment: Climate Policy Distractions? Round Table on Sustainable Development at the OECD v. 22/23.7.2009*, SG/SD/RT (2009) 3, para. 69.

105 Brack/Grubb/Windram, *International Trade and Climate Change Policies*, S. 81.

106 Zu der Unterscheidung verschiedener umweltschutzmotivierter Handelsmaßnahmen vgl.: Puth, *Der Umweltschutz im Recht der WTO*, S. 32f.

fungspunkt des Grenzausgleichs ist mit dem CO₂-Ausstoß im Rahmen des Produktionsprozesses (sog. *Processes and Production Methods*) ein Kriterium, das keinerlei Einfluss auf die physische Beschaffenheit des Endproduktes nimmt. Seine theoretische Grundlage findet dies im sog. *Rectification-at-source*-Prinzip, nach dem zur Effizienzsteigerung Umweltschutzmaßnahmen möglichst nah am Ursprung eines Problems anzuknüpfen haben.¹⁰⁷

Als Handelsbeschränkung muss sich der Grenzausgleich am Maßstab des Welthandelsrechtsregimes, insbesondere dem Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommen (GATT)¹⁰⁸, messen lassen. Es stellt sich daher die Frage: Ist die nationale Klimapolitik in Form einer nichtproduktbezogenen Handelsmaßnahme WTO-rechtlich zulässig? Als Klimaschutzinstrument untersteht besagter Grenzausgleich zudem dem Klimarechtsregime und muss auch dessen Anforderungen genügen. Das Instrument Grenzausgleich bildet somit eine Schnittstelle zwischen Welthandelsrecht und Klimaschutz.¹⁰⁹ In einem Vorgriff auf die noch folgende ausführliche Erörterung der Zulässigkeit der Maßnahme, soll das Instrument nunmehr in diesen beiden Regimen verortet werden.

Das Welthandelsrecht hat die Zulässigkeit von Grenzausgleichsmaßnahmen in keiner Norm ausdrücklich geregelt oder gar verpflichtend vorgeschrieben. Vielmehr finden die allgemeinen Vorschriften des GATT Anwendung. Eine Schlüsselposition nehmen dabei auf der Importseite Art. II Abs. 2 lit. a) in Verbindung mit Art. III GATT und auf der Exportseite Art. XVI GATT sowie das Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen (SCM)¹¹⁰ ein. Diese Vorschriften eröffnen grundsätzlich die Möglichkeit für einen Grenzausgleich, entscheidend für seine Zulässigkeit ist jedoch stets die konkrete Ausgestaltung.

107 Puth, WTO und Umwelt, S. 53.

108 Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen (General Agreement on Tariffs and Trade) v. 15.4.1994; 33 ILM 1153 (1994); ABl. EG 1994 L 336; in Kraft seit dem 1.1.1995. Im Folgenden: GATT 1994. Dies bezieht das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen (General Agreement on Tariffs and Trade) v. 30.10.1947 mit ein. 55 UNTS. 194; BGBl. 1951 II, 200; in Kraft seit dem 1.1.1948. Im Folgenden: GATT.

109 Ruddigkeit in: Tietje/Kraft (Hg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 89, S. 5.

110 Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen (Agreement on Subsidies and Countervailing Measures) v. 15. April 1994; 1869 UNTS 14; ABl. EG 1994 L 336/156; in Kraft seit dem 1. Januar 1995. Im Folgenden: SCM bzw. Subventionsübereinkommen.

Auch das Klimarechtsregime¹¹¹ behandelt die Zulässigkeit von Grenzausgleichsmaßnahmen nicht ausdrücklich. Ihre Anwendung ist weder verboten noch explizit vorgesehen. Nach Art. 2 Abs. 1 lit. a) KP sind nationale Klimaschutzmaßnahmen zur Erfüllung der jeweiligen Reduktionsverpflichtungen zwar vorgesehen, es lassen sich aus dem Protokoll jedoch nur wenige konkrete Anhaltspunkte entnehmen, wie diese international koordiniert werden sollen. Ein Indiz stellt Art. 3 Abs. 5 des KP dar, welcher besagt: „The Parties should cooperate to promote a supportive and open international economic system that would lead to sustainable economic growth and development in all Parties, particularly developing-country Parties, thus enabling them better to address the problems of climate change. Measures taken to combat climate change, including unilateral ones, should not constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination or a disguised restriction on international trade.“ Die Vorschrift hat den Zweck, protektionistische Maßnahmen unter dem Deckmantel des Klimaschutzes zu vereiteln. Betont wird zudem die Sonderstellung der Entwicklungsländer. Diesen räumt die Klimarahmenkonvention und das Kyoto-Protokoll eine Sonderstellung ein: Nach dem Prinzip der gemeinsamen, aber differenzierten Verantwortung sind Entwicklungsländer nur entsprechend ihrer Kapazitäten verpflichtet, gegen den Klimawandel vorzugehen (Art. 3 Abs.1 UNFCCC)¹¹². Einer der Grundpfeiler dieses Prinzips, die unterschiedliche Verantwortlichkeit, steht in einem offensichtlichen Widerspruch zu der Idee des Grenzausgleichs, der darauf abzielt, die weltweiten Wettbewerbsbedingungen anzugleichen. Mit der Akzeptanz des Prinzips haben die Vertragsparteien schlüssig anerkannt, dass Industrie- und Entwicklungsländer unterschiedliche *Compliance*-Kosten zu tragen haben.¹¹³ Denn die Einsparung von CO₂ ist zumindest kurzfristig mit Kosten verbunden, so dass der, der höhere Reduktionen erzielen muss, auch zu höheren Leistungen verpflichtet sein muss. Damit gehen geradezu notwendig auch Auswirkungen auf die nationalen Industrien einher.¹¹⁴ Anders als ein gegen industrialisierte Trittbrettfahrer gerichteter Grenzausgleich, kann daher gerade ein Grenzausgleich, der gegen Entwicklungsländer gerichtet ist, in Konflikt mit dem Klimarechtsregime geraten. Dies wird auch durch einen Vorschlag Indiens im Rahmen der Ad Hoc Working Group on Long Term Cooperative Action (AWG-LCA) deutlich. Dort plädierte Indien, begleitet von

111 Unter dieser Bezeichnung sind im Folgenden die Klimarahmenkonvention sowie das Kyoto-Protokoll zu verstehen.

112 Vgl. zu diesem Prinzip ausführlicher den folgenden Abschnitt.

113 Werksman/Houser, WRI DP Dez. 2008, S. 4.

114 OECD, Competitiveness, Leakage and Border Adjustment: Climate Policy Distractions? Round Table on Sustainable Development at the OECD v. 22/23.7.2009, SG/SD/RT (2009) 3, S. 6.

vergleichbaren Vorschlägen der Gruppe der 77, für die Aufnahme des folgenden Paragraphen in den Verhandlungstext für Kopenhagen: „Developed country Parties shall not resort to any form of unilateral measures [...] against goods and services imported from developing countries on grounds of protection and stabilization of climate. Such unilateral measures would violate the principles and provisions of the Convention, including, in particular, those related to the principle of common but differentiated responsibilities (Article 3, Paragraph 1)[...]“.¹¹⁵ Andererseits ist jedoch anzumerken, dass die Verhinderung von *Carbon Leakage* im Sinne des Klimaregimes ist.

Die Lage von Grenzausgleichsmaßnahmen an der Schnittstelle des Welthandels- und Klimarechts und die Wechselwirkungen beider Regime gestalten die Fragestellung nach der Zulässigkeit von klimaschutzmotivierten Grenzmaßnahmen besonders kompliziert.

C. Das Prinzip der gemeinsamen, aber differenzierten Verantwortlichkeit

Wie bereits herausgearbeitet, ist neben dem Welthandelsrecht auch das Klimarechtsregime richtungsweisend für die Zulässigkeit eines Klimagrenzausgleichs. Diese Arbeit setzt ihren Schwerpunkt hierbei auf die Vereinbarkeit mit dem Prinzip der gemeinsamen, aber differenzierten Verantwortlichkeit. Dieses soll im Folgenden zunächst abstrakt dargestellt werden.

I. Begriffsbestimmung

Der Siebte Grundsatz der Rio-Deklaration über Umwelt und Entwicklung¹¹⁶ beschreibt die Essenz der differenzierenden Behandlung nach dem „Common but Differentiated Responsibilities“-Prinzip¹¹⁷ (im Folgenden: CBDR-Prinzip) im

115 UNFCCC, Ad Hoc Working Group on Long-Term Cooperative Action Under the Convention, 7th Sess., FCCC/AWGLCA/2009/INF.1/Add.1 (2009).

116 Die Rio-Erklärung über Umwelt und Entwicklung (Rio Declaration on Environment and Development) ist rechtlich nicht verbindlich, wurde aber im Konsens der 176 auf der Konferenz der Vereinten Nationen über Umwelt und Entwicklung (UNCED) vertretenen Staaten verabschiedet und im selben Jahr durch die Generalversammlung förmlich angenommen. Vgl. UNCED, Rio Declaration on Environment and Development v. 13. Juni 1992, ILM 31 (1992), 876. Im Folgenden: Rio Deklaration.

117 Im Deutschen wird dies mit gemeinsamer, aber differenzierter Verantwortlichkeit (so Puth in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, § 25 Rn. 7; Kellersmann, Die gemeinsame, aber differenzierte Verantwortlichkeit, S. 142.) oder auch mit gemeinsamer, jedoch unterschiedlicher Verantwortlichkeit (so Epiney/Scheyli, Umweltvölkerrecht, S. 240) übersetzt. Im

internationalen Umweltrecht: „States shall cooperate in a spirit of global partnership to conserve, protect and restore the health and integrity of the Earth's ecosystem. In view of the different contributions to global environmental degradation, States have common but differentiated responsibilities. The developed countries acknowledge the responsibility that they bear in the international pursuit to sustainable development in view of the pressures their societies place on the global environment and of the technologies and financial resources they command.“ Diese Beschreibung verdeutlicht, dass sich das CBDR-Prinzip aus zwei tragenden Erwägungen zusammensetzt. Zum einen wird die „common responsibility“, d. h. die gemeinsame Verantwortung, der Staaten für den Schutz der Umwelt als Gemeingut anerkannt. Der Zusammenhalt und die Zusammenarbeit der Staatengemeinschaft i. S. e. „globalen Partnerschaft“ werden vorausgesetzt. Zum anderen modifiziert das Prinzip den Gleichheitsgrundsatz, indem es die unterschiedlichen Umstände, die daraus resultierenden Handlungsmöglichkeiten der Staaten und deren jeweiligen Verursachungsbeitrag für das konkrete Problem mit einbezieht und die Verantwortung dementsprechend variiert (*differentiated responsibility*/verschiedene Verantwortlichkeit).

1. Gemeinsame Verantwortlichkeit

Der Schutz der globalen Güter, wie z. B. der Atmosphäre, der Hochsee oder der biologischen Artenvielfalt, liegt nicht nur im Interesse einzelner Staaten, sondern im gemeinsamen Interesse der Menschheit, da diese Güter aufgrund ihrer Ausmaße allen Staaten gemeinsam zugeordnet werden müssen (sog. *common concern of humankind*).¹¹⁹ Jede ein solches Gut betreffende Entscheidung eines Staates wirkt grenzübergreifend.¹²⁰ Für einen einzelnen oder eine Gruppe von Staaten wird es niemals möglich sein, ein globales Umweltgut (ein sog. *global common*) eigenständig zu schützen. Dafür ist vielmehr ein gemeinsames Vorgehen im Staatenbund erforderlich. Dies hat zu einer zunehmenden Globalisierung von Umweltschutzanliegen geführt.¹²¹ Der Anspruch Kompromisse zu schließen und zusammenzuarbeiten, findet Ausdruck im sogenannten Kooperationsgebot, nach dem die Staaten im Geist einer globalen Partnerschaft zusammen arbeiten

Folgenden wird die abgekürzte englische Formulierung (CBDR-Prinzip) verwendet werden.

118 Die Verwendung des Terminus „Prinzip“ ist in diesem Zusammenhang untechnisch zu verstehen. Aus dieser Bezeichnung sollen keine Schlüsse auf dessen rechtliche Bewertung geschlossen werden. An dieser Stelle ist auch darauf hinzuweisen, dass „CBDR-Grundsatz“ und „CBDR-Prinzip“ deckungsgleich verwendet werden.

119 Iwama in: Brown Weiss (Hg.), *Environmental Change and International Law*, S. 114.

120 Stone, *AJIL* 98 (2004) 2, 276.

121 Rajamani, *RECIEL* 9 (2000) 2, 120 (121).

um die Gesundheit und die Unversehrtheit des Ökosystems der Erde zu erhalten, zu schützen und wiederherzustellen.¹²²

Auch der Grundsatz der gemeinsamen Verantwortlichkeit ist Ausfluss dieses Grundsatzes. Er erkennt an, dass die Staatengemeinschaft gemeinsam für die Schäden und Zerstörung verschiedener Umweltsysteme verantwortlich ist, und leitet daraus die Verpflichtung ab, zusammen die Ökosysteme der Erde zu erhalten, zu schützen und die angerichteten Schäden wiedergutzumachen. Die gemeinsame Verantwortlichkeit setzt dabei eine einvernehmliche Zusammenarbeit und die Berücksichtigung der Bedürfnisse der anderen Mitglieder der Staatengemeinschaft voraus.

2. Unterschiedliche Verantwortlichkeit

Zugleich ist die gemeinsame Verantwortlichkeit der Staaten *differentiated*, d. h. unterschiedlich, da nicht alle Staaten in dem gleichen Maße zu Schutzmaßnahmen verpflichtet sind.¹²³ Vielmehr hängt der Verpflichtungsgrad eines Staates von verschiedenen Faktoren ab. Während die Sonderbehandlung von Entwicklungsländern zunächst auf deren besondere Bedürfnisse gestützt wurde,¹²⁴ rückte später der Beitrag der Industrieländer an den akuten Umweltproblemen¹²⁵ zunehmend in das Bewusstsein der Staatengemeinschaft¹²⁶ und fand darin eine weitere Stütze. Neben den nationalen Kapazitäten für Abhilfemaßnahmen und dem wirtschaftlichen Entwicklungsstand eines Landes ist daher heute auch der

122 Puth in: Hilf/Oeter (Hg.), WTO-Recht, § 25 Rn. 7.

123 Stone, AJIL 98 (2004) 2, 276 (277).

124 So z. B. in der Präambel des UN Seerechtsübereinkommen in der es heißt: „in dem Bewusstsein, dass die Erreichung dieser Ziele zur Verwirklichung einer gerechten und ausgewogenen internationalen Wirtschaftsordnung beitragen wird, welche die Interessen und Bedürfnisse der gesamten Menschheit und vor allem die besonderen Interessen und Bedürfnisse der Entwicklungsländer, ob Küsten- oder Binnenländer, berücksichtigt [Hervh. d. Verf.]“, vgl. Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen (United Nations Convention on the Law of the Sea) v. 10.12.1982, BGBl 1994 II, 1799; ILM 21 (1982), 1261, in Kraft seit dem 16.11.1994. Im Folgenden: UNCLOS. Für weitere Beispiele vgl. Rajamani, RECIEL 9 (2000) 2, 120 (121, Fn. 14).

125 Vgl. dazu: UNDP (Hg.), Human Development Report: Cultural Liberty in Today's Diverse World, S. 207-210.

126 So heißt es in der UN Resolution 2849 (XXVI) für Umwelt und Entwicklung: „Cognizant that [...] pollution of world-wide impact is being caused primarily by some highly developed countries, as a consequence of their own high level of improperly planned and inadequately co-ordinated industrial activities, and that, therefore, the main responsibility for the financing of corrective measures falls upon those countries, [...]“. G.A. Res. 2849, UN GAOR, 26th Sess., UN Doc. A/Res/2849 (1972).

historische Verschmutzungs- bzw. Zerstörungsbeitrag eines Staates bei der Bestimmung des Verpflichtungsgrades maßgebend.¹²⁷

Durch die Differenzierung der Verantwortung sollen die am wenigsten begünstigten Staaten, regelmäßig, aber nicht zwangsläufig die Entwicklungsländer, unterstützt und zugleich in das globale gemeinsame Vorgehen eingebunden werden.¹²⁸ Demgegenüber werden die besser situierten Länder, meist Industrieländer, aufgefordert bzw. verbindlich dazu verpflichtet, eine Vorreiterrolle einzunehmen. Wie sich dies auswirkt, ist von der konkreten Ausgestaltung des Abkommens abhängig. So kann die Differenzierung entweder die Verteilung von Rechten und Pflichten oder von bestimmten Ressourcen beeinflussen oder Technologietransfers fördern.¹²⁹

3. Definition

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass nach dem CBDR-Prinzip die Staatengemeinschaft die gemeinsame Verantwortung für den Schutz globaler Umweltgüter trägt. Nichtsdestotrotz wird den verschiedenen finanziellen, technischen und ökologischen Kapazitäten der Staaten und deren Verschmutzungsbeiträgen dadurch Rechnung getragen, dass der Verantwortlichkeitsgrad variiert wird. Das Prinzip sieht so eine asymmetrische Verteilung von Rechten und Pflichten vor, wobei den Industrieländern in der Regel eine Vorreiterrolle auferlegt wird.¹³⁰ Das Prinzip lässt sich daher auf folgende Formel herunterbrechen:

$$\begin{aligned} &\text{CBDR} \\ &= \text{Kapazität} + \text{Kontribution} \\ &= \text{Vorzugsbehandlung für Entwicklungsländer} \\ &\quad + \text{Vorreiterrolle der Industriestaaten.}^{131} \end{aligned}$$

127 Harris, N.Y.U. Environmental Law Journal 7 (1999) 1, 27 (29); Rajamani, Differential Treatment in International Environmental Law, S. 136.

128 Honkonen, The Common but Differentiated Responsibility Principle in Multilateral Environmental Agreements, S. 2.

129 Honkonen, The Common but Differentiated Responsibility Principle in Multilateral Environmental Agreements, S. 3. Sowie tiefergehend die Ausführungen in Kapitel 2. D. IV.

130 Vgl. Stone, AJIL 98 (2004) 2, 276 (277). Beachte jedoch auch die Anmerkung in Fn. 4. Dort sind verschiedene Abkommen aufgelistet, die nicht die ärmeren Länder bevorzugen, sondern die Differenzierung anhand anderer Kriterien erfolgt.

131 Angelehnt an: Rajamani, Differential Treatment in International Environmental Law, S. 150.

II. Entstehungs- und Entwicklungsprozess

Um die vollständige Bedeutung des CBDR-Prinzips zu verstehen, ist es unumgänglich, sich mit dessen Geschichte zu befassen. Wie war die Ausgangslage? Wieso wurde eine unterschiedliche Behandlung erforderlich? Was waren die Alternativen zum CBDR-Prinzip? Und wie kam es letztlich zu dessen tatsächlicher Umsetzung? Um diese Fragestellungen nicht aus den Augen zu verlieren, wird im Folgenden die Entwicklung des CBDR-Prinzips nicht rein chronologisch wiedergegeben. Vielmehr orientiert sich die Darstellung an den aufgeworfenen Fragen und versucht in deren Rahmen die wichtigsten Entstehungsstufen des Prinzips aufzuzeigen.

1. Ursprung und Abkehr: Souveräne Gleichheit der Staaten

Der Grundsatz der souveränen Gleichheit der Staaten verbindet das Prinzip der Souveränität der Staaten mit dem Gebot der Gleichheit der Staaten und formte „eines der tragenden Prinzipien der Völkerrechtsordnung“¹³². Als Ausdruck dessen gaben völkerrechtliche Verträge lange Zeit eine strikte Gleichbehandlung aller Mitgliedstaaten vor. Auferlegte Rechte und Pflichten waren für alle Vertragsparteien identisch: Es herrschte „Gleichheit im Recht“ oder auch „formelle Gleichheit“.¹³³ Dieser Grundsatz ließ sich aufgrund der tatsächlichen Ungleichheit der Staaten, beispielsweise hinsichtlich ihres politischen Einflusses, ihrer Wirtschaftsmacht und militärischen Stärke, nicht in dieser Absolutheit aufrechterhalten. Daher wurden schon frühzeitig Ausnahmen, z. B. in Form von Vorbehaltsregelungen (sog. *reservations*), zugelassen.¹³⁴ Endgültig änderte sich jedoch die Lage mit dem Ende des Zweiten Weltkrieges. Mit der Dekolonialisierung und der damit einhergehenden Entstehung neuer Staaten in der sog. Dritten Welt wurde das Völkerrecht erstmalig tatsächlich universell. Die Staatengemeinschaft wurde in ihrer Zusammensetzung heterogener als jemals zuvor, und dies nicht nur im Hinblick auf die ökonomische Entwicklung. Verfestigte Grundsätze gerieten in Kritik. Es wurde offenbar, dass Strukturen, die für eine „European-based homogeneity“¹³⁵ entwickelt worden waren, in dieser Form nicht fortbe-

132 Stein/von Buttlar, Völkerrecht, Rn. 522.

133 Cullet, Differential Treatment in International Environmental Law, S. 57. Nichtsdestotrotz ist festzuhalten, dass dies lediglich einen Grundsatz darstellte, von dem auch abgewichen wurde. So merkte beispielsweise schon der Versailler Vertrag an, dass die Regelungen den regionalen Besonderheiten z. B. der Wirtschaft, der Traditionen und des Klimas Rechnung tragen müssten. Vgl. dazu ausführlich Honkonen, The Common but Differentiated Responsibility Principle in Multilateral Environmental Agreements, S. 39.

134 Cullet, Differential Treatment in International Environmental Law, S. 58.

135 Shaw, International Law, S. 39.

stehen konnten. Dies galt auch für das Konzept der formellen Gleichheit. Es entstand das Bedürfnis weiterzugehen und materielle Gerechtigkeit herzustellen.¹³⁶ Dies geschah in der Folgezeit. Mittlerweile ist daher *Vitzthum* zuzustimmen, wenn er den Grundsatz der souveränen Gleichheit als „überkommenes Leitprinzip der Völkerrechtsordnung“ bezeichnet.¹³⁷

2. New International Economic Order: Forderungen der Entwicklungsländer

Auch wenn die Entwicklungsländer das bestehende Völkerrecht weitgehend anerkannten, wurden in den folgenden Jahrzehnten verschiedene Versuche unternommen, der politischen Unabhängigkeit der Entwicklungsländer deren wirtschaftliche Unabhängigkeit folgen zu lassen. Das Welthandelsrecht bildete hierbei einen der am heißesten umkämpften Schauplätze. Die Entwicklungsländer forderten eine Sonderbehandlung, da ihre Industrien während der Kolonialzeit auf die Bedürfnisse der Industrieländer zugeschnitten worden waren. Dies resultierte in einer starken Spezialisierung der Wirtschaft.¹³⁸ Seit Mitte der fünfziger Jahre wurden vereinzelt GATT-Vorschriften zu Gunsten der Entwicklungsländer reformiert¹³⁹ und mit der Welthandels- und Entwicklungskonferenz¹⁴⁰ ein Forum für die Förderung von Handel zwischen Ländern mit unterschiedlichen Entwicklungsstufen geschaffen.¹⁴¹ Dies konnte die gravierenden Unterschiede jedoch nicht beseitigen. Daher forderten die Entwicklungsländer im Rahmen der dritten Konferenz der Vereinten Nationen für Handel und Entwicklung (UNCTAD III) im Jahre 1972 erstmalig auch formal die Neue Weltwirtschaftsordnung (New International Economic Order – NIEO). Diese sollte drei Kernelemente beinhalten: höhere Entwicklungshilfen in Form von Ressourcen- und Technologietransfer, eine grundsätzliche Vorzugsbehandlung sowie verstärkte Mitspracherechte.¹⁴² Der Druck der Entwicklungsländer führte unter anderem zur Verabschiedung der Charta über wirtschaftliche Rechte und Pflichten der Staaten durch die Resolution 3281 der UN-Generalversammlung.¹⁴³ Dies stellte

136 Honkonen, The Common but Differentiated Responsibility Principle in Multilateral Environmental Agreements, S. 36.

137 Vitzthum in: Vitzthum (Hg.), Völkerrecht, Rn. 45.

138 Cullet, Differential Treatment in International Environmental Law, S. 60.

139 So z. B. Art. XVIII GATT und der neu eingefügte Art. XXXVI:3 GATT.

140 Kurzform für Konferenz der Vereinten Nationen für Handel und Entwicklung (UNCTAD).

141 Cullet, Differential Treatment in International Environmental Law, S. 61.

142 Honkonen, The Common but Differentiated Responsibility Principle in Multilateral Environmental Agreements, S. 41f.

143 G.A. Res. 3281, UN GAOR, 29th Sess., UN Doc. A/RES/29/3281 (1974).

politisch zwar einen immensen Durchbruch dar, brachte jedoch keinen Wandel im Hinblick auf die tatsächlichen Begebenheiten. Weder die Resolution 3281 noch die darauffolgenden Resolutionen wurden jemals vollständig umgesetzt.¹⁴⁴ Die NIEO wurde niemals verwirklicht. Nichtsdestotrotz war der Prozess von großer Bedeutung: Er bildete den Anstoß für den nunmehr fortgeführten Dialog über die unterschiedliche Behandlung von souveränen Staaten in völkerrechtlichen Verträgen und ebnete den Weg für die Entstehung des CBDR-Prinzips.¹⁴⁵

3. Stockholm und Rio: Anerkennung und Definition

Die 1972 erlassene Stockholm Deklaration¹⁴⁶, das Resultat der ersten Weltumweltkonferenz, stellt den Ausgangspunkt der internationalen Umweltpolitik dar.¹⁴⁷ Die an dem Gipfel teilnehmenden Entwicklungsländer betrachteten die Verhandlungen über Prinzipien für Umwelt und Entwicklung und Handlungsempfehlungen zu dessen Umsetzung zunächst noch skeptisch. Umweltschutz war in ihren Augen zunächst Aufgabe der Industrieländer, da diese auch den Großteil der Zerstörung zu verantworten hatten; ihr Augenmerk war auf die eigene wirtschaftliche Entwicklung gerichtet.¹⁴⁸ Nichtsdestotrotz hebt die Stockholmer Deklaration die gemeinsame Verantwortlichkeit der Staaten hervor. Sie gilt jedoch nur eingeschränkt: Ausdrückliche Erwähnung finden nämlich auch die Bedürfnisse der Entwicklungsländer und das Thema verschiedener Verantwortlichkeit. Zu beachten sei „the extent of the applicability of standards which are valid for the most advanced countries but which may be inappropriate and of unwarranted social cost for the developing countries“ (Prinzip 23). Zudem wird betont, dass Umweltschutzmaßnahmen das Entwicklungspotential der Entwicklungsländer nicht einschränken dürfen (Prinzip 11). Damit war die Idee der CBDR-Prinzips im Umweltrecht geboren.¹⁴⁹

144 Cullet, *Differential Treatment in International Environmental Law*, S. 64.

145 Honkonen, *The Common but Differentiated Responsibility Principle in Multilateral Environmental Agreements*, S. 49.

146 UNCHE, *Stockholm Declaration on the Human Environment*, UN Doc. A/Conf.48/14/Rev.1 (1973); ILM 11, 1416 (1972). Im Folgenden: Stockholm Deklaration.

147 Epiney/Scheyli, *Umweltvölkerrecht*, S. 22.

148 Honkonen, *The Common but Differentiated Responsibility Principle in Multilateral Environmental Agreements*, S. 69.

149 Es ist darauf hinzuweisen, dass schon in früheren völkerrechtlichen Abkommen eine unterschiedliche Behandlung von Staaten vorgenommen wurde. Es lassen sich verschiedene Wurzeln des CBDR-Prinzips ausmachen. In der hier behandelten Form taucht das Prinzip jedoch erstmalig in der Stockholmer Deklaration auf.

Erstmalig ausdrücklich erwähnt¹⁵⁰ wurde der Grundsatz der CBDR im Rahmen des Weltgipfels in Rio de Janeiro.¹⁵¹ Die Konferenz befasste sich mit der Integration von Umweltschutz- und Entwicklungsbestrebungen und legte ein besonderes Augenmerk auf die Stellung der Entwicklungsländer. In Anbetracht der offensichtlichen Wechselwirkungen zwischen Umwelt und Entwicklung sollte neben dem Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung auch das Konzept der CBDR einen Beitrag für den Ausgleich verschiedener Themen und Interessen leisten.¹⁵² Grundsatz 7 der Rio-Deklaration lautet: „States shall cooperate in a spirit of global partnership to conserve, protect and restore the health and integrity of the Earth's ecosystem. In view of the different contributions to global environmental degradation, States have common but differentiated responsibilities. The developed countries acknowledge the responsibility that they bear in the international pursuit to sustainable development in view of the pressures their societies place on the global environment and of the technologies and financial resources they command.“ Zu Recht wird diese Manifestation des CBDR-Prinzips, obwohl sie völkerrechtlich unverbindlich ist,¹⁵³ als eine wichtige Neuerung des internationalen Umweltrechts beurteilt.¹⁵⁴

Das CBDR-Prinzip fand zudem Eingang in das verabschiedete Aktionsprogramm für nachhaltige Entwicklung, die Agenda 21.¹⁵⁵ Nach Kapitel 39.3 d) Agenda 21 gehört „die Förderung internationaler Umweltschutznormen, welche die unterschiedlichen Gegebenheiten und Möglichkeiten der einzelnen Länder berücksichtigen“, zu den erklärten (unverbindlichen) Endzielen der Parteien. Ausschlaggebend für den endgültigen „Aufstieg“ des Prinzips ist jedoch ein weiterer mit Rio zusammenhängender Vorgang: die Unterzeichnung des Rahmenübereinkommens der Vereinten Nationen über Klimaänderungen (UNFCCC)¹⁵⁶, in dessen Art. 3 Abs. 1 das CBDR-Prinzip Erwähnung findet.¹⁵⁷

150 Rajamani, RECIEL 9 (2000) 2, 120.

151 Kurzform für die Konferenz der Vereinten Nationen über Umwelt und Entwicklung (UNCED).

152 Chowdhury in: Ginther/Denters/de Waart (Hg.), Sustainable Development and Good Governance, S. 332.

153 Honkonen, The Common but Differentiated Responsibility Principle in Multilateral Environmental Agreements, S. 74.

154 Honkonen, The Common but Differentiated Responsibility Principle in Multilateral Environmental Agreements, S. 71.

155 UN, Earth Summit Agenda 21, The UN Programme of Action from Rio, UN Doc A/CONF. 151/26/Rev.1 (1992). Im Folgenden: Agenda 21.

156 Rahmenkonvention der Vereinten Nationen über Klimaänderungen (United Nations Framework Convention on Climate Change) v. 9. Mai 1992; ILM 31 (1992), 849; BGBl 1993 II, 1783; in Kraft seit dem 21.3.1994. Im Folgenden: UNFCCC bzw. Klimarahmenkonvention.

4. Bestätigung und Ausbreitung

Auf dem Weltgipfel für nachhaltige Entwicklung, der im Jahr 2002 in Johannesburg stattfand wurde das CBDR-Prinzip durch den Johannesburger Aktionsplan (*Plan of Implementation*)¹⁵⁸ ausdrücklich bestätigt. Es wird insgesamt achtmal genannt.¹⁵⁹ Es wurde somit als ein Leitprinzip des Umwelt- und Entwicklungsrechts bestätigt und erheblich gestärkt.¹⁶⁰

III. Bestandsberechtigung

Das Völkerrecht basiert auf der Idee, dass alle Staaten juristisch gleichwertig und voneinander unabhängig sind.¹⁶¹ Eine Konsequenz dieses Grundsatzes der staatlichen Souveränität ist das Reziprozitätsprinzip, wonach jedem Mitgliedstaat eines völkerrechtlichen Vertrages dieselben Rechte und Pflichten auferlegt werden.¹⁶² Das CBDR-Prinzip stellt mit der Differenzierung der Rechte und Pflichten der Mitgliedstaaten desselben Abkommens eine erhebliche Beschränkung dieser Gleichheit *im Recht* dar. Handelt es sich hierbei um eine erforderliche und faire Korrektur des Grundsatzes? Oder führt das CBDR-Prinzip zu einer ungerechtfertigten Besserstellung der Entwicklungsländer? Und welche Konsequenzen hat die Einführung der differenzierten Verantwortlichkeit für ein internationales Umweltabkommen? Dient oder schadet es dessen Wirkungskraft? Diesen Fragen nach der moralischen und praktischen Bestandsberechtigung des CBDR-Grundsatzes ist im Folgenden nachzugehen.

1. Moralische Bestandsberechtigung

Der Begriff der Gleichheit ist für die Frage nach der moralischen Berechtigung des CBDR-Prinzips von besonderer Bedeutung. Während die Gleichheit *vor dem Recht* „im Grunde ein Axiom der Völkerrechtsordnung darstellt, weil andernfalls ein friedliches und gedeihliches Zusammenleben in der Staatengemeinschaft nicht denkbar ist“¹⁶³, folgt aus dieser formellen Gleichheit nicht

157 Vg. dazu ausführlicher Kapitel 2. D. V. 1.

158 UN, Plan of Implementation of the World Summit on Sustainable Development, WSSD Res. 2, 17th Sess., UN Doc. A/CONF. 199/20 (2002). Im Folgenden: Plan of Implementation.

159 Zu beachten ist es z. B. der Bekämpfung von Luftverschmutzungen (§ 39), des Klimawandels (§§ 20,38) und der Umsetzung der Agenda 21 (§ 81).

160 Honkonen, The Common but Differentiated Responsibility Principle in Multilateral Environmental Agreements, S. 76.

161 Stein/von Buttlar, Völkerrecht, Rn. 522.

162 Cullet, Differential Treatment in International Environmental Law, S. 14.

163 Stein/von Buttlar, Völkerrecht, Rn. 526.

zwangsläufig materielle Gerechtigkeit, d. h. Gleichheit *im Recht*. Dass in den Staaten unterschiedliche Umstände vorherrschen, und dies nicht nur hinsichtlich sozioökonomischer Strukturen, sondern auch im Hinblick auf die politische und militärische Machtstellung, ist eine Binsenweisheit. Alle gleich zu behandeln schafft daher keine praktische Gleichheit. Darauf aufbauend schloss schon *Aristoteles*, dass Gleiches gleich und Ungleiches seinen Unterschieden entsprechend behandelt werden muss.¹⁶⁴ Eine strikte rechtliche Gleichbehandlung ist daher nur zwischen gleich „entwickelten“ Staaten tatsächlich gerecht. Besteht keine vergleichbare Ausgangsbasis, so muss zum Zwecke der Einräumung tatsächlicher Chancengleichheit eine aktive Privilegierung der Schwächeren erfolgen um die bestehenden Ungleichheiten auszumerzen. Durch diesen Prozess werden rechtliche Gleichheit und tatsächliche Gleichheit schrittweise harmonisiert¹⁶⁵ und schlussendlich „gerechtere“ Handelsbedingungen gewährleistet.¹⁶⁶

Diese Erwägungen liefern die allgemeine Begründung für politische und wirtschaftliche Förderungsstrategien der industrialisierten Welt und dienen als Legitimierung unilateraler Vorzugsmaßnahmen für Entwicklungsländer. In dem konkreten Fall des CBDR-Prinzips stützen die Vertragsparteien die Sonderbehandlung klassischerweise jedoch auf zwei andere Überlegungen: die historische Verantwortung der Industriestaaten für die verursachten Umweltschäden und ihre gegenwärtigen Kapazitäten, diese wiedergutzumachen.¹⁶⁷ Letztlich sind jedoch auch diese Ansätze auf Gleichheitserwägungen zurückzuführen.¹⁶⁸ Das Element der historischen Verantwortung trägt dem unbestrittenen Umstand Rechnung, dass sich die „entwickelte“ Welt unter Schädigung der globalen Ökosysteme immer weiter industrialisierte und ihren Wohlstand ausbauen konnte, die Kosten für das Wachstum hingegen nicht alleine trug. Da die verursachten Schäden globale Auswirkungen haben, wurde ein Teil der Kosten auf die schwächeren unterentwickelten Staaten abgewälzt, obwohl diese nicht von dem

164 Dieser führte aus: „Sind diese (die Personen, Anm. des Verfassers) nicht gleich, so erhalten sie auch nicht das Gleiche; sondern Streit und Anschuldigungen entspringen eben daraus, wenn entweder solche, die gleich sind, nicht Gleiches, oder solche, die nicht gleich sind, Gleiches erlangen und genießen.“ Vgl. Aristoteles, *Nikomachische Ethik*, S. 100.

165 Jessen, *WTO-Recht und „Entwicklungsländer“*, S. 120.

166 Jessen, *WTO-Recht und „Entwicklungsländer“*, S. 128.

167 Dies ergibt sich auch eindeutig aus der Resolution 44/228 der UN Generalversammlung, in der es heißt: „the responsibility for containing, reducing and eliminating global environmental damage must be borne by the countries causing such damage, must be in relation to the damage caused and must be in accordance with their respective capabilities and responsibilities“ Vgl. G.A. Res.. 44/228, UN GAOR, 44th sess., 85th plen. mtg., UN Doc. A/RES/44/228 (1989).

168 Rajamani, *RECIEL* 9 (2000) 2, 120.

Fortschritt profitierten.¹⁶⁹ Dadurch wurde zu Unrecht die disproportionale Wohlstandsverteilung verstärkt.¹⁷⁰ Dies macht den Ruf nach „recognition, compensation and correction“ dieser historischen Ungerechtigkeit verständlich.¹⁷¹ Ein solcher Ausgleich darf auch auf Kosten der heutigen Generationen erfolgen, da diese von den Handlungen der Elterngeneration dauerhaft profitieren. Im Sinne der Generationengerechtigkeit müssen vergangene, gegenwärtige und zukünftige Generationen kooperieren und Verantwortung für Vergangenes und Achtung für Künftiges walten lassen. Nur für den, der lernt, die Konsequenzen seines Handelns zu tragen, besteht ein negativer Anreiz, diese Handlungen in Zukunft zu unterlassen. Ökonomisch gesprochen wird so ein generationsübergreifendes *Free-Riding* verhindert.¹⁷²

Nicht nur der Blick in die Vergangenheit, sondern auch auf die gegenwärtige Situation spricht für eine disproportionale Verteilung der Rechte und Pflichten. Entwicklungsländer weisen regelmäßig eine hohe Vulnerabilität auf. Diese beschreibt die Schadensrisiken von Mensch-Umwelt-Systemen und ist abgesehen von der Prädisposition abhängig von dem Ausprägungsgrad des Klimawandels, den daraus resultierenden Gefahren und den Anpassungsmöglichkeiten eines Systems.¹⁷³ Unter Zugrundelegung dieser Formel werden Entwicklungsländer die Konsequenzen des Klimawandels am härtesten und frühesten spüren.¹⁷⁴ Grund dafür ist zum einen die landwirtschaftliche Strukturierung dieser Länder, durch die ihre Wirtschaftsstabilität von den Wetterbedingungen abhängig wird.¹⁷⁵ Zum anderen besitzen Entwicklungsländer regelmäßig weder ausrei-

169 Shue, *International Affairs* 75 (1999) 3, 531 (534)

170 Shue, *International Affairs* 75 (1999) 3, 531 (534)

171 Rajamani, *Differential Treatment in International Environmental Law*, S. 139.

172 Rajamani, *Differential Treatment in International Environmental Law*, S. 140f.

173 Schneider/Sarukhan in: McCarthy/Canziani/Leary et al. (Hg.), *IPCC Third Assessment Report: Climate Change 2001: Working Group II: Impacts, Adaptation and Vulnerability*, S. 89.

174 IPCC (Hg.), *The Regional Impacts of Climate Change*, S. 7ff.

175 So kommt der Zwischenstaatliche Ausschuss für Klimaänderungen im Bezug auf die „vulnerability“ des afrikanischen Kontinenten zu folgendem betrüblichen Ergebnis: „The African continent is particularly vulnerable to the impacts of climate change because of factors such as widespread poverty, recurrent droughts, inequitable land distribution and overdependence on rain-fed agriculture. Although adaptation options, including traditional coping strategies, theoretically are available, in practice the human, infrastructural and economic response capacity to effect timely response actions may well be beyond the economic means of some countries.“ Vgl. IPCC (Hg.), *The Regional Impacts of Climate Change*, S.7. Die key-vulnerability von Afrika wurde 2007 bestätigt, vgl. Adger/Aggarwal/et al. in: Parry/Canziani/Palutikof/et al. (Hg.), *IPCC Fourth Assessment Report: Climate Change 2007: Working Group II: Impacts, Adaptation and Vulnerability*, S. 13.

chende institutionelle noch technische oder finanzielle Kapazitäten für die notwendigen Anpassungsmaßnahmen.¹⁷⁶ Über diese Kapazitäten verfügen hingegen die Industrienationen. Über die Berücksichtigung der Kapazitäten wird zudem sichergestellt, dass das CBD-Prinzip entwicklungs offen bleibt. Ändern sich die gegenwärtigen Bedingungen wirkt sich dies auf den gerechten Verteilungsmaßstab aus.¹⁷⁷ Die bestehenden Unterschiede gehören zu der „factual matrix“ des Einzelfalls. „Equity is here nothing other than the taking into account of a complex of historical and geographical circumstances the consideration of which does not diminish justice but, on the contrary, enriches it.“¹⁷⁸ Gerechtigkeit lässt sich auf diese Art und Weise durch die Relation und Proportion eines Falles zu seinem konkreten Kontext ermitteln.¹⁷⁹

Das CBD-Prinzip stellt somit moralisch betrachtet keine unberechtigte Abweichung des Gleichheitsgrundsatzes dar, sondern dient vielmehr der Schaffung materieller Gleichheit und Gerechtigkeit.

2. Praktische Bestandsberechtigung

Nulla regula sine exceptione. Diese Redensart wird auch in völkerrechtlichen Verträgen häufig bestätigt. Doch warum nehmen die verhandelnden Parteien das Risiko einer asymmetrischen Rechtsverteilung, ein politisch sensibles Manöver,¹⁸⁰ auf sich?

Nur selten sehen Staaten die überzeugendsten Argumente zugunsten einer Sonderbehandlung anderer Staaten in rein altruistischen Motiven. Gegenüber moralisch begründeten Rechtsverpflichtungen besteht grundsätzlich eine tendenziell „feindliche“ Grundhaltung.¹⁸¹ Meist sind es utilitaristische Beweggründe, die eine Vorzugsbehandlung attraktiv machen. Daher müssen die Vorteile den Nachteilen einer differenzierten Behandlung, wie beispielsweise den höheren Verwaltungs- und Überwachungskosten,¹⁸² zumindest die Waage halten. Angesichts der vielfältigen Schwierigkeiten in der internationalen Diplomatie, die sich

176 Vgl. French, ICLQ 49 (2000) 1, 35 (50) und ausführlich zu den einzelnen Regionen und deren Anpassungsfähigkeit: Parry/Canziani/Palutikof/et al., IPCC Fourth Assessment Report: Climate Change 2007: Impacts, Adaptation and Vulnerability, S. 435ff.

177 French, ICLQ 49 (2000) 1, 35 (52).

178 So die gesonderte Stellungnahme des Richters de Aréchaga in: *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgement v. 24. Februar 1982, I.C.J. Reports, para. 24.

179 Rajamani, *Differential Treatment in International Environmental Law*, S. 151.

180 Handl, YIEL 1 (1990), 3 (9).

181 Jessen, *WTO-Recht und „Entwicklungsländer“*, S. 121.

182 Handl, YIEL 1 (1990), 3 (9); Stone, *AJIL* 98 (2004) 2, 276 (283).

zuletzt wieder in Kopenhagen offenbart haben,¹⁸³ sind Kompromisslösungen im Vergleich zu einem umfassenden Scheitern der Verhandlungen als das „geringere Übel“ anzusehen.¹⁸⁴ Auch wenn das Konzept der nachhaltigen Entwicklung Einfluss auf die Prioritätensetzung der Entwicklungsländer genommen hat,¹⁸⁵ stehen sie verbindlichen Verpflichtungen in internationalen Umweltabkommen (*multilateral environmental agreement* – MEA) aufgrund der zusätzlichen Kosten tendenziell skeptisch gegenüber. Für sie ist es daher von großer Bedeutung, dass sich die Kooperationsgewinne und die Nachteile, die mit der Erfüllung der Vertragspflichten einhergehen, ausgleichen. Bei Umweltabkommen stehen sich jedoch oftmals *short-term costs* und *long-term benefits* gegenüber.¹⁸⁶ Durch die Gewährung von „weiche“ Bedingungen wird ermöglicht, das Interesse von Parteien, die bei „fixen“ Vertragsregeln sofort aus den Vertragsverhandlungen aussteigen würden, wach zu halten und sie zumindest partiell einzubinden.¹⁸⁷ Eine größtmögliche Beteiligung an den Abkommen ist in Anbetracht der „Globalität“ der dringenden Umweltschutzanliegen erforderlich.¹⁸⁸

Eine rechtzeitige Einbindung der Entwicklungsländer ist zudem aufgrund ihres Wachstumspotentials erforderlich. Ansonsten ist davon auszugehen, dass sich die heutigen Umweltproblematiken durch den fortschreitenden Entwicklungsprozess in den Entwicklungs- und Schwellenländern zeitnah drastisch verschärfen werden.¹⁸⁹ Der überwiegende Teil des weltweit prognostizierten Bevölkerungswachstums wird vornehmlich in den Entwicklungsländern stattfinden.¹⁹⁰ Mit den ansteigenden Bevölkerungszahlen korreliert ein erhöhter Ressourcenverbrauch. Im Zuge der fortschreitenden Industrialisierung ist zudem mit einem

183 Prins/Galiana/Green et al., Das Hartwell-Papier, S. 8.

184 Jessen, WTO-Recht und „Entwicklungsländer“, S. 124.

185 Gupta, The Climate Change Convention and Developing Countries: Form Conflict to Consensus?, S. 52.

186 Beyerlin, Umweltvölkerrecht, Rn. 81.

187 Als Beispiel für die erfolgreiche Wirkungsweise des CBDR-Prinzips dient das Montrealer Protokoll über Stoffe, die zu einem Abbau der Ozonschicht führen (v. 16. September 1987, ILM 26 (1987); BGBl 1988 II, 1014; in Kraft seit dem 1. Januar 1989). Vor der Einführung der differenzierten Behandlung durch die Londoner Änderungen von 1990 ratifizierten 86% der Industrieländer und nur 20% der Entwicklungsländer das Protokoll. Mittlerweile sind 97% der Staatengemeinschaft dem Vertrag beigetreten, davon auch 97% aller Entwicklungsländer. Vgl. Rajamani, Differential Treatment in International Environmental Law, S. 157.

188 Stone, AJIL 98 (2004) 2, 276 (281).

189 Bloch, Technologietransfer zum internationalen Umweltschutz, S. 70.

190 Dies spiegeln auch die von der UNFPA für den Zeitraum von 2010 bis 2015 erwarteten prozentualen Bevölkerungswachstumsraten wieder: „More Developed Regions: 0,4 %. Less Developed Regions: 1,3%. Least Developed Countries: 2,2%.“ Vgl. UNFPA (Hg.), State of the World Population 2011, S. 121.

deutlichen Anstieg des Energiebedarfs¹⁹¹ und entsprechend steigenden Emissionen zu rechnen.¹⁹² Hierbei ist beachtenswert, dass die wirtschaftlichen Wachstumsraten der Entwicklungsländer nicht selten über denen der Industrieländer liegen.¹⁹³ Zur Befriedigung der Bedürfnisse der wachsenden Weltbevölkerung und um die Forderungen nach steigenden Lebensstandards erfüllen zu können, stellen die Naturschätze der Erde ein verlockendes Zielobjekt dar. Um die im 19. Jahrhundert gemachten Fehler zu vermeiden, ist es daher unerlässlich, die Entwicklungsländer frühzeitig in die Umweltschutzabkommen mit einzubeziehen.¹⁹⁴

Ein weiterer Vorteil der differenzierenden Behandlung erschließt sich aus folgendem Szenario: Selbst wenn alle Parteien gewillt sind, ein Abkommen zu schließen, und nicht aus den Verhandlungen aussteigen, ist es schwierig, einen Kompromiss zu finden. Wie *Handl* zutreffend formulierte: „Expected benefits and costs of any regime will vary from state to state.“¹⁹⁵ Wenn keine Partei bereit ist, weitergehendere Zugeständnisse zu machen, als sie ursprünglich intendiert hatte, ist das Ergebnis stets der kleinste gemeinsame Nenner.¹⁹⁶ Dies ist insbesondere dann niederschmetternd, wenn die Zugeständnisse der Parteien für sich genommen weitreichend, aber unterschiedlich sind. Ermöglicht man durch Differenzierungen unterschiedliche Verpflichtungen der einzelnen Parteien, lässt sich das Ergebnis im Hinblick auf das Endziel häufig optimieren.¹⁹⁷

Die Wirkungen des CBDR-Prinzips können sich jedoch auch in ihr Gegenteil verkehren. Die Vorzugsbehandlung einiger kann ein Hindernis für die Beteiligung derjenigen darstellen, denen der Vertrag keine Vorzüge gewährt. So begründeten die USA ihre Weigerung, dem Kyoto-Protokoll beizutreten, mit dem

191 So auch: The World Bank (Hg.), *Fuel for Thought*, S. 20.

192 Baumert/Pershing, *On Global Climate Change, Climate Data: Insights and Observations*, S. 14f abrufbar unter: <http://www.pewclimate.org/global-warming-in-depth/all-reports/>. Zuletzt besucht am 23. April 2012.

193 Cullet, *Differential Treatment in International Environmental Law*, S. 97.

194 Magraw, *CJIELP* 1 (1990), 69.

195 Handl, *YIEL* 1 (1990), 3 (9).

196 Handl, *YIEL* 1 (1990), 3 (9) m. w. N. spricht von dem „lowest common denominator problem“.

197 Diese Feststellung ist nicht unumstritten. So geht beispielsweise Handl davon aus, dass das Gesamtergebnis durch die differenzierte Behandlung insgesamt abgeschwächt werden würde und dass „such standards might be counterproductive in terms of long-term environmental benefits“ (vgl. Handl, *YIEL* 1 (1990), 3 (10)). Diese Aussage ist jedoch nur unter der von ihm getroffenen Annahme haltbar, dass die Entwicklungsländer, wenn ihnen keine Vorzugsbehandlung zuteil wird, dennoch in den Umweltschutz investieren. Dafür gibt es jedoch keine hinreichenden Anhaltspunkte.

Mangel einer „meaningful participation from developing countries“¹⁹⁸. Ob dies tatsächlich der Fall war, kann an dieser Stelle dahingestellt bleiben. Festzuhalten ist jedoch, dass nur ein Vertrag, der von möglichst vielen Parteien als fair eingeschätzt wird, breite Akzeptanz erlangen kann.¹⁹⁹ Schlagen Gleich- oder Sonderbehandlung zu sehr in eine Richtung aus, wird der Vertragsentwurf keine weitreichende Anerkennung gewinnen können. Die erforderliche Fairness kann häufig durch die Anwendung des CBDR-Prinzips geschaffen und dabei das Dilemma des „kleinsten gemeinsamen Nenners“ überwunden werden.

3. Ergebnis

Auch wenn das CBDR-Prinzip in seiner moralischen und praktischen Bestandsberechtigung nicht unumstritten ist²⁰⁰, so sind seine beschriebenen positiven Wirkungen nicht zu verkennen. Durch die differenzierte Behandlung wird den Entwicklungsländern ein Signal der Solidarität vermittelt. Ihnen wird die Möglichkeit eröffnet, schrittweise in das Rechtsregime hineinzuwachsen. Dieses wird dadurch auf lange Sicht gestärkt.

IV. Formen differenzierender Behandlung

Die praktische Umsetzung der Idee der differenzierten Behandlung kann auf verschiedenen Wegen erfolgen. Daher gibt es im Völkerrecht verschiedene Instrumente, die das CBDR-Prinzip zum Ausdruck bringen.²⁰¹ Eine Klassifikation dieser Formen kann auf verschiedene Weise erfolgen.²⁰² Diese Arbeit möchte sich zur Darstellung der Formen differenzierender Vertragsentwürfe an der von

198 Rajamani, *Differential Treatment in International Environmental Law*, S. 157; Stone, *AJIL* 98 (2004) 2, 276 (280).

199 Rajamani, *Differential Treatment in International Environmental Law*, S. 156.

200 So kommt Handl zu dem Ergebnis, dass „as regards international environmental legislation, asymmetrical normative standards that bear on the essence of the regulatory regime, unlike incentives, are generally undesirable“ (Hervorhebung des Verf.), *YIEL* 1 (1990), 3 (9). Auch Stone beurteilt die differenzierende Behandlung kritisch und konstatiert: „It may be better to hold all parties to the same terms in the text and settle up, ex ante or ex post, outside it“, vgl. ders., *AJIL* 98 (2004) 2, 276 (283).

201 Rajamani, *Differential Treatment in International Environmental Law*, S. 13.

202 Möglich ist die Unterscheidung von Regelungen, die zwischen Industrie- und Entwicklungsländern (1) auf der Ebene der Hauptverpflichtungen eines Vertrages und (2) in Bezug auf die Umsetzung differenzieren, sowie (3) Regelungen, die Hilfe gewähren. Alternativ kann danach unterschieden werden, ob sich die Differenzierung konkret aus der Formulierung der Norm ergibt (concrete differentiation) oder sich aus der Bewertung einer Leistung (contextual differentiation) erschließt. Daneben sind noch eine Vielzahl anderer Differenzierungsmöglichkeiten denkbar.

Honkonen vorgenommenen Klassifizierung orientieren. Danach sind zwei weit-gefasste Kategorien zu unterscheiden: Normen, die einen flexiblen Verpflichtungsgrad vorgeben (*differentiated state obligations*) und solche, die Unterstützung gewähren (*provisions of assistance*).²⁰³

1. Differenzierte Verpflichtungen

Betrachtet man das CBDR-Prinzip, so denkt man zunächst an eine asymmetrische Verteilung der Hauptpflichten eines Vertrages.²⁰⁴ Die Hauptvertragsbedingungen können entweder „weicher“ für eine bestimmte Gruppe formuliert sein oder diese Gruppe kann von ihnen komplett befreit sein. Auf diese Weise werden verschiedene Standards für die unterschiedlichen Staaten geschaffen und der Reziprozitätsgrundsatz durchbrochen.

Eine weitere Alternative besteht darin, den Entwicklungsländern die Möglichkeit zu geben, nur partiell fest in den Vertrag eingebunden zu sein. Eine solche partielle Bindung kann zunächst durch die Erklärung eines Vorbehalts²⁰⁵ einer Partei erreicht werden. Dieser ist in Art. 19 ff. WVK²⁰⁶ geregelt. Ist das Anbringen eines Vorbehalts im Vertrag selbst ausdrücklich erlaubt,²⁰⁷ kann eine Vertragspartei durch eine schriftlich abzugebende einseitige Erklärung die Rechtswirkungen einzelner Bestimmungen in der Anwendung auf diesen Staat ausschließen oder ändern.²⁰⁸ Er bedarf zu seiner Zulässigkeit nicht mehr der Annahme durch die übrigen Vertragsparteien.²⁰⁹ Diese generieren relative Ver-

203 Vgl. dazu Honkonen, *The Common but Differentiated Responsibility Principle in Multilateral Environmental Agreements*, S. 113.

204 Rajamani, *Differential Treatment in International Environmental Law*, S. 94.

205 Die Erklärung eines Vorbehalts, als einseitiger völkerrechtlicher Akt, ist von der Interpretationserklärung (Art.3 1 II WVK), der sogenannten Rechtsverwahrung, zu unterscheiden. Eine solche lediglich auslegende Erklärung richtet sich weder gegen den Inhalt noch gegen den Anwendungsbereich des Vertrages, sie ändert den Vertragsinhalt auch nicht ab. Für die rechtliche Abgrenzung ist allein deren materielle Bedeutung relevant. Vgl. Stein/von Buttlar, *Völkerrecht*, Rn. 72.

206 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (*Vienna Convention on the Law of Treaties*) vom 23.5.1969; 1155 UNTS 331; BGBl. 1985 II, 927; in Kraft seit dem 27.1.1980. Im Folgenden: WVRK.

207 Viele internationale Umweltabkommen verbieten jedoch die Einführung von Vorbehalten. Dies gilt auch für das Kyoto-Protokoll (Art. 26) und die UNFCCC (Art. 24). Andere internationale Umweltabkommen erlauben nur bestimmte Vorbehalte, z. B. CITES (Art.XXIII). Verbotene Vorbehalte sind unzulässig. Zu den Wirkungen eines unzulässigen Vorbehalts vgl. Stein/von Buttlar, *Völkerrecht*, Rn. 80.

208 Vitzthum in: Vitzthum (Hg.), *Völkerrecht*, Rn. 121.

209 Stein/von Buttlar, *Völkerrecht*, Rn. 79.

tragsverhältnisse,²¹⁰ die Beziehungen zwischen den einzelnen Vertragspartnern können daher unterschiedlich sein.²¹¹ Alternativ zum Vorbehalt besteht die Möglichkeit der Einführung einer Ausnahmeregelung für im Vertragstext selbst genau bezeichnete Fälle oder die Nutzung einer Schutzklausel (*escape clause*), die eine Vertragspartei bei Eintritt einer bestimmten Situation oder Konstellation von einer bezeichneten vertraglichen Verpflichtung befreit.

Doch der CBDR-Grundsatz kann nicht nur durch eine Modifikation der Hauptverpflichtungen erreicht werden. Vielmehr können auch Nebenklauseln Ausnahmen oder Sondervorschriften für Entwicklungsländer vorsehen. Am stärksten verbreitet sind Normen, die in Anbetracht der geringeren Ressourcen und Kapazitäten der Entwicklungsländer Umsetzungshilfen gewähren und so der zeitnahen und effektiven Umsetzung der vertraglichen Verpflichtungen dienen.²¹² Auch in zeitlicher Hinsicht wird den Entwicklungsländern häufig entgegengekommen. Ihnen wird mehr Zeit gewährt um den Vertrag zu implementieren und die an sie gestellten Forderungen zu erfüllen. Diese Strategie hat den Vorteil, dass allen Vertragsparteien dieselben Pflichten auferlegt werden, jeder Staat dabei jedoch seine eigene Gangart wählen kann.²¹³ Zudem beinhalten viele Normen flexible Regelungen. Flexibilität bedeutet in diesem Zusammenhang Umsicht in Bezug auf die Art der Umsetzung einer bestimmten Pflicht, nicht jedoch in Bezug auf die Frage der Erbringung oder Nichterbringung der Schuld.²¹⁴ So sind beispielsweise nach Art. 4 Abs. 1 lit. f) UNFCCC alle Vertragsparteien verpflichtet, in ihre „einschlägigen Politiken und Maßnahmen in den Bereichen Soziales, Wirtschaft und Umwelt (...) Überlegungen zu Klimaänderungen einbeziehen“, dies aber nur „soweit wie möglich“.²¹⁵ Auch Ausdrücke wie „im Rahmen ihrer Möglichkeiten“²¹⁶, „wenn möglich“ oder „angemessen“ räumen den Adressaten der Norm einen weitreichenden Spielraum ein. Die flexible Formulierung einer Norm ist meist der politisch einfachste Weg der Vorzugsbehandlung, da sie vage und häufig verdeckt erfolgt. Dies ist jedoch zu-

210 Vitzthum in: Vitzthum (Hg.), Völkerrecht, Rn. 122.

211 Hobe/Kimminich, Einführung in das Völkerrecht, S. 223.

212 Cullet, Differential Treatment in International Environmental Law, S. 95.

213 Honkonen, The Common but Differentiated Responsibility Principle in Multilateral Environmental Agreements, S. 117.

214 Honkonen, The Common but Differentiated Responsibility Principle in Multilateral Environmental Agreements, S. 101.

215 Denselben Wortlaut weist auch Art. 12 Abs. 1 lit.c) UNFCCC, der die Weiterleitung von Informationen über die Durchführung des Abkommens regelt, auf.

216 Vgl. Art. 6 lit. a) UNFCCC im Bezug auf die Ausweitung der Bildung, Ausbildung und des öffentliche Bewusstsein betreffend den Klimawandel.

gleich ihr Nachteil. Regelmäßig bringt sie daher nämlich auch Ungenauigkeit und Unbestimmtheit mit sich.²¹⁷

2. Erfüllungshilfe

Die Umsetzung von internationalen Umweltabkommen erfordert Kapazitäten jedweder Art.²¹⁸ Gerade in den Entwicklungsländern herrscht jedoch Knappheit an technischen, finanziellen und auch institutionellen Mitteln. Zudem besteht eine natürliche Bedürfnishierarchie.²¹⁹ Erst wenn die essentiellen Bedürfnisse des Menschen befriedigt sind, wendet er und auch der Staat sich der Erfüllung der Bedürfnisse höherer Stufen zu. Dies führt in Anbetracht der häufig prekären Zustände in den Entwicklungsländern dazu, dass die dortige Bevölkerung und Politik ihre Prioritäten zunächst auf die Stillung der Grundbedürfnisse legen, bevor sie sich der Lösung von Umweltproblemen widmen.²²⁰ An diesem Problempunkt setzen Regelungen an, die universelle Umverteilungsmaßnahmen vorsehen.²²¹ Unter dem Begriff Redistribution (*redistribution of resources*) sind alle zielorientierten Maßnahmen zu verstehen, die wirtschaftlich benachteiligten Ländern eine verbesserte Teilhabe „an den potenziell wohlfahrtssteigernden Effekten des Welthandels eröffnen sollen“²²². Der erleichterte Zugang zu technischen und finanziellen Mitteln soll langfristig einen Wandel der ökologischen Verhaltensmuster der Entwicklungsländer bewirken und deren Bewusstsein für die Belange des Umweltschutzes schärfen.²²³ Der Ausgleich der entstehenden Kosten soll den Entwicklungsländern zudem ermöglichen, sich an den multilateralen Anstrengungen für den Umweltschutz beteiligen zu können²²⁴.

Redistribution in diesem Sinne wird meistens durch internationale Finanzierungshilfen und Technologietransfers verwirklicht. Es sind jedoch auch weitere Instrumente denkbar. Damit es jedoch überhaupt zu einer Redistribution kommt, muss, zumindest in der Theorie, eine asymmetrische Interessenverteilung bestehen. Das Interesse des potentiellen Gebers an einer Aktion muss höher sein als das Interesse des Nehmers. Für diesen muss die Realisierung der Aktion zwar einen Anreiz setzen, der für sich allein genommen jedoch noch nicht ausreicht,

217 Rajamani, Differential Treatment in International Environmental Law, S. 101.

218 Cullet, Differential Treatment in International Environmental Law, S. 107.

219 So die Maslow'schen Bedürfnishierarchie. Vgl. Maslow, Psychological Review 50 (1943) 4, 370.

220 Rajamani, RECIEL 9 (2000) 2, 120 (125)

221 Jessen, WTO-Recht und „Entwicklungsländer“, S. 142.

222 Jessen, WTO-Recht und „Entwicklungsländer“, S. 151.

223 Honkonen, The Common but Differentiated Responsibility Principle in Multilateral Environmental Agreements, S. 148f.

224 Cullet, Differential Treatment in International Environmental Law, S. 109.

die Aktion eigenständig in Angriff zu nehmen. Ökonomisch gesprochen muss die Möglichkeit für die Schaffung eines pareto-optimalen Gleichgewichts bestehen. Dies ist der Fall, wenn die Kosten, die durch die Aktion entstehen, geringer sind als der erzielte Gewinn. Nur dann erzielt auch der Geber“einen Vorteil, obwohl er den Nehmer fördert.²²⁵ Diese Situation besteht aufgrund ihrer weltweiten Auswirkungen häufig bei Umweltproblemen.

a) Technologietransfers und technische Zusammenarbeit

Technologietransfers, die „agents of development“²²⁶, erstrecken sich üblicherweise sowohl auf Hardware, wie Maschinerie und Ausrüstung, als auch auf Software, d. h. Know-how, Know-why sowie organisatorische und institutionelle Hilfestellungen, ohne die eine langfristige und vollständige Abschöpfung der Vorteile der erworbenen Technologie gar nicht möglich wäre.²²⁷ Der Transfer umweltfreundlicher²²⁸ Techniken ist eine Möglichkeit für Entwicklungs- und Industrieländer ihre jeweiligen Verpflichtungen eines Umweltabkommens zu erfüllen. Während die Industrienationen durch die Bereitstellungen der Technologien ihre Vorreiterrolle ausfüllen können, können die Entwicklungsländer durch deren Anwendung lokale Umweltschädigungen vermeiden oder zumindest verringern.²²⁹

Die fortschreitende Technologisierung und Industrialisierung setzen die Umwelt zunehmend unter Druck. Doch die Wechselwirkungen zwischen Umwelt und Technik sind nicht einseitig, sondern vielschichtiger.²³⁰ So bilden technische Neuerungen und deren Verbreitung einen Teil des Schlüssels zur Lösung vieler Umweltprobleme. Auch wenn politische, rechtliche und institutionelle Faktoren diesbezüglich eine wichtige Rolle spielen, bedarf es in vielen Fällen auch einer technischen Innovation, um entscheidende Fortschritte zu erzielen. Entwicklung und Einsatz solcher Techniken konzentrieren sich bisher jedoch auf den Bereich

225 Honkonen, The Common but Differentiated Responsibility Principle in Multilateral Environmental Agreements, S. 149.

226 Cullet, Differential Treatment in International Environmental Law, S. 96.

227 Honkonen, The Common but Differentiated Responsibility Principle in Multilateral Environmental Agreements, S. 171.

228 Umweltfreundliche, d.h. environmentally sound technologies werden als Techniken definiert, die „protect the environment, are less polluting, use all resources in a more sustainable manner, recycle more of their wastes and products, and handle residual wastes in a more acceptable manner than the technologies for which they were substitutes“. Vgl. § 34.1 der Agenda 21.

229 Cullet, Differential Treatment in International Environmental Law, S. 103.

230 Die Wechselwirkungen von Umwelt und Technik hängen eng mit dem Verhältnis von Handel und Umwelt zusammen. Vgl. dazu ausführlich: Kapitel 2. D. 3.

der OECD-Staaten.²³¹ Deren Transfer in Entwicklungsländer kann daher entscheidend dazu beitragen dort Umweltbeeinträchtigungen zu unterbinden. Technologischer Fortschritt dient jedoch nicht nur dem Umweltschutz, sondern ist grundsätzlich auch geeignet, den Entwicklungsprozess voranzutreiben, indem er den Wohlstand vermehrt und die Beschäftigungsrate hebt.²³² Technologietransfers dienen somit der Umsetzung einer Leitidee des Konzepts der nachhaltigen Entwicklung, nämlich „Umweltschutz- und Entwicklungsinteressen zu vereinigen“²³³. Dies jedoch nur unter der Bedingung, dass der gesamte Transfer auf das jeweilige Nehmerland zugeschnitten ist.²³⁴ Entsprechend enthält auch das Klimaschutzregime konkretisierende Regelungen zu den Transfers und hebt deren Wirkungskraft hervor.²³⁵

b) Finanzhilfen

Im hier vorgegebenen Kontext internationaler Umweltschutzabkommen bedeutet der Begriff der Finanzhilfe, dass eine Norm spezielle (bilaterale oder multilaterale) Fonds oder sonstige öffentliche oder private Finanzierungsmechanismen, wie Zuschüsse, konzessionäre Kredite etc. vorsieht, um die Umsetzung der vertraglichen Verpflichtungen zu erleichtern²³⁶ und so langfristig die Prioritäten der Entwicklungsländer in Richtung Umweltschutz zu verschieben.

Gegenwärtig beinhaltet die Mehrzahl der internationalen Umweltschutzabkommen Formen solcher Finanzhilfen. Finanzhilfen stellen mittlerweile das am weitesten verbreitete Instrument dar, um den Entwicklungsländern die Umsetzung von Umweltschutzabkommen zu erleichtern.²³⁷ Ausgangspunkt für die Entwicklung der heutigen Finanzhilfe war die klassische Entwicklungshilfe, die sich allein auf die Bereitschaft des Spenders stützte. Dies ließ sich mit der Idee der gleichberechtigten Partnerschaft, die der differenzierten Behandlung zugrunde liegt, nicht in Einklang bringen. Zudem hatte sich gezeigt, dass die Mehrheit der Entwicklungsländer nicht gewillt oder befähigt war Gelder aus allgemeinen Hilfsfonds in den Umweltschutz zu investieren, wenn damit keine unmittelbaren Vorteile auf lokaler Ebene einhergingen. Seit den 1990er Jahren wurde daher

231 Cullet, *Differential Treatment in International Environmental Law*, S. 97f.

232 So auch in § 34.7 der Agenda 21.

233 BMBF (Hg.), *Bericht der Bundesregierung zur Bildung für ein Nachhaltige Entwicklung*, S. 7.

234 Honkonen, *The Common but Differentiated Responsibility Principle in Multilateral Environmental Agreements*, S. 172.

235 Vgl. dazu unter Kapitel 2. C. V. 1. c) und 2. c).

236 Rajamani, *Differential Treatment in International Environmental Law*, S. 108.

237 Honkonen, *The Common but Differentiated Responsibility Principle in Multilateral Environmental Agreements*, S. 149.

die Idee spezifischer finanzieller Mechanismen zunehmend fokussiert: Gelder werden seitdem regelmäßig mit der Implementierung bestimmter Verpflichtungen verknüpft und nicht mehr zusammenhangslos bewilligt.²³⁸ Problematisch ist jedoch, dass Entwicklungsländer häufig einer Vielzahl von unkoordinierten Finanzressourcen gegenüberstehen. Die Vielzahl der Finanzierungssysteme, ihre verschiedenen Ansätze sowie die unterschiedlichen zugrundeliegende Verwaltungsstrukturen erschweren den Zugang der Entwicklungsländer zu den erforderlichen Finanzquellen erheblich.²³⁹

c) Andere Formen der Unterstützung

Neben den bisher genannten Formen gibt es noch weitere Wege das Prinzip der CBDR zu verwirklichen.²⁴⁰ Das sog. *Capacity Building* i. w. S. ist ein weitgefasstes Konzept, das den Oberbegriff für das Angebot von Trainings, technischer und wissenschaftlicher Zusammenarbeit, institutioneller Unterstützung und den Transfer von Fähigkeiten und Know-how darstellt.²⁴¹ Es baut auf der Idee auf, dass für eine nachhaltige Entwicklung zunächst eine entsprechende Infrastruktur in Form von humanen und institutionellen Ressourcen nötig ist. *Capacity Building* ist somit Hilfe zur Selbsthilfe. Auch kleinere Hilfestellungen dieser Art können eine Form der differenzierten Behandlung darstellen. Denn häufig sind es nur geringfügige finanzielle, administrative, legislative oder personelle Hemmnisse, die die Entwicklungsländer davon abhalten, ihre Rechte und Interessen effektiv auf internationaler Ebene durchzusetzen.²⁴²

3. Ergebnis

Die Idee der CBDR kann durch eine Vielzahl verschiedener Instrumente verwirklicht werden. Zugleich ist die Umsetzung des Prinzips in der Praxis mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden. Normen, die eine Differenzierung vorsehen, können die Abkommen verkomplizieren und gegebenenfalls ihre Glaubwürdigkeit zerstören und auch *Provisions of Assistance* haben Nachteile. Für Geldtransfers besteht in politisch instabilen Systemen eine besondere Missbrauchsgefahr. Nicht immer werden sie für die vorgesehenen Zwecke verwen-

238 Cullet, *Differential Treatment in International Environmental Law*, S. 107.

239 Ausdruck dessen ist die Existenz des „Little Climate Finance Book“ (vgl. Global Canopy Programme (Hg.), *The Little Climate Finance Book*, 2009).

240 Rajamani, *Differential Treatment in International Environmental Law*, S. 114.

241 Honkonen, *The Common but Differentiated Responsibility Principle in Multilateral Environmental Agreements*, S. 148.

242 Rajamani, *Differential Treatment in International Environmental Law*, S. 114.

det.²⁴³ Technologietransfers stellen demgegenüber eine große Chance für alle beteiligten Parteien dar, sofern sie den besonderen Bedürfnissen des jeweiligen Entwicklungslandes angepasst sind. Problematisch ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass z. B. Patente für eine Vielzahl technischer Neuerungen nicht in staatlicher, sondern privater Hand liegen. Dies behindert regelmäßig den Transfer und ist eine der möglichen Antworten auf die Frage, warum Technologietransfers bisher noch nicht die erwarteten Erfolge erzielen konnten.²⁴⁴ Es ist daher wichtig, das Augenmerk auf das Zusammenwirken von Technologietransfers und Finanzhilfe zu richten: Private benötigen einen wirtschaftlichen Anreiz, um ihre Technologien weiterzugeben. Wird den Entwicklungsländern durch die Finanzhilfe der Zugang zu zusätzlichen finanziellen Mitteln eröffnet, haben diese die Möglichkeit, die freien Ressourcen in neue Techniken zu investieren.²⁴⁵ Andersherum ist die Unterstützung der entwickelten Länder im Rahmen der Anwendung der Techniken unerlässlich um diese effizient nutzen zu können. Finanzhilfe kann daher nicht ohne Technologietransfers erfolgreich sein und Technologietransfers nicht ohne Finanzhilfe.

V. Vorkommen

Die wachsende Aufmerksamkeit, die in den vergangenen Jahrzehnten dem globalen Umweltschutz zuteilwurde, hat sich auch in einer zunehmenden Bedeutung des Konzepts der gemeinsamen Anliegen der Menschheit niedergeschlagen.²⁴⁶ Im Zuge dessen fand auch das CBDR-Prinzip vermehrt Eingang in internationale Umweltabkommen. Dies wurde bereits in der Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte des Prinzips dargelegt. Besondere Bedeutung hat das CBDR-Prinzip im Klimarechtsregime erlangt. Beispielsweise in der *The Hague Conference Declaration on the Environment*²⁴⁷ von 1989 versicherten viele Industrieländer, Rücksicht auf die besonderen Bedürfnisse der jeweiligen Vertragspartner zu nehmen (Paragraph d). Seitdem ist es ein roter Faden, der sich durch die Mehrzahl der klimarechtlichen Erklärungen und Abkommen zieht.²⁴⁸ Verfestigt hat sich die Bedeutung der differenzierten Behandlung schließlich in der Klimarahmenkonvention und im Kyoto-Protokoll. Diese zwei Abkommen

243 Zu den weiteren Problemen vgl. Honkonen, *The Common but Differentiated Responsibility Principle in Multilateral Environmental Agreements*, S. 150.

244 Cullet, *Differential Treatment in International Environmental Law*, S. 131f.

245 Rajamani, *Differential Treatment in International Environmental Law*, S. 109.

246 Biermann, AVR 34 (1996) 4, 426.

247 *The Hague Declaration on the Environment*, 11. März 1989; ILM 28, 1308.

248 Vgl. nur bspw. Noordwijk Declaration of the Ministerial Conference on Atmospheric Pollution and Climate Change, 7. November 1989, A/C-2/44/5 (1989), abgedruckt AUILR 5 (1990) 2, 592ff.

und deren Verwendung des CBDR-Prinzips sollen nun ausführlicher dargestellt werden.

1. Klimarahmenkonvention der Vereinten Nationen über Klimaänderungen

Das Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen hat das Ziel, eine gefährliche anthropogene Störung des Klimasystems zu verhindern (Artikel 2 UNFCCC). Es bildet das Herzstück des Klimarechts.

a) Kurze Entstehungsgeschichte

Mit zunehmenden wissenschaftliche Erkenntnissen²⁴⁹ über den zu erwartenden Klimawandel und das damit einhergehende wachsende öffentliche Umweltbewusstsein²⁵⁰ wurde Ende der achtziger Jahre der Prozess in Gang gesetzt, die prognostizierte Entwicklung zu stoppen.²⁵¹ Die im Rahmen der Konferenz der Vereinten Nationen über Umwelt und Entwicklung (UNCED) in Rio de Janeiro 1992 unterzeichnete Klimarahmenkonvention bildete dessen vorläufigen Abschluss.²⁵² Die beteiligten Staaten²⁵³ einigten sich nach sechs Verhandlungsrunden in einer Zeitspanne von fünfzehn Monaten²⁵⁴ auf dieses Rahmenübereinkommen, das zwei Jahre später, am 21. März 1994, in Kraft trat.²⁵⁵ Trotz des beachtlichen Erfolgs, als den man die Verabschiedung der Klimarahmenkonvention beurteilen sollte, darf nicht außer Acht gelassen werden, dass sich in Anbetracht der weitreichenden ökonomischen Folgen von CO₂-Einsparungen (mit Energie und Transport sind zwei elementare Wirtschaftsfaktoren betroffen) schon zu diesem Zeitpunkt schwerwiegende Interessenkonflikte offenbarten. Zugleich war offenbar, dass die Klimarahmenkonvention keinen Endpunkt,

249 Hervorzuheben sind die umfassenden Berichte des von UNEP und der World Meteorological Organization (WMO) gegründeten Zwischenstaatlichen Ausschusses zu Klimaänderungen (IPCC) aus den Jahren 1990, 1992, 1995, 2001 und 2007. Diese sind abrufbar unter: http://www.ipcc.ch/publications_and_data/publications_and_data_reports.shtml#T5gqpY6FY4A. Zuletzt besucht: 25. April 2012.

250 UNFCCC (Hg.), *Uniting on Climate*, S. 11

251 Goh, JWT 38 (2004) 3, 395 (395).

252 Epiney/Scheyli, *Umweltvölkerrecht*, S. 230.

253 Derzeit unterzeichneten 154 Staaten und die EG das Übereinkommen. Heute gehören der UNFCCC 194 Parteien an. Vgl. http://unfccc.int/essential_background/convention/status_of_ratification/items/2631.php. Zuletzt besucht am 23. April 2012.

254 Rowlands in: Bodansky/Brunnée/Hey (Hg.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, S. 328.

255 Beyerlin, *Umweltvölkerrecht*, Rn. 361.

sondern vielmehr ein „punctuation mark in an ongoing process of negotiation“ darstellte.²⁵⁶

b) Inhalt und Ziele

Die Klimakonvention selbst gibt als Rahmenkonvention keine rechtlich verbindlichen quantifizierten Reduktionsverpflichtungen vor. Vielmehr legt sie Strategien für den Klimaschutz fest und bestimmte allgemeine Ziele und Grundsätze.²⁵⁷ Art. 2 UNFCCC formuliert das Hauptziel der UNFCCC ausdrücklich: „Endziel der Klimakonvention und aller damit zusammenhängenden Rechtsinstrumente, welche die Konferenz der Vertragsparteien beschließt, ist es, in Übereinstimmung mit den einschlägigen Bestimmungen des Übereinkommens die Stabilisierung der Treibhausgaskonzentration in der Atmosphäre auf einem Niveau zu erreichen, auf dem eine gefährliche anthropogene Störung des Klimasystems verhindert wird.“

Die Vertragsparteien sind in Gruppen mit verschiedenen Verpflichtungen unterteilt. Mitgliedstaaten der Organisation für wirtschaftliche Entwicklung und Zusammenarbeit (OECD) sowie Reformländer hatten sich als Ziel gesetzt, ihre Emissionen von Kohlendioxid und anderen Treibhausgasen bis 2000 auf das Niveau von 1990 zurückzuführen (Art. 4 Abs. 2 lit. b) UNFCCC). Art. 4 UNFCCC enthält als Kernstück der Konvention einige weitere materielle Regelungen.²⁵⁸ Die Mehrzahl dieser als „Verpflichtungen“ beschriebenen Handlungsaufträge ist jedoch derart unbestimmt formuliert, dass ihnen „im Ergebnis lediglich der Charakter allgemeiner Postulate zukommt“²⁵⁹. So beispielsweise in Art. 4 Abs. 1 lit. f) UNFCCC, nach dem die Vertragsstaaten „in ihre einschlägigen Politiken und Maßnahmen in den Bereichen Soziales, Wirtschaft und Umwelt *soweit wie möglich* Überlegungen zu Klimaänderungen einbeziehen und geeignete Methoden [...] anwenden [...]. [Hervorh. d. Verf.]“²⁶⁰. Diese Art der Formulierung offenbart den Konflikt zwischen den Staaten, die keine verbindli-

256 Bodansky, YJIL 18 (1993) 1, 451 (493).

257 Epiney/Scheyli, Umweltvölkerrecht, S. 231.

258 Zu den Verpflichtungen des Art. 4 Abs.1 UNFCCC gehören: Erstellung von Inventaren der anthropogenen Emissionen und Festlegungen (durch Senken) von Treibhausgasen; Erstellung und Umsetzung von Maßnahmenprogrammen zur Emissionsminderung; Entwicklung und Anwendung von Technologien zur Emissionsminderung; Erhaltung und Ausweitung der Senken und Reservoirs für Treibhausgase; Einbeziehung des Klimaschutzes in die verschiedenen Fachplanungen und –politiken; Förderung von Forschung, Beobachtung, Ausbildung, öffentlicher Aufklärung; Zusammenarbeit und Austausch von relevanten Informationen.

259 Epiney/Scheyli, Umweltvölkerrecht, S. 241.

260 Art. 4 Abs. 1 lit. f) UNFCCC

chen Verpflichtungen eingehen wollten, und jenen, die sich für die Verbindlichkeit einsetzten. Auch die Reduktionsverpflichtungen sind völkerrechtlich nicht bindend. Stattdessen sieht die Konvention vor, ergänzende Protokolle oder andere rechtlich bindende Folgeabkommen zu beschließen.

Art. 3 UNFCCC nennt die Grundsätze, die die Vertragsparteien in ihrem Bemühen der Abschwächung der Klimaänderung leiten sollen. Hiernach haben neben der besonderen Stellung der Entwicklungsländer, auf die später noch detailliert eingegangen werden soll, auch andere ausgewählte Prinzipien des Umweltvölkerrechts Bedeutung. Art. 3 UNFCCC hebt das Vorsorgeprinzip²⁶¹ sowie die Grundsätze der Staatensouveränität²⁶² und der nachhaltigen Entwicklung hervor. Durch Art. 7 UNFCCC wird die Konferenz der Vertragsparteien (Conference of the Parties – COP), als wichtigste Institution eingesetzt.²⁶³ Diese seit dem Inkrafttreten der Konvention jährlich abzuhaltenden Treffen der Mitgliedstaaten dienen dem Ziel, die effektive Umsetzung der Zielsetzungen der Klimakonvention sicherzustellen, die Angemessenheit der Verpflichtungen zu überprüfen sowie die Gesamtwirkungen des Übereinkommens zu beurteilen.²⁶⁴

c) Umsetzung des CBDR-Prinzips

Die Klimarahmenkonvention basiert auf dem CBDR-Prinzip.²⁶⁵ Das Konzept zieht sich wie ein roter Faden durch das gesamte Abkommen und die Aufforderung zur Berücksichtigung der besonderen Situation der Entwicklungsländer taucht nahezu in jeder Regelung auf. Es ist daher nicht verwunderlich, dass die Klimarahmenkonvention jede Erscheinungsform der differenzierten Behandlung beinhaltet: In den zentralen Vertragsverpflichtungen ist eine Differenzierung vorgesehen und die Implementation des Abkommens in den Entwicklungsländern wird sowohl durch finanzielle Hilfe als auch durch Technologietransfers unterstützt.

261 Danach sind die Staaten dazu verpflichtet „Tätigkeiten oder Substanzen, welche Umweltschädigungen bewirken können, zu kontrollieren und unter Umständen zu verbieten, selbst wenn (noch) keine wissenschaftliche Gewissheit über die möglichen oder wahrscheinlichen Umweltschäden gegeben ist“. Vgl. Epiney/Scheyli, Umweltvölkerrecht, S. 231.

262 Dieser wird auch schon im 9. Erwägungsgrund der Präambel bestärkt: „In Bekräftigung des Grundsatzes der Souveränität der Staaten bei der internationalen Zusammenarbeit zur Bekämpfung von Klimaänderungen“.

263 Epiney/Scheyli, Umweltvölkerrecht, S. 245.

264 Oberthür/Ott, Das Kyoto-Protokoll, S. 69.

265 So auch Honkonen, The Common but Differentiated Responsibility Principle in Multilateral Environmental Agreements, S.122 und Kellersmann, Die gemeinsame, aber differenzierte Verantwortlichkeit, S. 148.

Schon die Präambel enthält detaillierte Ausführungen zu der differenzierten Vorgehensweise des Vertrages und schafft den konkreten Rahmen für die Ausführung des Vertrages. In der sechsten Präambelerwägung werden die Mitgliedstaaten dazu aufgerufen, „so umfassend wie möglich zusammenzuarbeiten und sich an einem wirksamen und angemessenen internationalen Handeln entsprechend ihren gemeinsamen, aber unterschiedlichen Verantwortlichkeiten, ihren jeweiligen Fähigkeiten sowie ihrer sozialen und wirtschaftlichen Lage zu beteiligen“. Abgesehen von dieser expliziten Nennung des CBDR-Prinzips bietet die Präambel auch Begründungsansätze und nennt die Konsequenzen dieses Ansatzes: So heißt es im dritten Erwägungsgrund, dass der Vertrag in Anbetracht dessen, „dass der größte Teil der früheren und gegenwärtigen weltweiten Emissionen von Treibhausgasen aus den entwickelten Ländern stammt und dass die Pro-Kopf-Emissionen in den Entwicklungsländern noch verhältnismäßig gering sind“ sowie „der Anteil der aus den Entwicklungsländern stammenden weltweiten Emissionen zunehmen wird, damit sie ihre sozialen und Entwicklungsbedürfnisse befriedigen können“, in dieser Form geschlossen wurde. Festgehalten wird zudem, dass „die von einigen Staaten angewendeten Normen für andere Länder, insbesondere die Entwicklungsländer, unangemessen seien und zu nicht vertretbaren wirtschaftlichen und sozialen Kosten führen können“²⁶⁶. Es wird darauf hingewiesen, dass bestimmte Länder (wie z. B. „tiefliegende und andere kleine Inselländer“) besonders anfällig für die Wirkungen des Klimawandels sind²⁶⁷. Konsequenterweise werden in der Präambel die entwickelten Länder aufgefordert Sofortmaßnahmen zu ergreifen.²⁶⁸

Konkrete Erwähnung findet das CBDR-Prinzip in Art. 3 Abs. 1 UNFCCC. Dort heißt es unter dem Titel „Grundsätze“ bzw. „Principles“: „Die Vertragsparteien sollen auf der Grundlage der Gerechtigkeit und entsprechend ihren gemeinsamen, aber unterschiedlichen Verantwortlichkeiten und ihren jeweiligen Fähigkeiten das Klimasystem zum Wohl heutiger und künftiger Generationen schützen. Folglich sollen die Vertragsparteien, die entwickelte Länder sind, bei der Bekämpfung der Klimaänderungen und ihrer nachteiligen Auswirkungen die Führung übernehmen.“ Insofern konnten sich die Entwicklungsländer durchsetzen,²⁶⁹ die darauf beharrten, dass die differenzierte Behandlung nicht nur Eingang in der Präambel, sondern auch in den Prinzipienkatalog findet.²⁷⁰

266 10. Erwägung der Präambel der UNFCCC.

267 19. Erwägung der Präambel der UNFCCC.

268 18. Erwägung der Präambel der UNFCCC.

269 Die Vereinigten Staaten setzten jedoch auch einige Änderungen durch, die die legale Wirkungskraft des Art. 3 Abs. 1 UNFCCC abmindern sollten. Zunächst wurde am Anfang des Art. 3 ein Einleitungssatz (sog. chapeau) eingefügt, der klarstellt, dass die Grundsätze die Vertragsparteien bei der Durchführung des Abkommens „leiten“ / „gui-

Auch die Systematik des Vertrages bringt das CBDR-Konzept zum Ausdruck. So wird unterschieden zwischen allgemeinen Pflichten, die alle Vertragsparteien erfüllen müssen, und speziellen Pflichten, die nur entwickelte Länder und einige andere, in bestimmten Anlagen aufgeführte Staaten treffen. Die zentrale Verpflichtung des Vertrages in Art. 4 Abs. 1 UNFCCC betrifft zwar *alle* Vertragsparteien, dies jedoch nur unter Berücksichtigung ihrer CBDR. Auch Art. 4 Abs. 2 UNFCCC differenziert explizit zwischen Vertragsparteien, die entwickelte Länder sind, sowie Staaten die sich im Übergang zur Marktwirtschaft befinden (Anlage I), und anderen Vertragsparteien. Verpflichtend sind die in Art. 4 Abs. 2 UNFCCC vorgeschriebenen speziellen Verpflichtungen nur für die zwei erstgenannten Gruppen. Auf der Verpflichtungsseite zeigt sich die differenzierte Verantwortlichkeit zudem in Art. 4 Abs. 3 und den Abs. 4 und 5 UNFCCC. Danach sind die Vertragsparteien, die entwickelte Länder sind, sowie die anderen in Anlage II aufgeführten Staaten zu Finanz- und Technologietransfers an die Vertragsparteien, die Entwicklungsländer sind, verpflichtet, damit diese ihre allgemeinen Pflichten erfüllen können. Die insgesamt verhältnismäßig weitreichenden Bestimmungen zur Erfüllungshilfe umfassen Implementierungs- und Adaptionkosten. Die Klimafinanzierung²⁷¹ wird insbesondere durch Art. 4 Abs. 3 UNFCCC festgeschrieben: „Die Vertragsparteien, die entwickelte Länder sind, und die anderen in Anlage II aufgeführten entwickelten Vertragsparteien stellen *neue und zusätzliche finanzielle Mittel (new and additional financial resources)* bereit, um die *vereinbarten vollen Kosten (agreed full incremental costs)* zu tragen, die den Vertragsparteien, die Entwicklungsländer sind, bei der Erfüllung ihrer Verpflichtungen [...] entstehen [Hervh. d. Verf.]“. Für die Formulierung „neue und zusätzliche“ Mittel gibt es keine allgemeingültige oder rechtlich verbindliche Definition. Dies führt auf Seiten der verschiedenen Staaten zu unterschiedlichen Begriffsbestimmungen.²⁷² Doch obwohl die exakte

de“ soll. Auch heißt es dort „unter anderem“ / „inter alia“ . Dies soll Verdeutlichen, dass auch andere als die genannten Grundsätze und Prinzipien im Rahmen der Umsetzung des Abkommens beachtet werden sollen. Schließlich wurde noch eine Fußnote eingefügt, nach der „Titels of articles are included solely to assist the reader.“ Vgl. Bodansky, YJIL 18 (1993) 1, 451 (502).

270 Kellersmann, Die gemeinsame, aber differenzierte Verantwortlichkeit, S.144.

271 Hierunter ist die Finanzierung von Anpassungsmaßnahmen an die durch den Klimawandel geschaffenen neuen Verhältnisse und die Finanzierung von Aktivitäten zur Vermeidung von Treibhausgasemissionen verstanden. Vgl. Global Canopy Programme (Hg.), The Little Climate Finance Book, S. 20.

272 Deutschland bezeichnet z. B. alle Mittel als „neu und zusätzlich“, die nach dem Basisjahr von 2009 gezahlt wurden. Die meisten anderen Länder haben hingegen gar keine offizielle Definition von „neu und zusätzlich“. Zu den Schwierigkeiten der Definition vgl. Griebhaber, Transparenz in der Internationalen Klimafinanzierung, S. 27.

Reichweite offen ist, lassen sich aus der Formulierung zwei Schlüsse ziehen: Zum einen verdeutlicht sie, dass die im Rahmen der Klimarahmenkonvention zur Umsetzung gewährte Finanzhilfe ein „Mehr“ zu der bereits gewährten Entwicklungshilfe darstellen muss. Eine bloße Umverteilung der ohnehin bereitstehenden Gelder ist daher von vornherein ausgeschlossen.²⁷³ Zudem spiegelt sie die Realität der Entwicklungsländer wider, für die die Umsetzung mit Mehrkosten verbunden ist.

Schließlich ist die Klimarahmenkonvention übersät von Normen, die den begrenzten Kapazitäten der Entwicklungsländer Rechnung tragen (z. B. Art. 5 lit. c), Art. 4 Abs. 7, Art. 6 lit. b) ii), Art. 12).

In Anbetracht der Vielzahl der soeben beschriebenen Differenzierungen durch die Klimarahmenkonvention ist in Erinnerung zu rufen, dass das Klimaregime auch gemeinsame Verpflichtungen für alle Vertragsparteien beinhaltet. Diese sind unter anderem die Pflicht zur Erstellung von Inventaren der anthropogenen Emissionen und Festlegungen (durch Senken) von Treibhausgasen, die Erstellung und Umsetzung von Maßnahmenprogrammen zur Emissionsminderung und die Einbeziehung des Klimaschutzes in die verschiedenen Fachplanungen und -politiken (Art. 4 Abs. 1 UNFCCC). Die gemeinsamen Verpflichtungen sind zwar insgesamt in den Hintergrund gerückt, aber weiterhin existent. Die gemeinsame Aufgabe, gegen den Klimawandel zu kämpfen, bildet zudem das Dach der Klimarahmenkonvention. Daher lässt sich zu Recht sagen, dass das Klimaregime das Konzept der CBDR auf einmalige Art und Weise verkörpert.

2. Kyoto-Protokoll

a) Kurze Entstehungsgeschichte

Schon auf der Ersten Vertragsstaatenkonferenz²⁷⁴ (*Conference of the Parties* – COP 1) in Berlin im Frühjahr 1995 wurde die Unangemessenheit der bisherigen Verpflichtungen festgestellt. Dennoch konnten sich die Parteien nicht auf eine konkrete Reduzierung der Treibhausgasemissionen einigen. Erst „nach zähem Ringen“ konnte die Annahme des sog. Berliner Mandats durchgesetzt werden,²⁷⁵ in dem den Industrieländern der Verhandlungsauftrag erteilt wurde, bis Ende 1997 ein Protokoll zu verabschieden, das in einem zeitlich festgesteckten Rahmen mengenmäßige Begrenzungs- und Reduktionsziele festlegen sollte. In Umsetzung dessen wurde am 11. Dezember 1997 auf der Dritten Vertragsstaatenkonferenz (COP 3) in Kyoto ein Klimaschutzprotokoll, das sog. Kyoto-

273 Rajamani, *Differential Treatment in International Environmental Law*, S. 109.

274 Siehe zu dieser Institution oben Kapitel 2. D.V.1.b): Inhalt und Ziele der UNFCCC.

275 Beyerlin, *Umweltvölkerrecht*, Rn. 368.

Protokoll (KP) zur Klimakonvention, verabschiedet. Anschließend lag das Protokoll ein Jahr zur Unterzeichnung aus²⁷⁶ und wurde derweil von 84 Vertragsparteien der Klimarahmenkonvention unterzeichnet. Gemäß Art. 25.1 KP trat es am 16. Februar 2005, am neunzigsten Tag nach dem Zeitpunkt in Kraft, zu dem mindestens 55 Vertragsstaaten der Klimarahmenkonvention, auf die wiederum mindestens 55 Prozent der CO₂-Emissionen der Industriestaaten im Jahre 1990 entfielen, ihre Ratifikations-, Annahme-, Genehmigungs- oder Beitrittsurkunde hinterlegt hatten. Das Kyoto-Protokoll ist nunmehr für 192 Staaten gültig. Dazu zählten eine Vielzahl von Großemittenten, wie beispielsweise Russland. Der größte Einzelemittent, die USA, lehnte eine Ratifizierung hingegen ab. Kanada ist kurz nach dem Ende des Gipfels in Durban förmlich ausgetreten.²⁷⁷

b) Inhalt und Ziele

Das Kyoto-Protokoll greift als Umsetzungsabkommen das Endziel und die Grundsätze der Klimarahmenkonvention auf und erweitert und stärkt diese dadurch. Während die Konvention die Mitgliedstaaten lediglich darin bestärkt, ihre Emissionen zu reduzieren, legt das Kyoto-Protokoll ihnen in Art. 2.1 KP erstmalig völkerrechtlich verbindliche Emissionsminderungs- bzw. -begrenzungsverpflichtungen für sechs verschiedenen Treibhausgase²⁷⁸ auf. Diese Verpflichtung ist abgestuft. Die im Anhang B des Protokolls genannten industrialisierten Vertragsstaaten haben sich darauf festgelegt, ihre Treibhausgasemissionen in der ersten Verpflichtungsperiode (2008 bis 2012) um durchschnittlich 5,2 Prozent unter das Niveau von 1990 zu senken. Die konkreten Reduktionsvorgaben für die einzelnen industrialisierten Staaten variieren auch untereinander und hängen von dem wirtschaftlichen Entwicklungsstand des Landes ab. Für Schwellenländer und für alle Entwicklungsländer sind hingegen keine Beschränkungen vorgesehen. Zu beachten ist schließlich, dass auch das Kyoto-Protokoll den Staaten keine konkreten Umsetzungsvorgaben macht. Art. 2 KP listet zwar potentielle Politiken auf, die Staaten sind jedoch frei, darin zu entscheiden, welche Maßnahmen sie ergreifen, um ihre Verpflichtung zu erfüllen.²⁷⁹

276 Beyerlin, Umweltvölkerrecht, Rn. 377.

277 Der Austritt wurde zum 15. Dezember 2012 wirksam. Vgl. zum derzeit aktuellen Mitgliederstatus: http://unfccc.int/kyoto_protocol/status_of_ratification/items/2613.php.

278 Bei diesen handelt es sich um die in Anhang A zum Kyoto-Protokoll genannten Treibhausgase Kohlendioxid (CO₂), Methan (CH₄), Distickstoffoxid (N₂O), teilfluorierte Kohlenwasserstoffe (H-FKW), vollfluorierte Kohlenwasserstoffe (FKW) und Schwefelhexafluorid (SF₆).

279 Ministry of Foreign Affairs (Hg.), *Unilateral Measures Addressing Non-Trade Concerns*, S. 180.

c) Umsetzung des CBDR-Prinzips

Die Verhandlungen zum Kyoto-Protokoll waren wie von dem Berliner Mandat vorgegeben,²⁸⁰ entscheidend durch das CBDR-Prinzip geprägt (vgl. Art. 1 lit. a) und e) BM). Die Präambel des Kyoto-Protokolls verweist ausdrücklich auf Art. 3 UNFCCC, also auch auf das CBDR-Prinzip. Durch das Berliner Mandat waren auch schon von vornherein differenzierte Ziele bestimmt: Während dies für die in Anlage I genannten Staaten lautete, quantifizierte Emissionsbegrenzungs- und -reduktionsverpflichtungen für einen bestimmten Zeitraum festzulegen, heißt es ausdrücklich, dass den übrigen Staaten keine neuen Verpflichtungen auferlegt werden sollen (Art. 2 lit. a) und b) MA). Diese Forderung wurde umgesetzt. Wie auch schon im Rahmen der Klimarahmenkonvention gelten die zentralen Verpflichtungen des Protokolls nur für entwickelte Länder. Die entscheidende Norm des Protokolls (Art. 3 KP) verpflichtet nur die in Anlage I aufgeführten Vertragsparteien dazu, ihren „auf der Grundlage ihrer in Anlage B niedergelegten quantifizierten Emissionsbegrenzungs- und -reduktionsverpflichtungen“ zu entsprechen.²⁸¹ Obwohl die daraus resultierenden Reduktionsverpflichtungen sehr unterschiedlich sind,²⁸² besteht die deutlichste Asymmetrie im Vergleich zu den Entwicklungsländern, denen keine konkreten Begrenzungs- bzw. Reduzierungspflichten auferlegt wurden. Differenziert wird also auf zwei Ebenen: zum einen zwischen Anhang-I und Nicht-Anhang-I-Staaten, zum anderen zwischen den verschiedenen Ländern, die in Anhang I genannt werden. Auch wenn der jeweilige Verpflichtungsgrad letztendlich nicht unter Anwendung einer exakten Berechnungsformel, sondern durch politische Feilscherei der Vertragsparteien zustande gekommen ist,²⁸³ stellen beide Formen der Differenzierungen eine Form des Konzepts des CBDR-Prinzips dar.²⁸⁴

Das Kyoto-Protokoll beinhaltet, anders als die Klimarahmenkonvention, keinen Artikel, der sich allein den Zielen und Grundsätzen des Protokolls widmet.

280 Dort heißt es: „The process shall be guided, inter alia, by the following: (a) The provisions of the Convention, including Article 3, in particular the principles in Article 3.1 [also dem CBDR-Prinzip. Anm. d. Verf.].“ Vgl. UNFCCC, COP1, Dec. 1/CP.1, The Berlin Mandate, UN Doc. FCCC/CP/1995/7 Add.1, 4 (1995). Im Folgenden: Berliner Mandat (BM).

281 In der englischen Fassung kommt der verpflichtende Charakter der Norm besser zu Ausdruck. Dort heißt es: „The Parties included in Annex I shall [...]“.

282 Während sich beispielsweise die EU auf eine Reduktion um 8 % und Japan um 6% festlegten, Neuseeland und die Ukraine eine Stabilisierung des 1990 Niveaus zusagten, wurde Australien eine Steigerung um 8% zugestanden.

283 Michaelowa/Tangen/Hasselknippe, *International Environmental Agreements* 5 (2005) 1, 5 (9) spricht von einem „oriental bazaar“ bargaining“.

284 Bothe, *ZaöRV* 63 (2003), 239 (252).

Dennoch wird das CBDR-Prinzip ausdrücklich genannt. In Art. 10 KP heißt es, dass die Parteien unter Berücksichtigung ihrer gemeinsamen, aber differenzierten Verantwortung die Erfüllung der nach Art. 4. Abs. 1 UNFCCC bestehenden Verpflichtungen weiter vorantreiben werden. Zudem räumt Art. 10 KP den Entwicklungsländern Flexibilität bei der Erstellung nationaler und regionaler Programme ein.²⁸⁵ Schließlich bringt Art. 11 KP, der die Finanzierungsmechanismen regelt, zum Ausdruck, dass fortschreitende Verpflichtungsebenen der Entwicklungsländer mit fortschreitenden finanziellen Mitteln verbunden werden müssen.²⁸⁶

Insgesamt stehen die Verpflichtungen der entwickelten Länder somit eindeutig im Vordergrund.²⁸⁷ Die Idee des Konzepts der CBDR schwingt dabei stets mit. *Birnie und Boyle* urteilten daher, dass das CBDR-Prinzip im Rahmen des Kyoto-Protokolls zum ersten Mal, die „explicit basis for the very different commitments of developed and developing states parties“ ist.²⁸⁸

d) Die Kyoto-Mechanismen

Die Kosten für die Erschließung von Emissionsreduktionspotentialen können von Staat zu Staat stark variieren: „Sie hängen ab von der naturräumlichen Ausstattung (z. B. Ressourcen, Potenzial für Wasserkraft), der historisch gewachsenen Wirtschaftsstruktur und dem Grad der bereits vor 1990 erfolgten Erschließung derartiger Potenziale.“²⁸⁹ Daher bezwecken die sog. Kyoto-Mechanismen Emissionen zunächst dort zu mindern, wo dies am preiswertesten möglich ist.²⁹⁰ Im Zuge dessen kann ein Land seine Verpflichtung nicht nur durch nationale Maßnahmen erreichen. Vielmehr sind auch emissionsmindernde Projekte außerhalb der eigenen Landesgrenze anrechenbar, wenn es sich hierbei um einen sog. flexiblen Mechanismus handelt. Als solche gelten nach dem Kyoto-Protokoll u. a. der Emissionshandel (Art. 17 KP), die Gemeinsame Umsetzung (Joint Implementation/JI – Art. 6 KP), die es Anhang I-Staaten (also Industrieländern) erlaubt, emissionseinsparende Projekte in anderen Anhang I-Staaten zu finanzieren und sich dessen Einsparungen anzurechnen, sowie der Mechanismus für umweltgerechte Entwicklung (*Clean Development Mechanism/CDM* – Art.

285 Vgl. Art. 10 lit. a) Kyoto-Protokoll: „Soweit von Belang und sofern möglich“.

286 UNFCCC, Technical Paper, Tracing the Origin of the Kyoto Protocol: An Article-by-Article Textual History, FCCC/TP/2000/2 (2000), Rn. 337.

287 Rajamani, Differential Treatment in International Environmental Law, S.193.

288 Birnie/Boyle, International Law and the Environment, 2. Auflage, S. 524.

289 UBA (Hg.), Climate Change 04/03, S. 12.

290 Rowlands in: Bodansky/Brunnée/Hey (Hg.), The Oxford Handbook of International Environmental Law, S. 331.

12 KP). Dieses Konzept weist einen elementaren Unterschied zur Gemeinsamen Umsetzung auf, da es zulässt, dass die Projekte nicht wie bei Ersteren in einem Anhang-I-Staat, sondern in einem Vertragsstaat ohne eigene Reduktionsverpflichtung (also einem Entwicklungs- bzw. Schwellenland) durchgeführt werden können. Ziel des Mechanismus für umweltgerechte Entwicklung ist es, Investitionen und Technologietransfer in Entwicklungsländer zu stimulieren²⁹¹ und so auch die nachhaltige Entwicklung des Landes zu fördern. Zugleich soll er es den Industrieländern erleichtern, ihre Reduktionsverpflichtung zu erfüllen.

Auch diese flexiblen Mechanismen stellen eine Form der differenzierten Behandlung dar. Sie basieren auf der Partnerschaft von entwickelten und Entwicklungsländern und dienen der Schaffung einer Win-win-Situation für alle Beteiligten und zugleich der Erreichung des gemeinsamen Ziels, den Klimawandel abzuwenden.²⁹²

3. Der Weg zu einem Post-Kyoto-Regime

Die erste Verpflichtungsperiode des Kyoto-Protokolls lief mit dem Beginn des Jahres 2012 aus (Art. 3 Abs. 1 KP). Mit der dreizehnten Konferenz der Vertragsstaaten (COP 13) auf Bali im Dezember 2007 begannen die Vorverhandlungen für ein Nachfolgeabkommen.²⁹³ Obwohl sich die Verhandlungen zunächst schwierig gestalteten,²⁹⁴ konnten die Verhandlungen in letzter Minute durch den sog. Fahrplan von Bali (*Bali Roadmap*) zu einem positiven Ergebnis gebracht werden. Unter dem Fahrplan von Bali sind die gesamten Abschlussdokumente der Konferenz zu verstehen, darunter auch der Bali Action Plan (BAP)²⁹⁵. Die Vertragsstaaten einigten sich in diesem Dokument darauf, einen umfassenden Prozess in Gang zu setzen und über die vier Grundsäulen (konkrete Verpflichtungen und Beiträge aller Staaten zur Minderung von Emissionen, Anpassung, Technologie und Finanzierung) bis und nach 2012 zu verhandeln. Im Rahmen der fünfzehnten Vertragsstaatenkonferenz in Kopenhagen sollten diese Verhandlungen zum Abschluss gebracht werden, um „a shared vision for long term cooperative action“ zu verwirklichen (§ 1 BAP). In § 1 lit. a) BAP wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass hierbei auch die Klimarahmenkonvention und deren Grundsätze, insbesondere das CBDR-Prinzip, Berücksichti-

291 UBA (Hg.), Climate Change 04/03, S. 20.

292 Honkonen, The Common but Differentiated Responsibility Principle in Multilateral Environmental Agreements, S. 135.

293 Hunter, SDLP 10 (2009/2010), 4 (4).

294 Whalley/Walsh, Seattle Journal for Social Justice 8 (2009/2010) 2, 773 (776).

295 UNFCCC, Decision 1/CP.13 of the Conference of the Parties, Bali Action Plan, FCCC/CP/2007/6/Add. 1 (2008). Im Folgenden: Bali Action Plan (BAP).

gung zu finden haben. Zudem seien die jeweiligen nationalen sozialen und wirtschaftlichen Bedingungen der Vertragsparteien mit in Erwägung zu ziehen (§ 1 lit. a), lit. b) i) BAP). Auch der Ruf nach Technologietransfers und finanzieller Unterstützung steht im Einklang mit dem Grundsatz der CBDR (§ 1 lit. c) und lit. d) BAP). Daher lässt sich zu Recht sagen, dass auch im Bali Action Plan das Konzept der CBDR besondere Anerkennung findet. Es wurde offensichtlich als ein zentraler Baustein für die Schaffung eines Nachfolgeabkommens gesehen.²⁹⁶

Die Weltgemeinschaft hoffte, dass die langjährigen Verhandlungen im Rahmen der fünfzehnten Vertragsstaatenkonferenz in Kopenhagen im Dezember 2009 mit einem rechtsverbindlichen Abkommen beenden werden würden. Dies wurde nicht erreicht. Dennoch ist die erarbeitete Kopenhagen Vereinbarung²⁹⁷ als Teilerfolg zu werten. Hierbei handelt es sich zwar nicht um ein völkerrechtlich verbindliches Abkommen, sondern lediglich um eine politische Erklärung. Zu dieser bekannten sich 140 Staaten.²⁹⁸ Die Vereinbarung definiert die Säulen der zukünftigen internationalen Klimapolitik und dient als Grundlage für den weiteren Verhandlungsprozess. Die Kopenhagen Vereinbarung stellte somit nicht wie angestrebt das Ergebnis der Verhandlungen, sondern eher einen neuen ersten Schritt Richtung Abschluss eines Abkommens für die Zeit nach 2012 dar. Bemerkenswert ist jedoch, dass sich erstmalig alle beteiligten Staaten zu dem Ziel bekennen, den globalen Temperaturanstieg auf unter 2 Grad Celsius zu begrenzen (§ 1 KV). Das CBDR-Prinzip wird an prominenter Stelle der Vereinbarung genannt. Schon im ersten Paragraphen heißt es: „We emphasise our strong political will to urgently combat climate change *in accordance with the principle of common but differentiated responsibilities and respective capabilities* [Hervorh. d. Verf.]“. Schließlich differenziert die Vereinbarung zwischen Industrie- und Entwicklungsländern. Brunnée sieht dies als Bestätigung dafür, dass das CBDR-Prinzip als der wichtigste Grundsatz des Klimaregimes anzusehen ist.²⁹⁹ Nichts-

296 Honkonen, The Common but Differentiated Responsibility Principle in Multilateral Environmental Agreements, S. 343. Zurückhaltender sehen dies Birnie/Boyle/Redgwell, International Law and the Environment (3. Auflage 2009), S. 376. Dort heißt es: „It is clear, whilst the Bali Action Plan remains informed by the principles of common but differentiated responsibility, developing countries are increasingly expected to play a full role in mitigation efforts“.

297 UNFCCC, Decision 2/CP.15 by the Conference of the Parties, Copenhagen Accord, FCCC/CP/2009/11/Add.1 (2010). Im Folgenden: Kopenhagener Vereinbarung (KV).

298 Vgl. zu dem Ratifikationsstatus: <http://unfccc.int/home/items/5262.php>. Zuletzt besucht am 23. April 2012.

299 Brunnée, MJIL 25 (2010), 86 (92f).

destotrotz war der exakte Bedeutungsumfang des CBDR-Prinzips Anlass für eine Vielzahl von Meinungsverschiedenheiten.³⁰⁰

Auch die folgenden Vertragsstaatenkonferenzen in Cancun (COP 16) im November und Dezember 2010 und im Durban im Dezember 2011 (COP 17) haben nicht zum Abschluss eines rechtsverbindlichen Abkommens geführt. In Durban wurde jedoch das sog. Paket von Durban für die Zukunft der internationalen Klimapolitik geschnürt. Die Vertragsstaaten haben darin beschlossen, das Kyoto-Protokoll mit einer zweiten Verpflichtungsperiode weiterzuführen, und zudem gewisse Umsetzungsentscheidungen getroffen. Zugleich wurde eine Ad-hoc-Arbeitsgruppe (sog. Ad Hoc Working Group on the Durban Platform for Enhanced Action) etabliert, die ein neues, weitergehendes Klimaschutzabkommen verhandeln soll. Dieses soll so schnell wie möglich, spätestens jedoch 2015, verabschiedet werden, damit es jedenfalls ab dem Jahr 2020 umgesetzt werden kann.³⁰¹

VI. Rechtliche Bewertung des CBDR-Prinzips

Mit zunehmender Verbreitung und wachsender Bedeutung des CBDR-Grundsatzes stellt sich die Frage nach dem legalen Status des Prinzips im internationalen Normengefüge mit größerer Vehemenz. Ob es als ein nichtbindender Grundsatz oder als ein „robust, acknowledged principle of international environmental law“³⁰² zu bewerten ist, ist zwischen Völkerrechtlern umstritten.³⁰³ Bei dieser Fragestellung geht es nicht um ein rein theoretisches Gedanken-spiel.³⁰⁴ Vielmehr tangiert sie eine Problematik mit praktischer Relevanz. So ist die rechtliche Bewertung im Rahmen dieser Untersuchung ausschlaggebend für eine mögliche Einflussnahme des Prinzips auf das Welthandelsrecht und damit schlussendlich für die Ergebnisse dieser Arbeit. Zum Abschluss dieses Kapitels und um die Ausgangslage für die folgenden Kapitel zu schaffen, ist daher das CBDR-Prinzip rechtlich zu klassifizieren.

300 Heftig debattiert wurde insbesondere über die Frage, ob das CBDR-Prinzip auch eine Differenzierung zwischen den verschiedenen Entwicklungsländern zulasse. Zu dieser Problematik vgl. ausführlicher: Bortscheller, SDLP 10 (2009/2010) 2, 49ff.

301 Vgl. UNFCCC, COP, 17th Sess., Dec. 1/CP.17, UN Doc. FCCC/CP/2011/9/Add.1 (2012), para. 5.

302 Joyner, ASIL 96 (2002), 358f.

303 So auch Rajamani, Differential Treatment in International Environmental Law, S. 158 und Honkonen, The Common but Differentiated Responsibility Principle in Multilateral Environmental Agreements, S. 297.

304 Anders: Bodansky, IJGLS3 (1995/1996) 1, 105 (107, 119).

Als Völkerrecht ist das Recht zu verstehen, das den Umgang der Staaten untereinander verbindlich regelt.³⁰⁵ Art. 38 Abs. I des Statut des Internationalen Gerichtshofs³⁰⁶ nennt vier Quellen solchen Rechts: Völkerrechtliche Verträge (Art. 38 Abs. I lit. a), Völkergewohnheitsrecht (Art. 38 Abs. I lit. b) IGH-Statut), allgemein anerkannte Rechtsgrundsätze (Art. 38 Abs. I lit. c) IGH-Statut) sowie richterliche Entscheidungen und Lehrmeinungen der fähigsten Völkerrechtslehrer als Rechtserkenntnisquellen (Art. 38 Abs. I lit. d) IGH-Statut).³⁰⁷ Im Rahmen der rechtlichen Bewertung des CBD-Prinzips ist der Blick zunächst auf diese Quellen zu richten.³⁰⁸ Darüber hinausgehend wird auf sogenanntes *Soft Law* einzugehen sein. Die möglichen Bedeutungen dieses Begriffes sind vielfältig.³⁰⁹ Um in Bezug auf die verwendete Terminologie keine Verwirrung zu stiften, sollen den folgenden Ausführungen daher einige Überlegungen zu den verschiedenen Definitionsansätzen und Bedeutungsebenen des Begriffes vorangestellt werden.

Die verschiedenen Ansätze zur Beschreibung von *Soft Law* haben gemein, dass sie den Begriff durch die Kontrastierung mit bzw. durch die Abgrenzung von dem Gegensatz kennzeichnen. Auch die zwei Ansätze, die für diese Arbeit relevant werden, lassen sich auf diese Art beschreiben:³¹⁰ *Soft Law* ist einerseits als unverbindliches Recht im Gegensatz zum bindenden Recht, dem *Hard Law*, zu verstehen.³¹¹ Es handelt sich beispielsweise um außerrechtliche Akte internationaler Organisationen, wie Empfehlungen oder Deklarationen der Vereinten Nationen. Sie sind einer politisch-moralischen Werteordnung zuzuordnen und geben unverbindliche Sollenssätze vor.³¹² Auf einer ersten Ebene dient der Begriff in Gestalt des *non-legal Soft Law* daher der Abgrenzung von Nicht-Recht und

305 Jennings/Watts (Hg.), Oppenheim's International Law, Vol. 1, S. 4.

306 Statut des Internationalen Gerichtshofs (Statute of the Court of Justice) v. 26.4.1945; UN Conference on International Organization Doc., Vol. XV (1945), S. 335; BGBl. 1973 II, 505; in Kraft seit dem 24.10.1945. Im Folgenden: IGH-Statut.

307 Vitzthum in: Vitzthum (Hg.), Völkerrecht, Rn. 113;142;147.

308 Dabei sind verschiedene Faktoren in Erwägung zu ziehen: „the source of the principle, its textual content and language, the particular activity at issue; the environmental and other consequences of the activity; and the circumstances in which it occurs“. Sands, Principles of International Environmental Law, S. 231.

309 Ebenso: Elias/Lim, NYIL 28 (1997), 3 (5f); Boyle, ICLQ 48 (1999) 4, 901 (901).

310 Diese Unterscheidung orientiert sich an Boyle, ICLQ 48 (1999) 4, 901ff.

311 Strenggenommen ist in diesem Fall die Bezeichnung als Soft Laws nicht nur unglücklich, sondern paradox, denn Recht ist Recht, wenn es von einem zur Rechtssetzung befugten Organ als rechtlich geltend gesetzt wird. Es unterscheidet sich von anderen sozialen Regeln also gerade durch seine Verbindlichkeit. Recht ist somit zwangsläufig hard, es als weich und unverbindlich zu beschreiben ist in sich widersprüchlich.

312 Heusel, „Weiches“ Völkerrecht, S. 275.

verbindlichem Recht. Auf einer zweiten Ebene dient der Begriff des *Soft Law*, als sogenanntes *legal Soft Law*³¹³, der Klassifizierung verschiedenartiger *verbindlicher* Normen anhand ihres Normgehalts bzw. ihrer Normativität. Diese divergiert regelmäßig signifikant. So kann es sein, dass in ein und demselben Vertrag Normen, die klare rechtliche Verpflichtungen anordnen, neben solchen stehen, die derart vage und allgemein formuliert sind, dass sich daraus keine konkreten Folgen ableiten lassen.³¹⁴ Es ist zwischen Rechtsregeln (*rules*) und Prinzipien (*principles*) zu unterscheiden.³¹⁵ Während Rechtsregeln Rechte oder Pflichten präzise formulieren und als „hart“ gelten, ist die zweite Gruppe der Prinzipien offen und allgemein gefasst und daher „weich“ (*soft*) in ihrer Anwendung.³¹⁶ Nicht die Form des Rechtsaktes (völkerrechtlicher Vertrag oder sonstiger Akt), sondern der Inhalt, die Wertigkeit und die Formulierung der Norm sind auf dieser zweiten Ebene für eine Zuordnung maßgeblich.

1. Völkerrechtlicher Vertrag

Als erste völkerrechtliche Rechtsquelle nennt Art. 38 Abs. 1 lit. a) IGH-Statut „internationale Übereinkünfte“ zwischen den Staaten. Gemeint sind völkerrechtliche Verträge, d. h. durch wechselseitig übereinstimmende Willenserklärungen von Staaten oder sonstigen Völkerrechts-subjekten zustande gekommene mehrseitige Rechtsgeschäfte.³¹⁷ Diese stellen sowohl im Umweltvölkerrecht als auch im sonstigen Völkerrecht die am weitesten verbreitete und wichtigste Rechtsquelle dar.³¹⁸ Bezüglich der Grundsätze zur Entstehung, Beendigung etc. weisen umweltvölkerrechtliche Verträge keine Besonderheiten im Vergleich zu anderen völkerrechtlichen Verträgen auf. Häufiger als in anderen Bereichen wird im Umweltvölkerrecht jedoch auf die Regelungsstrategie des sogenannten „*framework convention and protocol approach*“ zurückgegriffen,³¹⁹ der auch im Klimarecht gewählt wurde.

313 Chinkin, ICLQ 38 (1989) 4, 850 (851).

314 Baxter, ICLQ 29 (1980) 4, 549 (550).

315 Ronald Dworkin unterscheidet drei Normarten, nämlich Prinzipien (*principles*), Regeln (*rules*) und Zielsetzungen (*policies*). Vgl. ders., Bürgerrechte ernstgenommen, S. 54f. Letztere Gruppe hat jedoch für die vorliegende Untersuchung keine Bedeutung. Auf sie soll an dieser Stelle daher nicht eingegangen werden.

316 Boyle, ICLQ 48 (1999) 4, 901 (901f).

317 Stein/von Buttlar, Völkerrecht, Rn. 27.

318 Beyerlin, Umweltvölkerrecht, Rn. 77.

319 Kennzeichnend für dieses Vorgehen ist, dass ein bestimmter Problemkreis, wie z.B. die weltweiten Klimaänderungen, vertraglich umfassend durch mehrere hintereinandergeschaltete Abkommen und nicht *uno actu* geregelt wird. Auf den Abschluss einer meist abstrakt gehalten Rahmenkonvention (*framework convention*), die zwar ein konkretes Vertragsziel festlegt, die Handlungspflichten der Parteien jedoch nur vage umreißt, folgt

Schon aus diesem Grund ist der normative Gehalt der Klimarahmenkonvention vergleichsweise gering.³²⁰ Ungeachtet dessen handelt es sich bei dem Rahmenabkommen um einen verbindlichen völkerrechtlichen Vertrag. Die Parteien haben ihren Bindungswillen ausdrücklich in dem Vertragstext zum Ausdruck gebracht. Die allgemein verbindliche Rechtsnatur teilt auch das die Klimarahmenkonvention konkretisierende Kyoto-Protokoll. Beide Abkommen stellen somit kein *non-legal Soft Law* dar, sondern für die Vertragsparteien rechtlich verbindliches Recht (Hard Law), das im Anwendungsbereich der Verträge zu beachten ist. Dies gilt auch für die operativen Normen, wie das CBDR-Prinzip.

Inwieweit diese abstrakte Verpflichtung der Vertragsparteien in der Praxis auf der zweiten Ebene eine konkret durchsetzbare Handlungsanweisung darstellt, variiert von Norm zu Norm. Denn nur eine hinreichend bestimmte Anweisung, die als Maßstab für das Verhalten der Vertragsparteien dienen kann, ist praktisch durchsetzbar.³²¹ Daher sollen nun die Normen, die das CBDR-Prinzip regeln, auf ihren normativen Gehalt hin untersucht werden. Wenn dieser nicht ausreichend ist, ist das Prinzip im Klimarecht als *legal Soft Law* zu klassifizieren. Nach der Typologie von *Dworkin* geht es hierbei um die Unterscheidung von Rechtsregeln und Prinzipien.³²² Beide Normtypen beeinflussen die Entscheidungsfindung, divergieren jedoch darin, wie sie dies tun. So lassen sich Rechtsregeln dadurch charakterisieren, dass ihre Anwendung nach dem „Wenn-Dann“-Prinzip erfolgt. Im Falle der erfolgreichen Subsumption eines Sachverhalts unter die Tatbestandsvoraussetzungen einer Norm gibt die Regel die verbindliche Rechtsfolge vor. Sie verpflichtet oder berechtigt den Rechtsunterworfenen zu einem bestimmten Verhalten.³²³ Im Gegensatz dazu sind „Prinzipien“ „open-ended“³²⁴ und ordnen auch wenn die Norm einschlägig ist nicht automatisch eine bestimmte rechtliche Konsequenz an. Vielmehr nennt ein Prinzip nur einen Grund, der in eine bestimmte Richtung weist. Wie sich dies jedoch konk-

dann in einem zweiten Schritt, die Präzisierung dieser Verpflichtungen und Vorgaben durch spätere Dokumente, wie z. B. Protokolle (protocol). Vgl. UBA (Hg.), UBA-FB 97-006, S. 30ff. Ausführlicher zu den Gründen für die Wahl dieser Regelungsstrategie im Klimaregime: Bodansky, *YJIL* 18 (1993) 1, 451 (493).

320 Boyle, *ICLQ* 48 (1999) 4, 901 (907). Zum normativen Gehalt von Rahmenkonventionen im Allgemeinen: Epiney/Scheyli, *Umweltvölkerrecht*, S. 36.

321 Konert, Die unterschiedliche Behandlung im Welthandels- und Umweltvölkerrecht, S. 108.

322 In diesem Zusammenhang ist Prinzip in einem technischen Sinne zu verstehen. Anders ist dies bei der bisherigen Bezeichnung des CBDR-Grundsatz als CBDR-Prinzip. Dies soll das Ergebnis der Fragestellung nicht vorwegnehmen. Vielmehr ist diese Bezeichnung in einem untechnischen Sinne zu verstehen.

323 Epiney/Scheyli, *Umweltvölkerrecht*, S. 40.

324 Bodansky, *YJIL* 18 (1993) 1, 451 (501).

ret auswirkt, hängt vom Einzelfall ab.³²⁵ Prinzipien geben daher Herangehensweisen und keine Verhaltensweisen vor.³²⁶ Sie räumen dem Normadressaten zudem aufgrund ihrer allgemeinen Fassung regelmäßig einen Gestaltungsspielraum ein, der entweder durch den Rechtsanwender selbst oder durch weitere Rechtssetzung der Konkretisierung bedarf.³²⁷

In Art. 3 UNFCCC und in einer Vielzahl weiterer Normen der Klimarahmenkonvention findet das CBDR-Prinzip explizite Erwähnung. Diese Normen sind nicht nach dem klassischen „Wenn-dann“-Schema strukturiert, sondern ordnen vielmehr die bloße Berücksichtigung des Grundsatzes an. Das CBDR-Konzept ist zudem offen formuliert und kann bzw. muss durch den Rechtsanwender und Rechtssetzer weitergehend konkretisiert werden. Der Vorgabe, gegenüber den Industrieländern eine Führungsposition einzunehmen und die berechtigten Interessen der Entwicklungsländer zu wahren, können die Normadressaten auf verschiedene Art und Weise genügen. Insofern ist auf die oben gemachten Ausführungen zu den Instrumenten der CBDR zu verweisen.³²⁸ Das CBDR-Prinzip gibt somit das Ziel vor, stellt den Vertragsparteien jedoch zur Disposition wie sie die Zielvereinbarung einhalten wollen. Die Art der Formulierung, wie beispielsweise die Verwendung von „should“ anstatt von „shall“, räumt den Vertragsparteien einen weitreichenden Gestaltungsspielraum ein. All dies spricht für die Klassifizierung des CBDR-Grundsatzes als Prinzip.

Dem steht eine vergleichsweise große Konkretisierung des Prinzips, z. B. in den operationellen Vorschriften, gegenüber. Ein Verstoß gegen das Konzept wird dadurch zumindest hypothetisch denkbar.³²⁹ Dem Konzept ist in diesen Fällen ein nicht zu unterschätzender normativer Gehalt zu eigen. Dieser ragt bei genauer Betrachtung der übrigen Artikel der Klimarahmenkonvention, die allesamt recht vage formuliert sind, als geradezu griffig heraus. Zudem nimmt der Grundsatz eine richtungsweisende Rolle ein. Er leitet die Vertragsparteien nicht nur bei der Erfüllung ihrer derzeitigen Verpflichtungen, sondern dient zugleich als Handlungsanweisung für die Ausarbeitung und Formulierung neuer Normen. So wird es auch in dem Kyoto-Protokoll umgesetzt und konkretisiert. Ein Beispiel dafür sind die asymmetrischen Verpflichtungen zur Emissionsreduzierung

325 Dworkin, Bürgerrechte ernstgenommen, S. 60.

326 Dupuy in: Bodansky/Brunnée/Hey (Hg.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, 449 (461).

327 Epiney/Scheyli, Umweltvölkerrecht, S. 40; Dupuy in: Bodansky/Brunnée/Hey (Hg.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, 449 (461f).

328 Vergleiche dazu die Ausführungen in Kapitel 2. D. IV.

329 Einen klaren Verstoß würden z. B. identischen Verpflichtungen von Entwicklungs- und Industrieländern darstellen, wenn zudem den Entwicklungsländern keine Hilfestellungen bei der Erfüllung gewährt werden würden.

bzw. -begrenzung von Entwicklungs- und Industrieländern. Diese sind als klar formulierte Vorgaben einer Kontrolle zugänglich. Teilweise dient das Konzept der CBDR jedoch auch im Rahmen des Kyoto-Protokolls als bloße Richtschnur. Präzise Rechtsfolgen lassen sich dann nicht aus der Regelung ableiten.³³⁰ Auch im Rahmen des Kyoto-Protokolls fungiert der Grundsatz somit vorwiegend als Leitfaden, der den Vertragsparteien zur Orientierung bei der Umsetzung der Verpflichtungen dient. Mangels hinreichend konkreter Handlungsanweisungen fehlt es ihnen jedoch an der rechtlichen Durchsetzbarkeit.³³¹ Aus dem Gesagten ergibt sich, dass dem CBDR-Prinzip auch im Sinne der Typologie von *Dworkin* der Charakter eines Prinzips eigen ist. Es handelt sich mithin um *legal Soft Law*. Es ist jedoch an dieser Stelle erneut darauf hinzuweisen, dass dies nichts an dessen Rechtsverbindlichkeit ändert.³³²

Die Möglichkeiten der Einflussnahme von *legal Soft Law* sind vielfältig: Prinzipien können die Parameter festlegen, die für die Vertragsauslegung der Staaten oder Gerichte richtungsweisend sind. Internationale und staatliche Institutionen müssen ihre Entscheidungen an diesen Leitsätzen orientieren und sie mit diesen koordinieren. Zugleich können Prinzipien bestimmen, wie Widersprüche und Konflikte mit oder zwischen anderen Regelsätzen aufzuheben sind.³³³ Prinzipien stellen somit keine Verpflichtungen dar, sind aber verpflichtend bei der Rechtsanwendung zu berücksichtigen. Daher ist *Boyle* darin zuzustimmen, dass Prinzipien in ihrer rechtlichen Bedeutung nicht zu unterschätzen sind.³³⁴

In Bezug auf das CBDR-Prinzip lässt sich somit zusammenfassend festhalten: Das CBDR-Prinzip ist ein verbindlicher Bestandteil der Klimarahmenkonvention und des Kyoto-Protokolls. Als Teil dieser völkerrechtlich verbindlichen Verträge stellt es *Hard Law* in dem Sinne dar, dass es von den Parteien im Anwendungsbereich des Vertrages zwingend berücksichtigt werden muss. Aufgrund des geringen Normgehalts und der vagen Fassung des Konzepts ist dies jedoch nur beschränkt möglich. Als *legal Soft Law* gibt der Grundsatz der CBDR keine konkrete Handlungsanweisungen vor, vielmehr ist er als Prinzip bei der Umsetzung durch Vertragsparteien zu beachten.

330 So ist z.B. nach Art. 10 des Kyoto-Protokolls der CBDR-Grundsatz bei der Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen mit in Erwägung zu ziehen.

331 Konert, Die unterschiedliche Behandlung im Welthandels- und Umweltvölkerrecht, S. 108.

332 Epiney/Scheyli, Umweltvölkerrecht, S. 40.

333 Philippe Sands führt diesbezüglich aus, dass der „legal effect [...] will depend upon a combination of factors, including its source, its textual context the specificity of its drafting, and the circumstances in which it is being relied on.“ Vgl. ders. in: Lang (Hg.), Sustainable Development and International Law, 53 (56).

334 Boyle, ICLQ 48 (1999) 4, 901 (907).

2. Völkerrechtliches Gewohnheitsrecht

Das Völkergewohnheitsrecht als Ausdruck einer allgemeinen, als Recht anerkannten Übung wird von Art. 38 Abs. I lit. b) IGH-Statut als formelle Völkerrechtsquelle genannt. Die Signifikanz des Gewohnheitsrechts liegt darin, dass es im Gegensatz zum Völkervertragsrecht in seinen Wirkungen nicht auf bestimmte Staaten beschränkt ist.³³⁵ Gerade deshalb bildet das Gewohnheitsrecht eine wichtige Säule des Umweltvölkerrechts.³³⁶ Im Hinblick auf das CBDR-Prinzip hätte die Klassifizierung als völkerrechtlich anerkanntes Gewohnheitsrecht daher zur Folge, dass der Grundsatz als Regel des allgemeinen Umweltrechts für die gesamte Staatengemeinschaft gelten würde.

Für die Entstehung von Gewohnheitsrecht gibt es verschiedene Gründe. Regelmäßig ist die Entstehung jedoch entweder darin begründet, dass kein Bedarf gesehen wurde, eine langlebige Gewohnheit in Vertragsform zu bringen, oder dass es der Staatengemeinschaft misslungen ist, ein verbindliches Abkommen für den Regelungsbereich zu schließen. Nach *Henkin* ist Gewohnheitsrecht ein „effort to bind all those who may not be prepared to agree but might be persuaded to acquiesce“³³⁷. Es stellt aus diesem Grund gerade im Umweltvölkerrecht eine bedeutsame Rechtsquelle dar.

a) Die Entstehung von Gewohnheitsrecht

Nach der dualistischen Theorie sind für die Entstehung von gewohnheitsrechtlichen Regelungen zwei Elemente erforderlich.³³⁸ Neben der allgemeinen Übung (Staatenpraxis/*usus*) einer Verhaltensregel, ist ihre Anerkennung als Recht (Rechtsüberzeugung/*opinio juris sive necessitatis*) durch die Staaten ein konstitutives Element (Art. 38 Abs. I lit. b IGH-Statut).³³⁹

Die Staatenpraxis bildet die objektive Voraussetzung für die Entstehung von Gewohnheitsrecht. Sie kann durch alle denkbaren Akte auf der Ebene des zwischenstaatlichen Verkehrs von den dafür zuständigen Organen eines Völkerrechtssubjektes begründet werden. Umfasst sind neben rechtlich verbindlichen Verhaltensweisen auch Handlungen rein politischer Natur.³⁴⁰ Zudem ist erfor-

335 Sands, *Principles of International Environmental Law*, S. 144.

336 UBA (Hg.), UBA-FB 97-006.

337 Henkin, *International Law*, S. 38.

338 Vitzthum in: Vitzthum (Hg.), *Völkerrecht*, Rn. 131.

339 Dies ist die herrschende Völkerrechtslehre, vgl. nur Stein/von Buttlar, *Völkerrecht*, Rn. 124.

340 Hobe/Kimminich, *Einführung in das Völkerrecht*, S.191.

derlich, dass die Übung wiederholt und gefestigt ist.³⁴¹ Die Staatenpraxis darf zudem nicht einseitig sein. Vielmehr muss eine repräsentative Mehrheit der Staatengemeinschaft (Formel der Quasi-Universalität) beteiligt sein.³⁴² Bereits das Fehlen „wichtiger“ oder besonders betroffener Staaten“ kann der Übung die Eigenschaft nehmen allgemein zu sein.³⁴³ Ausfluss der Grundsätze der Staatshoheit und der Souveränität der Staaten ist, dass sich gegenüber einem *persistent objector*, d. h. einem Völkerrechtssubjekt, das rechtzeitig und beharrlich gegen die Bindung an neu entstehendes Gewohnheitsrecht protestiert, kein neues Gewohnheitsrecht herausbilden kann.³⁴⁴ Fraglich ist jedoch, ob dies in Zeiten globaler Umweltprobleme und der Herausbildung einer „world society“ noch angemessen ist.³⁴⁵

Auf subjektiver Seite muss die Gewohnheit von einer Rechtsüberzeugung getragen werden. Die agierenden Staaten müssen davon überzeugt sein, zu ihrem entsprechenden Verhalten von Völkerrechts wegen verpflichtet zu sein. In den Worten des Internationalen Gerichtshofes: „[...] the acts concerned [...] must also be such, or be carried out in such a way as to be evidence of a belief that this practice is rendered obligatory by the existence of a rule of law requiring it.“³⁴⁶ Dieser Glauben an die Verbindlichkeit der Verpflichtung unterscheidet Völkergewohnheitsrecht von Völkercourtoisie, dem Handlungen aus Gründen der Höflichkeit, Sitte oder Anstand. Anhaltspunkte für das Bestehen einer solchen Rechtsüberzeugung bieten Stellungnahmen zu Akten internationaler Organisationen, Äußerungen von Regierungsvertretern oder entsprechende Vertragsabschlüsse.³⁴⁷

341 Vitzthum in: Vitzthum (Hg.), Völkerrecht, Rn. 131.

342 Biermann, AVR 34 (1996) 4, 426 (447).

343 Vitzthum in: Vitzthum (Hg.), Völkerrecht, Rn. 133.

344 Asylum Case (Columbia v. Peru), Judgement, I.C.J. Reports 1950, 266 (277f); Fisheries Case (UK v. Norway), Judgement, I.C.J. Reports 1951, 116 (131).

345 Biermann, AVR 34 (1996) 4, 426 (449). Dupuy, macht zudem darauf aufmerksam, dass in der Praxis die Anwendung der Theorie des „persistent objectors“ häufig nicht ausreichend sein kann. Gerade wenn die restliche Staatengemeinschaft die Anwendung der Regel befürworte, bliebe das Verhalten des ablehnenden Staates nur in den seltensten Fällen kohärent und ausdrucksstark genug. Vgl. ders. in: Bodansky/Brunnée/Hey (Hg.), The Oxford Handbook of International Environmental Law, 449 (455).

346 North Sea Continental Shelf, Judgement, I.C.J. Report 1969, 3 (44, Rn. 77).

347 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment, I.C.J. Report 1986, 14 (99ff); Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala), Judgment I.C.J. Report 1955, 14 (22).

b) Besonderheiten bei der Entstehung von Gewohnheitsrecht aus Völkervertragsrecht

Völkerrechtlichen Verträge und ungeschriebenes Gewohnheitsrecht sind eng und vielfältig miteinander verwoben. Sie stehen in ständigen Wechselbeziehungen und können sich in ihrem Bestand gegenseitig beeinflussen.³⁴⁸ Eine gewohnheitsrechtliche Norm kann einerseits vertraglich kodifiziert werden, andererseits ist die Umkehrung dieses traditionellen Weges möglich: Aus Vertragsrecht kann Gewohnheitsrecht werden.³⁴⁹ Ein Sachverhalt der ursprünglich *inter partes* Rechtswirkungen erzeugen sollte, entfaltet dann Wirkungen *erga omnes* und wirkt auch für und gegen solche Staaten, die dem ursprünglichen Vertrag nicht angehören. Da das CBDR-Prinzip in einer Vielzahl völkerrechtlicher Verträge kodifiziert worden ist, sollen nun die Besonderheiten einer solchen Rechtsentwicklung aufgezeigt werden.

Die Erkenntnis, dass Völkergewohnheitsrecht überhaupt aus völkervertraglichen Normen und der damit einhergehenden Staatenpraxis erwachsen kann, ergibt sich schon aus Art. 38 WVK. Dort heißt es: „Die Artikel 34 bis 37 schließen nicht aus, dass eine vertragliche Bestimmung als ein Satz des Völkergewohnheitsrechts, der als solcher anerkannt ist, für einen Drittstaat verbindlich wird.“ Auch der Internationale Gerichtshof hat dies in dem Fall *North Sea Continental Shelf* deutlich zum Ausdruck gebracht. Er beurteilte die Möglichkeit, dass eine vertragliche Norm in den generellen Korpus des internationalen Rechts aufgehen kann, wie folgt: „There is no doubt that this process is a perfectly possible one and does from time to time occur: it constitutes indeed one of the recognized methods by which new rules of customary international law may be formed.“³⁵⁰ Bestätigt wurde diese Annahme in der Folgezeit beispielsweise in dem Fall *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*.³⁵¹

Fraglich ist jedoch, welchen Einfluss die Existenz einer vertraglichen Regelung auf die Entwicklung parallel wirkenden Völkergewohnheitsrechts hat. Diesbezüglich ist zwischen den zwei allgemeinen Erfordernissen Staatenpraxis und Rechtsüberzeugung zu differenzieren.

Im Hinblick auf das Kriterium der Staatenpraxis führte der Internationale Gerichtshof in *North Sea Continental Shelf* aus, welche Voraussetzungen für die

348 Bernardt, ZäoRV 36 (1976), 50 (52).

349 Sands, *Principles of International Environmental Law*, S. 145.

350 *North Sea Continental Shelf*, Judgement, I.C.J. Report 1969, 3 (42).

351 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (*Nicaragua v. United States of America*), Judgement, I.C.J. Report 1986, 14 (93f).

Wandlung einer vertraglichen Norm in universell geltendes Völkerrecht nötig seien. Diese modifizieren und erleichtern teilweise die Anforderungen, die im Allgemeinen an die Staatenpraxis zu stellen sind: „It would in the first place be necessary that the provision concerned should [...] be of fundamentally norm-creating character such as could be regarded as forming the basis of a general rule“. Die Norm, deren Inhalt als allgemeine Übung begriffen werden soll, muss also einen „*norm-creating character*“ aufweisen. Dies setzt voraus, dass der Regelungsgrundsatz allgemein gefasst und generalisierungsfähig ist.³⁵² Materiell muss die Norm zudem eine ausreichende normative Dichte beinhalten, d. h. es muss sich „aus dem entsprechenden (Rechts-) Satz tatsächlich eine Verpflichtung der Staaten zu einem bestimmten oder bestimmbaren Verhalten“ ergeben.³⁵³ Der Internationale Gerichtshof statuierte als zweite Voraussetzung zudem eine „very widespread and representative participation in the convention [...]“.³⁵⁴ Durch die Anzahl der Vertragsparteien müsse zum Ausdruck gebracht werden, dass eine breite und repräsentative Mehrheit die Vorschrift als rechtsverbindlich akzeptiert.³⁵⁵ Taucht eine Regelung in einer Mehrzahl völkerrechtlicher Verträge auf, so ist dies ein wichtiges Indiz für das Vorliegen der Staatenpraxis.³⁵⁶ Schließlich sei erforderlich, dass gerade die Völkerrechtssubjekte, deren Interessen durch die Rechtserzeugung besonders tangiert werden, den Rechtserzeugungsprozess mitgetragen haben. Unter diesen Bedingungen könne aus einer vertraglichen Regelung sogar „without the passage of any considerable period of time“ Gewohnheitsrecht entstehen. Das nur kurze Zeit vergangen ist sei daher nicht zwangsläufig ein „bar to the formation of a new rule of customary international law“. ³⁵⁷ Das temporäre Element der *langandauernden* gleichförmigen Praxis verliert insofern bei der Evolution von Gewohnheitsrecht aus kodifiziertem Recht an Bedeutung. An die Stelle eines „bedächtigen Heranreifen[s; Anm. d. Verf.] einer Völkerrechtsnorm“³⁵⁸ tritt eine beschleunigte Entstehung, bei der die Anforderungen an die Dauer der Übung stark herabgesetzt

352 Doebling beurteilt dieses Kriterium kritisch und führt aus: „Ebensowenig [...] ist die [...] Feststellung mancher Autoren aufschlußreich, wonach nur Vertragsklauseln in Betracht kommen, die der Generalisierung fähig sind. Es ist nämlich umkehrt die Frage zu stellen, welche Klausel – theoretisch – eigentlich nicht der Generalisierung fähig wäre. Nahezu jedes versprochene Verhalten könnte gegebenenfalls auch als allgemein versprochen und außervertraglich beanspruchbar konstruiert werden. Vgl. ders., ZaöRV 36 (1976), 77 (85f).“

353 Epiney/Scheyli, Umweltvölkerrecht, S. 39f.

354 North Sea Continental Shelf, Judgement, I.C.J. Report 1969, 3 (43).

355 North Sea Continental Shelf, Judgement, I.C.J. Report 1969, 3 (43).

356 Herdegen, Völkerrecht, § 16 Rn.11.

357 North Sea Continental Shelf, Judgement, I.C.J. Report 1969, 3 (42).

358 Hobe/Kimminich, Einführung in das Völkerrecht, S. 192.

werden.³⁵⁹ Das Zeitelement wird so relativiert und in Wechselbeziehung zu dem Element der Rechtsüberzeugung gestellt. Dies macht diesen dynamischen Entstehungsprozess gerade für das Umweltvölkerrecht, das bei seiner Entwicklung den schnelllebigen Wandel globaler Umweltprobleme, des wissenschaftlichen Erkenntnisstandes und die möglichen technischen Lösungsansätze mitberücksichtigen muss, interessant.³⁶⁰

Zusammenfassend lässt sich im Hinblick auf die Entstehung von Völkergewohnheitsrecht aus einer vertraglichen Norm in Bezug auf die allgemeine Übung sagen, dass diese als hinreichend erachtet werden darf, wenn die vertragliche Norm einen „*norm-creating character*“ aufweist und sie von einer breiten und repräsentativen Mehrheit im Rahmen eines völkerrechtlich wirksamen Vertragsschlusses getragen wird.

Diese Erkenntnis ist in Anbetracht der engen Wechselbeziehungen zwischen dem Element der Übung und dem Element der Rechtsüberzeugung³⁶¹ auch für die Beurteilung des zweiten Kriteriums ergiebig. Der Abschluss einer beachtlichen Zahl von völkerrechtlichen Verträgen kann zwar einerseits die Überzeugung der Vertragsparteien zum Ausdruck bringen, dass kein inhaltsgleiches Gewohnheitsrecht besteht.³⁶² Andererseits kann dies jedoch auch als Indiz dafür dienen, „dass bestimmte, in diesen Verträgen niedergelegte Grundsätze zukünftig auch außervertraglich für die Staatengemeinschaft gelten“ sollen.³⁶³ Der Internationale Gerichtshof führte in diesem Zusammenhang aus, dass völkerrechtlich unverbindliche Resolutionen der UN-Generalversammlungen große Bedeutung für die Beurteilung der *opinio juris* zukommen kann: „This *opinio juris* may, though with all due caution, be deduced from, *inter alia*, the attitude of the

359 Die vorliegend beschriebenen Modifikationen für den Fall, dass völkerrechtliches Gewohnheitsrecht aus einer vertraglich kodifizierten Norm entsteht, ist von der Theorie der spontanen Rechtserzeugung streng zu unterscheiden. Nach dem Ansatz der spontanen Rechtsüberzeugung fließt das Völkergewohnheitsrecht allein aus der Rechtsüberzeugung der Staaten. Die allgemeine Übung ist nach dieser Theorie nur eine Bestätigung dieser Überzeugung. Sie sei somit rein deklaratorischer Natur. Diese Auffassung ist jedoch aufgrund des eindeutigen Wortlautes des Art. 38 Abs. I lit. b) IGH-Statut abzulehnen. Vgl. dazu auch Herdegen, Völkerrecht, § 16 Rn. 4.

360 Beyerlin, Umweltvölkerrecht, Rn. 113. Biermann geht daher davon aus, dass die traditionelle Vorgehensweise „appears to be increasingly inappropriate to resolve the exigencies of modern world society. Due to the very nature of the most global environmental problems, humankind may not be able to wait until the majority of states has consistently practised certain pollution prevention measures before all states are obliged by customary law to follow“. Ders., AVR 34 (1996) 4, 426 (448).

361 Herdegen, Völkerrecht, §16 Rn. 4.

362 Doehring, ZaöRV 36 (1976), 77.

363 Boyle, ICLQ 48 (1999) 4, 901 (903f).

Parties and the attitude of States towards General Assembly resolutions [...]. The effect of consent to the text of such resolutions [...] may be understood as an acceptance of the validity of the rule or set of rules declared by the resolutions by themselves.”³⁶⁴ Gleiche Bedeutung muss erst recht dem Abschluss völkerrechtlicher Verträge, die einen internationalen Konsens der Staatengemeinschaft noch deutlicher zum Vorschein bringen, zukommen.³⁶⁵ Sowohl *non legal Soft Law*³⁶⁶ als auch *Hard Law* stellen somit regelmäßig ein Indiz für das Vorliegen einer entsprechenden Rechtsüberzeugung dar.³⁶⁷ Bei der Beurteilung der Frage, ob das subjektive Element der Rechtsüberzeugung vorliegt, ist daher der wiederholte Vertragsschluss oder eine überwältigende Mehrheit bei einer Abstimmung zwar nicht überzubewerten, aber zu berücksichtigen. Völkerrechtliche Verträge wirken daher vielfach als eine Art „Katalysator“ bei der Fortentwicklung des Gewohnheitsrechts.³⁶⁸

c) Das CBDR-Prinzip als Gewohnheitsrecht

Der legale Status des CBDR-Prinzips im Völkerrecht ist ungeklärt. Die bisher nur abstrakt beschriebenen Grundsätze des gewohnheitsrechtlichen Rechtserzeugungsprozesses sind daher nun auf dieses Prinzip anzuwenden. Besondere Beachtung verdient bei dieser Betrachtung auch der Umstand, dass das CBDR-Prinzip seit den 1990er Jahren ein integraler Bestandteil völkerrechtlicher Verträge und verschiedener Absichtserklärungen geworden ist.³⁶⁹

Zunächst soll auf das Kriterium der allgemeinen Übung eingegangen werden. Wie bereits mehrfach erwähnt, hat das CBDR-Prinzip in den letzten Jahrzehnten zunehmend an Bedeutung gewonnen. Die Tatsache, dass die Frage nach der Verteilung der Rechte und Pflichten von Entwicklungs- und Industrieländern in zahlreichen Verträgen und unverbindlichen Abkommen gleichförmig – nämlich nach dem CBDR-Grundsatz – geregelt worden ist, stellt ein erstes Indiz dafür

364 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgement, I.C.J. Report 1986, 14 (99f).

365 Boyle, ICLQ 48 (1999) 4, 901 (904).

366 Diesbezüglich nimmt Dupuy noch eine weitere Unterscheidung vor: „In sum, resolutions adopted by states indicate how international law can evolve, whereas those adopted by experts indicate how international law should evolve. [Hervorh. d. Verf.]. Vgl. ders. in: Bodansky/Brunnée/Hey (Hg.), The Oxford Handbook of International Environmental Law, 449 (459).

367 Beck, Die Differenzierung von Rechtspflichten in den Beziehungen zwischen Industrie- und Entwicklungsländern, S. 118.

368 Herdegen, Völkerrecht, § 16 Rn. 11f.

369 Vgl. dazu Kapitel 2, C. V.

dar, dass die allgemeine Staatenpraxis gegeben sein könnte.³⁷⁰ Problematisch gestaltet sich in diesem Zusammenhang jedoch das Erfordernis der Allgemeinheit der Übung. Wie der Internationale Gerichtshof in *North Sea Continental Shelf* ausführte, ist bei der Metamorphose von kodifiziertem Recht in universelles Gewohnheitsrecht eine „*very wide and representative participation*“ der Staatengemeinschaft erforderlich. Die Abkommen, in denen das CBDR-Prinzip enthalten ist, weisen grundsätzlich eine große Verbreitung auf. Dies gilt insbesondere für die Klimarahmenkonvention, die durch 195 Vertragsparteien, d. h. allen von der UN anerkannten Staaten und der Europäische Union, ratifiziert worden ist.³⁷¹ Auch dem Kyoto-Protokoll kommt mit 193 Parteien nahezu universelle Geltung zu.³⁷² Allein die USA weigerten sich als einziger Staat dauerhaft, das Protokoll zu ratifizieren. Kanada ist erst mittlerweile förmlich ausgetreten.³⁷³ Dies scheint für das Vorliegen einer allgemeinen Praxis zu sprechen. Nach der Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofes müssen sich jedoch gerade auch die Staaten an der Praxis beteiligen, deren Interessen besonders berührt sind.³⁷⁴ Im Zusammenhang mit dem Klimaschutzabkommen sind darunter zum einen die Staaten mit hohem Gefährdungspotential (*vulnerability*)³⁷⁵ für die Folgen des Klimawandels und zum anderen die Hauptemittenten zu verstehen. Die besonders verletzlichen Staaten haben beide Abkommen ratifiziert und auf vielfältige Weise die Überzeugung zur Anschauung gebracht, dass sie das CBDR-Prinzip als rechtlich verbindlich einstufen und seine Berücksichtigung als wünschenswert erachten. Mit den USA hat jedoch einer der Hauptemittenten das Kyoto-Protokoll nicht ratifiziert. Dies könnte ein Hindernis für die Bejahung der allgemeinen Übung darstellen.³⁷⁶ Dagegen spricht jedoch, dass die USA Vertragspartei der Klimarahmenkonvention und anderer internationaler Umweltabkommen in denen das CBDR-Prinzip explizite Erwähnung findet, ist.

370 Abweichend beurteilt dies Stone: „It appears that as the number and reach of multilateral treaties has increased, so, too, has the incidence of obligation-differentiating agreements. But that falls short of proof that a new normative „principle“ is in play.“ Ders., *AJIL* 98 (2004) 2, 276 (300).

371 Vgl. zum aktuellen Ratifikationsstatus: http://unfccc.int/essential_background/convention/status_of_ratification/items/2631.php. Zuletzt besucht am 23. April 2012.

372 Vgl. zu dem Ratifikationsstatus: http://unfccc.int/kyoto_protocol/status_of_ratification/items/2613.php. Zuletzt besucht am 23. April 2012.

373 Kurz vor Ablauf der ersten Verpflichtungsperiode erklärte Kanada mit Wirkung zum 15. Dezember 2012 seinen Austritt. Vgl. http://unfccc.int/kyoto_protocol/background/items/6603.php. Zuletzt besucht am 23. April 2012.

374 *North Sea Continental Shelf, Judgement*, I.C.J. Report 1969, 3 (42).

375 Vgl. zu diesem Begriff die gemachten Ausführungen unter Kapitel 2. C. III. 1.

376 Honkonen, *The Common but Differential Responsibility Principle in Multilateral Environmental Agreements*, S. 298.

Auch der Umstand, dass die USA in den Verhandlungen zur Klimarahmenkonvention Vorbehalte gegen die Nennung des CBDR-Prinzips im operativen Teil des Abkommens geltend gemacht haben, kann dieses Argument nicht entkräften. Denn diese Äußerungen bezogen sich nur auf die Wirkungen und Form des CBDR-Prinzips. Wie *Harris* zutreffend bemerkt, akzeptierte und förderte die US-Regierung die Geltung des CBDR-Prinzips in dem Verhandlungsprozess³⁷⁷ und legte nur dessen Bedeutung teilweise anders aus.³⁷⁸ Eine allgemeine Staatenpraxis ist daher jedenfalls in Bezug auf die Grundidee des CBDR-Prinzips, nach der eine gemeinsame, aber differenzierte Verantwortung der Entwicklungs- und Industrieländer besteht, gegeben. Fraglich und unter den verschiedenen Vertragsparteien umstritten war jedoch, welche praktischen Konsequenzen sich aus dem Prinzip ergeben sollten. Dies betrifft aber die Fragen nach dem Bestehen einer einheitlichen Rechtsüberzeugung, sowie dem Vorliegen eines normativen Konzepts. Dies ist an anderer Stelle ausführlicher zu erörtern. Zudem ist anzumerken, dass sich neues Völkergewohnheitsrecht in Ausnahmefällen auch gegen die Praxis und Rechtsauffassung einzelner wichtiger Staaten bildet. Dafür ist erforderlich, dass der Staat mit seiner Auffassung „increasingly isolated within the entire global community“ ist.³⁷⁹ Selbst wenn die USA also eine ablehnende Haltung gegen das CBDR-Prinzip eingenommen hätten, würde dies in Anbetracht dessen nunmehr universeller Anerkennung die Entstehung einer entsprechenden völkergewohnheitsrechtlichen Norm nicht hindern.

Es stellt sich somit die Frage nach dem „*norm-creating characters*“ des CBDR-Prinzips. Wie bereits ausgeführt, muss ein kodifizierter Regelungssatz verallgemeinerungsfähig sein und eine gewisse normative Dichte besitzen, damit aus ihm in kurzer Zeit Gewohnheitsrecht entstehen kann. Der Grundsatz darf weder zu konkret (z. B. in Form von quantifizierbaren Vorgaben) noch zu abstrakt gefasst sein. Je allgemeiner und abstrakter der Grundsatz ausfällt, desto schwieriger wird es, ihn als Grundlage für eine rechtlich verbindliche Regelung zu nehmen.³⁸⁰ Einen ersten Anhaltspunkt bei der Bewertung bieten die Natur und Formulierung einer Norm.³⁸¹ Die Regelungen des CBDR-Prinzips sind vornehmlich vage formuliert und lassen einigen Interpretationsspielraum offen. Die häufige Verwendung von „should“ und vergleichsweise unverbindlichen Formulierun-

377 Harris, N.Y.U. Environmental Law Journal 7 (1999) 1, 27 (36, 46).

378 Harris, N.Y.U. Environmental Law Journal 7 (1999) 1, 27 (41ff).

379 Inter-American Commission on Human Rights, Michael Domingues v. US (Report Nr. 62/02), Case No. 12.285 (2002), para. 84.

380 Epiney/Scheyli, Umweltvölkerrecht, S. 40.

381 Honkonen, The Common but Differentiated Responsibility Principle in Multilateral Environmental Agreements, S. 299.

gen (sog. *hortatory Language*)³⁸² verleiht den Vorschriften einen bloß richtungsweisenden Charakter. Nur teilweise geben die Normen konkrete, verbindliche Handlungsanweisungen vor.³⁸³ Zugleich lassen sich aus dem Prinzip aber ein bestimmtes Ziel und gewisse Anforderungen herleiten: Vorgegeben wird die grundsätzlich bestehende gemeinsame Verantwortung aller Vertragsparteien Umweltschädigungen zu bekämpfen, wobei den Industrieländern aufgetragen wird, eine Führungsposition einzunehmen. Exakter Inhalt, Bedeutung und die Konsequenzen dieser Grundüberlegung sind jedoch noch immer weitgehend und nicht nur zwischen Entwicklungs- und Industrieländern umstritten.³⁸⁴ In *North Sea Continental Shelf* beurteilte der Internationale Gerichtshof aus ähnlichen Gründen den „*norm-creating character*“ des Prinzips der Mittellinienabgrenzung kritisch. Er führte aus: „[...] the very considerable, still unresolved controversies as to the exact meaning and scope of this notion, must raise further doubts as to the potentially norm-creating character of the rule.“³⁸⁵ Es stellt sich daher die Frage, ob Gleiches auch für den CBDR-Grundsatz gilt. Dagegen spricht, dass die namensgebende Essenz des CBDR-Prinzips unstrittig ist. Bricht man den CBDR-Grundsatz auf diese Grundidee herunter ist der verbleibende materielle Regelungsgehalt jedoch sehr gering. Dementsprechend wird teilweise vertreten, dass dem Grundsatz kein ausreichendes normatives Gewicht zukäme. Als Billigkeitsgrundsatz erfordere das CBDR-Prinzip stets eine Einzelfallabwägung, so dass ihm eine bloß vermittelnde und ausgleichende Funktion „in the galaxy of other rights and principles“ zukäme.³⁸⁶ Richtig ist, dass das CBDR-Prinzip keine exakten Parameter vorgibt, sondern es bei seiner Anwendung einer sorgsam Ausbalancierung aller maßgeblichen Faktoren bedarf. Zudem lassen sich die Verpflichtungen durch eine Bandbreite von Verhaltensweisen, wie z. B. konkrete unterschiedliche Vertragsverpflichtungen, Technologietransfers oder Kapitalhilfe, erfüllen.³⁸⁷ Lowe hat aus ähnlichen Gründen das Konzept

382 Beck, Die Differenzierung von Rechtspflichten in den Beziehungen zwischen Industrie- und Entwicklungsländern, S. 118.

383 Boyle, ICLQ 48 (1999) 4, 901 (908).

384 Cullet, Differential Treatment in International Environmental Law, S. 89 f. Beispielhaft verwiesen sei auf die verschiedenen Auffassungen in Bezug auf die Frage, ob den Entwicklungsländer aus dem CBDR-Prinzip ein Anspruch auf Erfüllungshilfe gegenüber den Industrieländern erwächst.

385 *North Sea Continental Shelf*, Judgement, I.C.J. Report 1969, 3 (43).

386 Rajamani, Differential Treatment in International Environmental Law, S. 159f. Zu diesem Ergebnis kommt auch Epiney, APuZ 2007, Heft 24, 31 (34). Anders hingegen: Glass, Die gemeinsame, aber unterschiedliche Verantwortlichkeit, S. 51.

387 In Anbetracht dessen unterteilen beispielsweise Kellersmann und Beck ihre Untersuchungen der gewohnheitsrechtlichen Geltung der differenzierten Verantwortlichkeit und überprüfen den Übergang der verschiedenen Instrumente in Gewohnheitsrecht gesondert Vgl. Kellersmann, Die gemeinsame, aber differenzierte Verantwortlichkeit, S. 281-329;

der nachhaltigen Entwicklung nur als ein „convenient umbrella term to label a group of congruent norms [...]“. Whatever the label might be, it is itself not a norm; it can be no more than a name for a set of norms. Indeed, it may not even be that.“³⁸⁸ Bedeutet dies übertragen auf das CBDR-Prinzip, dass auch dieses bloß einen Oberbegriff für verschiedene Maßnahmen darstellt und daher zwangsläufig keinen eigenständigen ausreichenden Normkern aufweisen kann? Dies ist nicht der Fall. Denn die Möglichkeit einer Norm durch verschiedene Verhaltensweisen zu genügen, steht der normativen Kraft eines Prinzips nicht zwangsläufig entgegen. Vielmehr ist dies bei Prinzipien, die gerade durch ihre Offenheit definiert sind, regelmäßig der Fall. Der Begriff des Prinzips³⁸⁹ ist nämlich im Gegensatz zu dem der Rechtsregel zu sehen. Diese unterscheiden sich nach *Dworkin's* Ansatz durch die Art der Beeinflussung des Entscheidungsprozesses des Normadressaten. Während Rechtsregeln konkrete Handlungsanweisungen geben, weisen Prinzipien den Rechtsanwender nur in eine bestimmte Richtung, geben also eher eine Herangehensweise vor.³⁹⁰ Prinzipien räumen dem Normadressaten regelmäßig einen weiträumigen Gestaltungsspielraum ein. Anders gesagt: Der Adressat eines Prinzips kann dessen Postulat durch eine Vielzahl verschiedener Handlungen nachkommen. Da Prinzipien nichtsdestotrotz rechtlich verbindlich sein können, steht der Umstand, dass auch der CBDR-Grundsatz die Eigenschaften eines Prinzips im Sinne der Terminologie von *Dworkin* aufweist dessen normativer Wirkungskraft nicht entgegen. Schließlich ist die Offenheit der Formulierung des CBDR-Grundsatzes darin begründet, dass es sich hierbei jeweils um eine Regelung des allgemeinen Teils des Abkommen handelt. Der Grundsatz ist auf allen Vertragsebenen, bei der Aushandlung neuer Verträge, der Auslegung und Umsetzung der bestehenden Verpflichtungen, d. h. generell, anzuwenden. Allein die praktischen Bedürfnisse machen es somit erforderlich, dass der Grundsatz allgemeingültig und entwicklungs offen formuliert ist. Der Kern des Grundsatzes, die Grundidee der gemeinsamen, aber differenzierten Verantwortlichkeit, kommt nichtsdestotrotz stets

Beck, Die Differenzierung von Rechtspflichten in den Beziehungen zwischen Industrie- und Entwicklungsländern, S. 110ff.

388 Lowe in: Boyle/Freestone, International Law and Sustainable Development, 19 (26).

389 Der Begriff des „Prinzips“ ist in diesem Zusammenhang nicht den allgemeinen Rechtsgrundsätzen i.S.d. Art. 38 Abs. I lit. c) IGH-Statut zu verwechseln. Diese Verwechslung liegt insbesondere bei Betrachtung des englischen Begriffspendants nahe (principle und general principles of law recognized by civilized nations i.S.d. Art. 38 Abs. I lit. c) IGH-Statut). Zwischen diesen Gruppen besteht insofern ein elementarer Unterschied, als dass erste Gruppe aus jeglicher Art von geltendem Völkerrecht gezogen werden kann, während die Zweite Gruppe eine eigene Völkerrechtsquelle darstellt. Diesbezüglich erhellend vgl. Mann in: Lang (Hg.), Sustainable Development and International Law, 67ff.

390 Vergleiche dazu schon die Ausführungen unter Kapitel 2. D. VI.1 zum legal Soft law.

klar zum Ausdruck. Dies ist zwar ein schwacher, aber ausreichender normativer Gehalt. Daher ist der *norm-creating character* des CBDR-Grundsatzes zu bejahen.

Entscheidend für die gewohnheitsrechtliche Anerkennung ist somit, ob in der internationalen Staatengemeinschaft die Rechtsüberzeugung besteht, dass das CBDR-Prinzip rechtlich verbindliche Wirkungen entfaltet. Diese lässt sich nicht allein aus der frequentierten Verwendung des Begriffes in Völkervertragstexten ableiten.³⁹¹ Vertragstexte stellen stets Kompromisse auf Staatenebene dar und geben daher nicht zwangsläufig eine einhellig anerkannte Auffassung wieder.³⁹² Vielmehr ist es möglich, dass hinter handlungsleitenden Positionen einzelner Staaten keine bestimmte Rechtsüberzeugung, sondern schlichte Kosten-Nutzen-Abwägungen oder sonstige rationale Interessen stehen.³⁹³ Die Frage nach dem Bestehen einer *opinio juris* der Staatengemeinschaft ist daher unabhängig von der Vertragspraxis zu untersuchen. Einen Hinweis im Hinblick auf das Nicht- bzw. Bestehen der *opinio juris* gibt die Ausgestaltung des Prinzips in den konkreten Vertragswerken. Verbindliche Normen werden meist eindeutig formuliert und in den operativen Teil eines Abkommens integriert. Eine schwächere Indizienwirkung hat demgegenüber die Nennung in der Präambel.³⁹⁴ Vor diesem Hintergrund nimmt das CBDR-Prinzip eine Zwitterstellung ein. Es findet größtenteils in den Präambeln Erwähnung, wurde jedoch gegen den Widerstand der Vereinigten Staaten auch in den operativen Teil der Klimarahmenkonvention integriert. Allein aus der Verortung des Prinzips lässt sich somit im Fall des CBDR-Prinzips kein Schluss ziehen. Es ist daher auf andere Kriterien abzustellen. Ein solches kann die Verbreitung der Anwendung sein. Wie der Internationale Gerichtshof in *North Sea Continental Shelf* ausführte, muss diese „extensive and virtually uniform“ sein.³⁹⁵ Der Gerichtshof statuierte dies zwar ausdrücklich als Erfordernis für die Staatenpraxis, aufgrund der vielfältigen Verknüpfungen zwischen Staatenpraxis und Rechtsüberzeugung stellt die Ausbreitung jedoch zugleich ein Indiz bei der Bewertung der Rechtsüberzeugung dar. Dies

391 So Lowe in Bezug auf die Anerkennung des Konzepts der sustainable development (vgl. Ders. in: Boyle/Freestone (Hg.), *International Law and Sustainable Development*, 19 (24). Zustimmend auch Boyle, ICLQ 48 (1999) 4, 901 (903).

392 Honkonen, *The Common but Differentiated Responsibility Principle in Multilateral Environmental Agreements*, S. 299.

393 Herdegen, *Völkerrecht*, § 16 Rn. 4. Es ist jedoch auch darauf hinzuweisen, dass rationale Beweggründe (z. B. das Interesse an Rechtssicherheit) und eine bewusste Rechtsüberzeugung nicht zwangsläufig in einem unüberwindbaren Gegensatz zueinander stehen. Dazu ausführlich: Norman/Trachtman, AJIL 99 (2005) 3, 541ff.

394 Honkonen, *The Common but Differentiated Responsibility Principle in Multilateral Environmental Agreements*, S. 302.

395 *North Sea Continental Shelf, Judgment*, I.C.J. Report 1969, 3 (43).

führt zurück zu der bereits geschilderten Problematik und der Feststellung, dass „the core content of the CBRD principle as well as the nature of the obligation it entails is deeply contested“³⁹⁶. Die Verpflichtungskonturen sind nicht hinreichend bestimmt. Aufgrund des umstrittenen Gehalts besteht keine einheitliche Rechtsüberzeugung. Verschiedene Industrieländer erkennen die Pflicht zur Differenzierung zwischen Industrie- und Entwicklungsländern weiterhin nicht an. Dies haben insbesondere die Vereinigten Staaten sehr deutlich zum Ausdruck gebracht.³⁹⁷ Das Bestehen einer entsprechenden *opinio juris* ist daher, ebenso wie Übergang des CBRD-Prinzips in Völkergewohnheitsrecht, abzulehnen.³⁹⁸

Im Sinne einer umfassenden Erörterung ist nichtsdestotrotz nun auf das zeitliche Element der allgemeinen Staatenpraxis einzugehen. Hierbei handelt es sich um ein relatives Kriterium, dessen Anforderungshöhe in engen Wechselwirkungen zu dem Kriterium der Rechtsüberzeugung steht. In *North Sea Continental Shelf* wurde das Mittellinienprinzip, über dessen gewohnheitsrechtliche Geltung gestritten wurde, ein Jahr praktisch angewendet, bevor es zum Streit um dessen Geltung und zu dem Verfahren kam. Der Internationale Gerichtshof bewertete die kurze Zeitspanne nicht als Hemmnis für den Übergang in Gewohnheitsrecht. Dies lässt den Schluss zu, dass schon der Ablauf eines Jahres – bei regelmäßiger und universeller Staatenpraxis – einen ausreichenden zeitlichen Rahmen darstellen kann.³⁹⁹ Das CBRD-Prinzip hat sich seit 1970 weit verbreitet. Zumindest seit der Inkorporation des Prinzips in der Klimarahmenkonvention im Jahre 1992 wurde es in der nun vorherrschenden Form in umweltrechtlichen Verträgen gemeinhin angenommen und angewendet. In Anbetracht des nahezu universellen Vertragsparteikreises ist dies in jedem Falle als ein ausreichender Zeitraum zu werten.

3. Zusammenfassung und Ergebnis

Zusammenfassend lässt sich in Bezug auf die rechtliche Stellung des CBRD-Prinzips resümieren, dass der Grundsatz durch die Klimarahmenkonvention und das Kyoto-Protokoll in völkerrechtlich verbindlichem *Hard Law* Niederschlag gefunden hat. Die Herausbildung eines völkergewohnheitsrechtlichen Satzes in

396 Rajamani, *Differential Treatment in International Environmental Law*, S. 159.

397 Anders wäre die Lage zu beurteilen, wenn lediglich die Vereinigten Staaten diese Auffassung tragen würde. Dies würde die Entstehung eines entsprechenden gewohnheitsrechtlichen Satzes nicht hindern. Fraglich wäre dann allein, ob auch die USA an diesen Satz gebunden sind oder ob die Regeln des persistent objector anwendbar wären.

398 So auch Rajamani, *Differential Treatment in International Environmental Law*, S. 159 und Honkonen, *Common but Differentiated Responsibility in Multilateral Environmental Agreements*, S. 302.

399 *North Sea Continental Shelf, Judgement*, I.C.J. Report 1969, 3 (43).

Form des CBDR-Prinzips muss hingegen bisher verneint werden. Es fehlt an der dafür erforderlichen *opinio juris sive neccessitatis*. Hinzuweisen ist jedoch auch auf den Umstand, dass dies kein endgültig festgeschriebenes Ergebnis darstellt. Es ist möglich und wünschenswert, dass die derweil bestehenden Unsicherheiten in Bezug auf die rechtlichen Wirkungen des Grundsatzes im laufenden Post-Kyoto-Prozess geklärt werden. Dies könnte die Bejahung der *opinio juris* zur Folge haben. Weitere Hemmnisse ständen der Anerkennung des CBDR-Grundsatzes als Völkergewohnheitsrecht nicht im Weg. Es ist damit den meisten Stimmen der Umweltvölkerrechtler zuzustimmen: Auch wenn das CBDR-Prinzip derweil noch kein Völkergewohnheitsrecht darstellt, so ist es auf dem besten Wege, es in Zukunft zu werden. Es ist ein „emerging principle of international environmental law“⁴⁰⁰.

400 Diese Formulierung stammt von Brown Weiss, *Fordham Law Review* 69 (2000/2001) 2, 345 (350). Die gegenwärtige Geltung des CBDR-Prinzips lehnen i.E. auch ab: Stone, *AJIL* 98 (2004) 2, 276 (299); Beyerlin, *Umweltvölkerrecht*, Rn. 125; Biniaz, *ASIL* 96 (2002), 359 (363); Matsui, *International Environmental Agreements* 2 (2002) 2, 151 (167). Folgende Autoren lehnen zum Verfassungszeitpunkt die Geltung des Prinzips als Gewohnheitsrecht ab, sahen aber die Möglichkeit, dass sich das CBDR-Prinzip in Zukunft in Gewohnheitsrecht wandeln könnte: Boyle, *ICLQ* 48 (1999) 4, 901 (908): „[...]it is as yet premature to accord them the status of customary international law.“; Cullet, *Differential Treatment in International Environmental Law*, S. 89f: „[...] this is unlikely to constitute a rule of customary law at present.“; Honkonen, *The Common but Differentiated Responsibility Principle in Multilateral Environmental Agreements*, S. 301: „It is most likely to early to classify CBDR as a customary principle of international environmental law.“; Sands, *Principles of International Environmental Law*, S. 148: „Guiding principles which may trough treaty practice, reflect existing or emering norms of customary law might include [...] the principles of common but differentiated responsibilities [...]“; Kellersmann, *Die gemeinsame, aber differenzierte Verantwortlichkeit*, S. 332: „Die völkergewohnheitsrechtliche Geltung der Erfüllungshilfe nachzuweisen, scheitert vorerst [...]“; Glass, *Die gemeinsame, aber unterschiedliche Verantwortlichkeit*, S. 56. Dennoch kann festgestellt werden, dass eine entsprechende Verpflichtung bereits im Entstehen begriffen ist und in absehbarer Zukunft wird nachgewiesen werden können.“; Harris, *N.Y.U. Environmental Law Journal* 7 (1999) 1, 27 (28): „[...] a nascent prinicple of international environmental law“; Beyerlin in: Bodansky/Brunnée/Hey (Hg.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, 426 (433): „[...]whether this principle has been accepted in the general practice of states is uncertain as states' attitudes to this principle appear to be rather ambivalent as yet. Thus, it can hardly claim to be part of today's customary international law.“

D. Wechselwirkungen zwischen Klimarecht und Welthandelsrecht

Mit dem Instrument des Grenzausgleichs und dem CBDR-Prinzip stehen ein klassisches handelsrechtliches Instrument und ein vertraglich vereinbartes Prinzip des Umweltvölkerrechts im Zentrum dieser Untersuchung. Die rechtliche Bewertung eines klimaschutzmotivierten Grenzausgleichs ist damit an der Schnittstelle von Welthandels- und Klimarecht angesiedelt. Diese zwei Gebiete des Völkerrechts stehen zunächst unverbunden nebeneinander. Zugleich beeinflussen sich Klima(-recht) und Welthandel(-srecht) gegenseitig. Im Folgenden soll daher zunächst in einem ersten Teil das grundlegende Zusammenspiel von Klimarecht und Welthandelsrecht behandelt werden. In einem zweiten Teil soll dann explizit auf die verschiedenen Möglichkeiten der Einflussnahme von Klimarecht im allgemeinen Welthandelsrecht eingegangen werden, bevor diese Ergebnisse auf das CBDR-Prinzip anzuwenden sind.

I. Zusammenspiel von Klimarecht und Welthandelsrecht

Das Verhältnis von Umweltschutz und Welthandelsrecht hat unter dem Sammelbegriff „Trade and Environment“ in den vergangenen Jahren zunehmende Bedeutung und Aufmerksamkeit erlangt.⁴⁰¹ Umwelt- und Welthandelsrecht verfolgen grundsätzlich unterschiedliche Ziele⁴⁰², sind aber durch eine Vielzahl gegenseitiger Wechselwirkungen eng miteinander verbunden. Nicht selten stehen sie in einem Spannungsverhältnis.⁴⁰³ Die Ansichten über die Art der jeweiligen Auswirkungen von Freihandel und Umweltschutz und vice versa gehen weit auseinander.⁴⁰⁴ Ob sich das Wirkungsgeflecht von Umweltschutz- und Welthandelsrecht plakativ mit „Konkurrenz“ beschreiben lässt oder ob die beiden Felder nicht in praktischer Konkordanz zusammenwirken können, soll im Folgenden geklärt werden. Dazu sind die beiden Regime kurz darzustellen, bevor auf das Verhältnis beider Regime einzugehen ist.

401 Kluttig in: Tietje/Kraft (Hg.), Arbeitspapiere aus dem Institut für Wirtschaftrecht, Heft 12, S. 5.

402 O'Brien, JWT 43 (2009) 5, 1094 (1096). Vgl. dazu die Ausführungen in Kapitel 2. D. I.

403 Knopp/Piroch, ZUR 2009, Heft 9, 409ff; Epiney, DVBI 2000, 77 (77).

404 Weiher, Nationaler Umweltschutz und Internationaler Warenverkehr, S. 24; Grätz, KJ 39 (2006), 39 (39).

1. Grundprinzipien und Ziele des Klimarechtsregimes

Das Klimarecht ist, wie das gesamte internationale Umweltrecht, in seiner jetzigen Form ein junger Rechtsbereich.⁴⁰⁵ Anders als das Welthandelsrecht wurde das Klimaschutzrecht nicht systematisch in einem einzelnen oder mehreren zusammenhängenden völkerrechtlichen Verträgen kodifiziert. Unter der Bezeichnung „Klimaschutzrecht“ lassen sich vielmehr alle Rechtsnormen begreifen, die dem Schutz des Klimas dienen. Es erstreckt sich auf die zwei globalen Umweltbelastungen Abbau der Ozonschicht und Verringerung des Treibhausgaseffekts und dient so der Bekämpfung des Klimawandels. Das Herzstück des Klimarechts bilden die Klimarahmenkonvention und das Kyoto-Protokoll. Da zu diesen zwei Übereinkommen bereits einiges gesagt worden ist,⁴⁰⁶ soll an dieser Stelle nur skizzenhaft auf einige grundlegende Prinzipien und Ziele eingegangen werden, die einerseits das Klimarechtsregime prägen und die zudem für das Zusammenwirken von Klimarecht und Welthandelsrecht relevant werden. Das Endziel der Klimarahmenkonvention (und aller damit zusammenhängenden Rechtsinstrumente) ist nach Art. 2 UNFCCC die Stabilisierung der Treibhausgaskonzentrationen. Die Regelungen der Klimarahmenkonvention und des Kyoto-Protokolls setzen dazu auf die Prinzipien der Gleichheit, das CBDR-Prinzip und das Vorsorgeprinzip, wobei die Souveränität und die territoriale Regelungshoheit der Staaten besonders zu beachten sind.⁴⁰⁷ Die Klimarahmenkonvention schreibt ihren Mitgliedstaaten unilaterale Klimaschutzmaßnahmen weder verpflichtend vor, noch befürwortet sie ein solches Vorgehen explizit. Es findet sich jedoch auch kein Verbot einer entsprechenden Vorgehensweise. Art. 3 Abs. 5 UNFCCC nennt ausdrücklich die Möglichkeit, auf nationaler Ebene vorzugehen, setzt dabei zwingend voraus, dass sich die Maßnahmen nicht als „a means of arbitrary or unjustifiable discrimination or a disguised restriction on international trade“ auswirken. Die UNFCCC greift damit die Formulierung des Einleitungssatzes des Art. XX GATT auf.

405 Während bereits Ende des 19. Jahrhunderts erste Versuche unternommen wurden, die natürlichen Lebensgrundlagen bewusst zu schützen, wurde der Großteil der völkerrechtlichen Regelungskomplexe zum Erhalt der Umwelt erst nach dem Zweiten Weltkrieg und insbesondere seit den 1970er Jahren geschaffen. Vgl. Braune, Rechtsfragen der nachhaltigen Entwicklung im Völkerrecht, S. 32.

406 Vgl. dazu die Ausführungen in Kapitel 2. D. V. 1 lit. a) und b) sowie 2 lit. a) und b).

407 Vgl. Art. 3 Abs. 4 UNFCCC und dazu O'Brien, JWT 43 (2009) 5, 1093 (1096).

2. Grundprinzipien und Ziele des WTO-Rechtsregimes

Die Welthandelsorganisation entstand mit dem Inkrafttreten des WTO-Übereinkommen⁴⁰⁸ am 1. Januar 1995. Das WTO-Übereinkommen ist das völkerrechtliche Rahmenübereinkommen und bildet das Dach des gesamten Welthandelssystems. Unter diesem Überbau befinden sich eine Vielzahl multilateraler Handelsübereinkünfte, die nach Art. II:2 ÜWTO für alle Mitgliedstaaten verbindlich sind. Dazu gehört unter anderem das Herzstück des Welthandelsrecht, das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen, das den *Warenhandel* regelt. Die Intention des GATT/WTO-Regelungswerkes kommt in der Präambel des WTO-Übereinkommens zum Ausdruck. Hiernach leitete die Vertragsparteien bei der Errichtung der WTO das Bestreben, den Lebensstandard ihrer Bürger zu erhöhen, Vollbeschäftigung zu sichern und die Produktion und den Handel mit Waren und Dienstleistungen auszuweiten. Im Vergleich zum GATT 1947 wurden diese Ziele 1994 um umweltpolitische und soziale Zielvorgaben ergänzt.⁴⁰⁹ Zusammengefasst ergibt sich aus den wortgewaltigen Formulierungen der Dreiklang von Wohlstand, Umweltschutz und Entwicklung. Zur Umsetzung dieser Vorgaben dienen nach Absatz 3 der Präambel zwei zentrale Grundsätze: der gegenseitige Abbau von Handelsbeschränkungen⁴¹⁰ und das Rechtsprinzip der Nichtdiskriminierung. Dieses verbietet den WTO-Mitgliedstaaten hinsichtlich der Handelsverkehrsmodalitäten zwischen den einzelnen anderen Mitgliedern zu differenzieren⁴¹¹ und ist in der Meistbegünstigungsverpflichtung⁴¹² (Gleichbehandlung nach außen) und dem Gebot der Inländergleichbehandlung⁴¹³ (Gleichbehandlung nach innen) konkretisiert. In Anbetracht der beträchtlichen Mitgliedszahlen⁴¹⁴ führen die Vorgaben der WTO⁴¹⁵ dazu, dass in der

408 Übereinkommen über die Errichtung der Welthandelsorganisation (Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization) v. 15.4.1994; 33 ILM 1144 (1994); BGBl. 1994 II, 1625; in Kraft seit dem 1.1.1995. Im Folgenden: ÜWTO bzw. WTO-Übereinkommen.

409 Namentlich eine optimale Nutzung der Ressourcen der Welt, nachhaltigen Entwicklung und einem verbesserten Schutz der Umwelt, sowie die Berücksichtigung der verschiedenen industriellen Entwicklungsstufen der Länder. Vgl. den ersten Erwägungsgrund der Präambel des ÜWTO.

410 Die tarifären Handelsbeschränkungen (Zölle) wurden im Rahmen des GATT bzw. der WTO in acht abgeschlossenen Welthandelsrunden substanziell gesenkt. Vgl. zu den ersten sieben Verhandlungsrunden Neugärtner in: Hilf/Oeter (Hg.), WTO-Recht, § 3 Rn. 22. Mittlerweile läuft die neunte, die noch nicht abgeschlossene sog. Doha-Runde. Vgl. dazu Hörmann in: Hilf/Oeter (Hg.), WTO-Recht, § 32.

411 Vgl. nur: AB, Canada-Autos, para. 82.

412 Vgl. Art. I:1 GATT.

413 Vgl. Art. III GATT.

414 Derzeit zählt die WTO 159 Mitglieder, vgl. www.wto.org. Zuletzt besucht 29. Januar 2014.

Theorie nahezu alle Mitgliedstaaten an dieselben Rechte und Pflichten gebunden sind. Nicht zuletzt dadurch hat der Welthandel in den vergangenen Jahrzehnten eine immer größere Bedeutung erlangt. So wurde das weltweite Handelsvolumen in den letzten fünfundsechzig Jahren um einen ungefähr 270fachen Zuwachs gesteigert.⁴¹⁶

3. Klima- und Welthandelsrecht: Konflikt oder Harmonie?

Das Konfliktpotential der beiden Rechtsregime lässt sich durch deren zwei gegensätzliche Grundpositionen einfach charakterisieren: Leitziel des Klimaschutzregimes ist der Schutz des Klimas. Klimaschutzmaßnahmen wirken regelmäßig handelsbeschränkend. Handelshemmnisse stehen in Konflikt mit dem Hauptziel der WTO, dem Ausbau des Freihandels. Auf den ersten Blick verfolgen beide Regime somit konträre Zwecke. Während Handelsliberalisten befürchten, dass unter dem Deckmantel des Umweltschutzes der Schutz der heimischen Wirtschaft in Form von „grünem Protektionismus“ betrieben wird, warnen Umweltschützer davor, im Namen des Freihandels ohne Rücksicht auf die Umwelt nur nach Rentabilitäts Gesichtspunkten zu wirtschaften.⁴¹⁷ Tatsächlich bestehen zwischen den beiden Gruppierungen fundamentale Antagonismen. Sie unterscheiden sich in Zielsetzung, Tradition, Grundannahmen, Herangehensweisen und Lösungsansätzen. Esty hat treffend von einem „Clash of Cultures“, „Clash of Paradigms“ and „Clash of Judgement“⁴¹⁸ gesprochen. Andererseits zielen beide Rechtsregime ausdrücklich darauf ab, Wirtschaftswachstum zu fördern, um so eine Wohlfahrtssteigerung herbeizuführen, die die Bewältigung der Probleme der Klimaänderung erleichtern soll.⁴¹⁹

Für eine genauere Betrachtung des Spannungsverhältnisses sind zwei Wechselwirkungsebenen zu unterscheiden. Die Frage nach den praktischen Wechselwir-

415 Für eine möglichst weitreichende Öffnung der Märkte verfolgt die WTO einen „single undertaking approach“, d.h. der Beitritt eines Landes führt automatisch zur Geltung des ÜWTO und aller Multilateralen Handelsübereinkommen der Anhänge 1 bis 3. Vgl. Herrmann/Weiß/Ohler, Welthandelsrecht, Rn. 170.

416 Vgl. insofern die WTO-interne Statistik abrufbar unter: <http://stat.wto.org/Statistical-Program/WSDBViewData.aspx?Language=E>. Zuletzt besucht: 24. April 2012.

417 Frankel, Environment 47 (2005) 7, 10 (11).

418 Esty, Greening the GATT, S. 36; 37; 40.

419 Vgl. den 1. Erwägungsgrund der Präambel des WTO-Übereinkommens, die Präambel zum GATT 1947, sowie Art. 3 Abs. 5 UNFCCC, der da lautet: „Die Vertragsparteien sollen zusammenarbeiten, um ein tragfähiges und offenes internationales Wirtschaftssystem zu fördern, das zu nachhaltigem Wirtschaftswachstum und nachhaltiger Entwicklung in allen Vertragsparteien, insbesondere denjenigen, die Entwicklungsländer sind, führt und sie damit in die Lage versetzt, die Probleme der Klimaänderungen besser zu bewältigen.“

kungen von Klimaschutz und Freihandel widmet sich den faktischen gegenseitigen Auswirkungen. Unter dem Titel „rechtliches Spannungsverhältnis“ ist hingegen zu untersuchen, ob sich die rechtlichen Ziele und Prinzipien der zwei Regime miteinander vereinbaren lassen oder sich sogar im Sinne der Agenda 21 „wechselseitig unterstützen“ können.⁴²⁰

a) Praktisches Spannungsverhältnis

Auf der faktischen Ebene stellt sich die Frage, ob Wirtschaftssteigerungen das Klima zwingend negativ beeinflussen und der Klimaschutz stets den Freihandel beschneiden muss. Zur Beantwortung dieser Frage ist es dienlich dem Ansatz von *Grossman* und *Krueger* zu folgen und die Auswirkungen des Freihandels in drei interagierende Kategorien zu unterteilen: Skaleneffekt (bzw. Größeneffekt), Kompositionseffekt und Technischeffekt.⁴²¹

Der Abbau von Handelsbeschränkungen führt nach überwiegender Meinung der Ökonomen zu einer Wohlstandssteigerung der beteiligten Länder.⁴²² Aufgrund der Abschöpfung der Vorteile internationaler Arbeitsteilung führe Freihandel grundsätzlich zu Produktivitätssteigerungen.⁴²³ Dieses Marktwachstum geht bei einem quantitativen Wachstum, d. h. bei einer Steigerung der Produktionszahlen, mit einem entsprechenden Mehrverbrauch an natürlichen Ressourcen einher.⁴²⁴ Die höheren Produktionszahlen, der Anstieg industrieller Produktion und die Verbringung der zusätzlich produzierten Waren im Außenhandel⁴²⁵ bedingen einen Anstieg der CO₂-Emissionen (sog. Skaleneffekt).⁴²⁶ Zudem drückt sich das gesamtwirtschaftliche Wachstum in mehr Konsum und mehr Abfall

420 Vgl. § 2.3 lit. b) der Agenda 21.

421 Grossman/Krueger, NBER Working Paper Nr. 3914 (1991), S. 3ff.

422 Zusammengefasst werden die wichtigsten Grundzüge der Außenwirtschaftstheorie bei Herrmann/Weiß/Ohler, Welthandelsrecht, Rn. 18-30.

423 So jedenfalls nach dem Theorie der komparativen Kostenvorteile, erstmalig beschrieben bei Ricardo, Über die Grundsätze der politischen Ökonomie und der Besteuerung, S. 108ff (Kapitel VII).

424 Puth in: Hilf/Oeter (Hg.), WTO-Recht, §25 Rn. 3. Jedoch ist an dieser Stelle anzumerken, dass die Auswirkungen auf den Verbrauch natürlicher Ressourcen statistisch nicht erfasst sind, vgl. Winter in: Dolde (Hg.), Umweltrecht im Wandel, S. 71.

425 Der durch den Transport verursachte Anstieg dürfte sich jedoch in einem begrenzten Rahmen halten, da ca. 90% des Außenhandels auf dem Seeweg verbracht wird. Dies ist der geringste CO₂-Emittent. Vgl. WTO, Background Note on Trade and Environment, S. 2. Abrufbar unter: http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/envir_e.htm. Zuletzt besucht am 24. April 2012.

426 Cole/Rayner/Bates, The World Economy 21 (1998) 3, 337.

aus.⁴²⁷ Bedingungsloses Wachstum kann daher massive Umweltschädigungen verursachen.

Im Idealfall sind die Scaleneffekte jedoch nicht die einzige Folge des Wachstums. Freihandel und Effizienzsteigerungen bedingen zugleich nämlich sinkende Kosten und barrierefreien Zugang zu umweltschonenden Technologien und Waren.⁴²⁸ Dies ermöglicht den Transfer grüner Produkte in Entwicklungs- und Transformationsländer, die diese Produkte ansonsten nicht zu rentablen Preisen oder in ausreichendem Maße produzieren könnten. Für Handel, Umwelt und Entwicklung entsteht eine sog. Win-win-win-Situation.⁴²⁹ Zudem wird Umweltschutz nur effektiv durchgesetzt, wenn Wirtschaft und Bevölkerung gut aufgestellt sind.⁴³⁰ Das mit dem Marktwachstum ansteigende durchschnittliche Pro-Kopf-Einkommen wirkt sich (ab einer bestimmten Schwelle) in einer Schärfung des Umweltbewusstseins aus, mit der eine Präferenzverschiebung bei den Konsumenten einhergeht. Der Bedarf an „sauberen“ Gütern und umweltschonenden Produktionsprozessen steigt (sog. Umwelt-Kuznet-Kurve).⁴³¹ Die verwirklichten Spezialisierungsgewinne werden daher in funktionierenden Marktwirtschaften bei optimaler politischer Führung in technische Innovationen investiert, um die steigende Nachfrage nach ökologischen Produkten befriedigen zu können.⁴³² Es gibt daher Grund für die Annahme, dass die Steigerung des Pro-Kopf-Einkommens einen Anstieg der Ausgaben für den Umweltschutz bedingt⁴³³ und so langfristig zu einer Reduzierung des CO₂-Ausstoßes führen kann. Diese Auswirkungen auf die Treibhausgasemissionen durch die Adaption „sauberer“ Produktionsweisen werden als Technikeffekte bezeichnet.⁴³⁴

427 Weiher, Nationaler Umweltschutz und Internationaler Warenverkehr, S. 24 m. w. N.

428 Bacchus, Questions in Search of Answers: Trade, Climate Change, and the Rule of Law, S. 15.

429 Puth in: Hilf/Oeter (Hg.), WTO-Recht, § 25 Rn. 4.

430 Grandjot, NuR 2005, 679.

431 Die Umwelt-Kuznet-Kurve beschreibt die umgekehrt U-förmige Beziehung zwischen dem Pro-Kopf-Einkommen eines Landes und den Emissionen von Schadstoffen. Danach führt ein Anstieg von einem ursprünglich sehr niedrigen Einkommensniveau zunächst zu stärkerer Umweltbelastung. Steigt das Pro-Kopf-Einkommen jedoch bis zu einem gewissen weiteren Grad (Durchschnittseinkommen von in etwa 8000 Dollar) so wirkt sich dies in einer Abnahme der Umweltbelastung aus. Vgl. Grossman/Krueger, QJE 110 (1995) 2, 353. Zwar wurde ein solcher empirischer Nachweis bisher noch nicht für den CO₂-Ausstoß erbracht, es ist jedoch davon auszugehen, dass sich die Umwelt-Kuznet-Kurve auch auf dieses Szenario anwenden lässt.

432 WTO (Hg.), Special Study on Trade and Environment, S. 7.

433 Weiher, Nationaler Umweltschutz und Internationaler Warenverkehr, S. 25 m.w.N.

434 Cole/Rayner/Bates, The World Economy 21 (1998) 3, 337.

Der Kompositionseffekt beschreibt, wie sich durch Handel und Wachstum die Zusammensetzung des Outputs einer Nation verändert.⁴³⁵ Abhängig von den komparativen Kostenvorteilen expandieren bzw. kontrahieren die verschiedenen Industrien und Sektoren. Wie sich dies auf die Treibhausgasemissionen eines Landes auswirkt, hängt stark davon ab, an welchen Stellen sich für das jeweilige Land komparative Kostenvorteile auftun. Die konkreten lokalen Auswirkungen lassen sich daher schwer vorhersagen. Da die Umweltkosten nur einen geringen Anteil an den Produktionsgesamtkosten ausmachen, bedeutet dies nicht zwingend eine Verlagerung der dreckigen Industrien in Entwicklungsländer.⁴³⁶ Idealerweise führt die Handelsliberalisierung global auch zu einer pareto-optimalen Faktorallokation der Umweltressourcen,⁴³⁷ so dass mit fortschreitenden Liberalisierungen langfristig CO₂-Einsparungen einhergehen müssten.

Die Auswirkungen zwischen Handel und Klima sind nicht eindimensional. So wie sich Wirtschaftsfaktoren auf Umwelt und Klima auswirken, beeinflusst nationale und internationale Klimaschutzpolitik die wirtschaftliche Situation der Staaten.⁴³⁸ In Umsetzung des Verursacherprinzips⁴³⁹ zielt Klimaschutzpolitik meist darauf ab, einen Preis für CO₂ zu etablieren um die sozialen Kosten der negativen Externalität Emission zu internalisieren.⁴⁴⁰ Dies hat keine Minderung, aber eine Umverteilung der komparativen Vorteile zur Folge und führt zu einer Veränderung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit.⁴⁴¹ Angesprochen ist erneut die Problematik des *Carbon Leakage*. Dadurch verursachte Wettbewerbsnachteile können jedoch durch positive Wirkungen der Klimaschutzmaßnahmen relativiert werden. Technologieverbesserungen, Innovationssprünge und Imagegewinne (z. B. das Label „Made in Germany“ oder der „Blaue Engel“) sowie Kosteneinsparungen aufgrund sparsameren Energieverbrauchs sind geeignet Staaten mit hohem Umweltschutzniveau neue komparative Wettbewerbsvorteile zu verschaffen.⁴⁴²

435 WTO (Hg.), Special Study on Trade and Environment, S. 29.

436 WTO (Hg.), Special Study on Trade and Environment, S. 4. Vgl. dazu ausführlich die Bewertung des Phänomens „Carbon Leakage“ in Kapitel 2. A. II. 3.

437 Weiher, Nationaler Umweltschutz und Internationaler Warenverkehr, S. 25.

438 Charnovitz in: PEW Center (Hg.), Beyond Kyoto, 141ff.

439 Das Verursacherprinzip bestimmt, wer die Kosten umweltpolitischer Massnahmen zu tragen hat. Diese werden dem Urheber von Umweltbelastungen auferlegt. Durch die Kostentragungspflicht soll er dazu veranlasst werden, Umweltschädigungen zu verringern oder gar ganz zu vermeiden, vgl. Epiney/Scheyli, Umweltvölkerrecht, S. 92.

440 UBA (Hg.), UBA-Texte 75/03, S. 2ff.

441 Tamiotti/Kulacoglu, JWT 43 (2009) 5, 1115 (1126); Weiher, Nationaler Umweltschutz und Internationaler Warenverkehr, S. 32f.

442 Weiher, Nationaler Umweltschutz und Internationaler Warenverkehr, S. 33.

Auf Tatsachenebene ergibt sich somit, dass sich das Verhältnis von Handel und Klima nicht auf „Konkurrenz“ hinunterbrechen lässt. Vielmehr offenbart sich bei genauerem Hinsehen, dass sich Ökologie und Ökonomie in Einklang bringen lassen und sogar gegenseitig fördern können. In vielen Fallkonstellationen kann eine Handelsliberalisierung zu einer Verbesserung der Umweltressourcenallokation führen und positive Auswirkungen auf den Umweltschutz haben. Freihandel sollte daher nicht als eigenständiges Ziel gesehen werden. Vielmehr ist der Freihandel ein Mittel, um weitergehende Ziele, wie z. B. den Klimaschutz, zu erreichen.⁴⁴³

b) Rechtliches Spannungsverhältnis

Auch auf rechtlicher Ebene bedarf der offenkundige Grundkonflikt einer genaueren Betrachtung. Umweltrecht und Welthandelsrecht sind zwei spezielle Felder des Völkerrechts und dienen unterschiedlichen Zielsetzungen: „Each [...] 'regime' comes with its own principles, its own form of expertise and its own 'ethos' [...]. Trade law and „environmental law [...] have highly specific objectives and rely on principles that may often point in different directions“⁴⁴⁴.

Lange Zeit war das rechtliche Verhältnis von Umweltschutz und Handel dichotomisch. Bezeichnend dafür ist, dass im GATT 1947 der Umweltschutz an keiner Stelle explizit erwähnt wurde.⁴⁴⁵ Heute hat sich im Rahmen der „Vergrünung der WTO“ eine verstärkte Berücksichtigung von Umweltinteressen durchgesetzt.⁴⁴⁶ Verschiedene Anknüpfungspunkte versuchen das „Spannungsverhältnis von Ökonomie und Ökologie“⁴⁴⁷ aufzuheben⁴⁴⁸ und den Umweltschutzaspekten des Welthandels Rechnung zu tragen.⁴⁴⁹ Die Thematik Klimaschutz

443 Ward, ICLQ 45 (1996) 3, 592 (595).

444 ILC, UN Report of the Study Group of ILC on the Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, 58th Sess., UN Doc. A/CN.4/L.682 (2006), para. 15.

445 Beyerlin, Umweltvölkerrecht, Rn. 617. Eine Ausnahme bildete damals jedoch schon Art. XX GATT 1947, der Ausnahmen zum Schutze der natürlichen Ressourcen zulässt. Vgl. WTO (Hg.), Special Study on Trade and Environment, S. 9.

446 Oppermann/Beise, RIW 4 (2002), 269 (270).

447 Knopp/Piroch, ZfU 2009, 404 (412).

448 Neben den unten erwähnten sind auch weitere Vorschriften für Klimaschutzinstrumente relevant. Vgl. die explizite Auflistung der WTO unter Climate Change and the potential Relevance of WTO Rules. Abrufbar unter: http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/climate_measures_e.htm. Zuletzt besucht am 23. April 2012.

449 Zurückhaltend Beyerlin, Umweltvölkerrecht, Rn. 640; ähnlich bewertet auch Ziegler (in: Weiss/Denters/de Waart (Hg.), International Economic Law with a Human Face, S. 205) die Veränderungen: „there is little or no change with respect to the environment in most of the revised agreements“.

findet hierbei zwar keine ausdrückliche Berücksichtigung, die „tool box“ an umweltschutzrelevanten Vorschriften jedoch Anwendung. Hervorzuheben sind insofern die Präambel zum WTO-Rahmenübereinkommen und Art. XX GATT. Die Präambel des WTO-Rahmenübereinkommens erwähnt erstmalig⁴⁵⁰ das Bestreben zum Schutz und zur Erhaltung der Umwelt und stellt die Ausweitung der Produktion unter den Vorbehalt der gleichzeitigen Sicherstellung einer optimalen Nutzung der natürlichen Ressourcen in Übereinstimmung mit dem Konzept der nachhaltigen Entwicklung (1. Präambelerwägung ÜWTO). Zwar handelt es sich bei der Präambel nicht um einen rechtsverbindlichen Vertragsbestandteil, so dass keine Verpflichtung der Welthandelsorganisation besteht, (auch) Belange des Umweltschutzes zu verfolgen.⁴⁵¹ Doch die in der Präambel genannten Grundprinzipien und Leitziele erlangen im Rahmen der Auslegung des Abkommens Bedeutung.⁴⁵² Als zentrale Rechtfertigungsnorm hat zudem Art. XX GATT große Bedeutung für den Ausgleich von Klima- und Welthandelsrecht. Zwar sind weder Umwelt noch das Klima ausdrücklich im Katalog der geschützten Rechtsgüter enthalten. Art. XX lit. b) und g) GATT bieten aber ausreichend Raum zu ihrer Berücksichtigung.

Doch was bedeutet dies für die rechtliche Zulässigkeit von klimaschutzmotivierten Handelsbeschränkungen? Naturgemäß erschwert das Bestehen multilateraler Handelsabkommen die Umsetzung von Klimaschutzmaßnahmen. Ein Klimaschutzinstrument muss den im WTO-Recht vorgegebenen Anforderungen entsprechen. Umweltschützer vertreten daher die Auffassung, „that the rules of the multilateral trading system frustrate attempts to protect resources and the environment in areas beyond national jurisdiction (...), that the rules of the multilateral trading system prevent nations from adopting measures to protect their domestic environment (...) and that the rules of the multilateral trading system obstruct efforts to compel other countries to adopt high environmental standards“⁴⁵³. Das Welthandelsrecht stelle daher insgesamt eine praktische Hürde für die Umsetzung von Klimaschutzmaßnahmen dar. Doch das WTO-Rechtsregime ist für Umsetzung unilateraler Maßnahmen im Sinne des Klimaschutzes offen. Insofern sind die Erfordernisse von Welthandelsrecht und Klimarecht sogar angeglichen. Art. 3 Abs. 5 UNFCCC greift die Formulierung des Art. XX GATT auf und fordert, dass ein Vorgehen auf nationaler Ebene keine ungerechtfertigte oder willkürliche Diskriminierung oder verdeckte Handelsverzerrung darstellen darf. Dadurch wird sichergestellt, dass, so weit wie möglich, Handelsmaßnah-

450 Ziegler in: Weiss/Denters/de Waart (Hg.), *International Economic Law with a Human Face*, S. 206.

451 Epiney/Scheyli, *Umweltvölkerrecht*, S. 351.

452 Puth in: Hilf/Oeter (Hg.), *WTO-Recht*, § 25 Rn. 20.

453 Birnie/Boyle/Redgwell, *International Law & the Environment*, 3. Auflage, S. 754.

men der Parteien der Klimarahmenkonvention auch mit den Grundsätzen des Welthandelsrechtsregimes vereinbar sind und vice versa. Trotz der insofern engen Verwebung ist der Bedeutungsgehalt jedoch eigenständig zu bestimmen. Die Rechtsprechung, die sich im Zusammenhang mit Art. XX GATT entwickelt hat, lässt sich schon allein daher nicht einfach auf die UNFCCC übertragen, da diese partiell zeitlich erst auf die Ausarbeitung der UNFCCC folgte. Es gibt auch keine Anhaltspunkte, dass die Mitglieder der UNFCCC durch die Übernahme eine gleichgeschaltete Entwicklung intendierten.⁴⁵⁴ Art. 3 Abs. 5 UNFCCC lässt sich insofern lediglich entnehmen, dass unilaterale Maßnahmen zulässig sein können, solange sie weder diskriminierend noch protektionistisch motiviert sind. Gleichermaßen hebt das Kyoto-Protokoll in Art. 2 Abs. 3 KP hervor, dass nachteilige Auswirkungen einer Maßnahme auf den Welthandel, den Sozialbereich, die Umwelt und die Wirtschaft anderer Vertragsparteien möglichst gering gehalten werden sollen (Art. 2 Abs. 3 KP). Dies verdeutlicht, dass sowohl Klima- als auch Welthandelsrecht den Mitgliedstaaten einen ausreichenden Spielraum zur autonomen Gestaltung der nationalen Politik zugestehen, solange es sich hierbei nicht um verdeckten Protektionismus handelt. Diese Ansicht teilt auch der Ständige Ausschuss für Handel und Umwelt (CTE), der seit seinem ersten und grundlegenden Bericht im Jahre 1996 die Auffassung vertritt, dass es „keinen Widerspruch zwischen der Aufrechterhaltung eines freien und auf dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung beruhenden multilateralen Handelssystems sowie den legitimen Anliegen des internationalen und globalen Umweltschutzes geben müsse“⁴⁵⁵.

Auch das CBDR-Prinzip ist mit den Prinzipien des Welthandelsrechts nicht unvereinbar. Die Stellung der Entwicklungsländer in der WTO wurde in den vergangenen Jahrzehnten schrittweise verbessert. Im Unterschied zum GATT 1947⁴⁵⁶ tragen heute eine Vielzahl von Bestimmungen den besonderen Bedürfnissen der Entwicklungsländer Rechnung. 1966 wurde der Teil IV („Handel und Entwicklung“) in das GATT eingefügt. Den Entwicklungsländern wird verstärkt eine Sonder- und Vorzugsstellung eingeräumt (sog. *special and differential treatment*).⁴⁵⁷ Welthandels- und Klimarechtsordnungen haben somit gemein,

454 Hertel, JWT 45 (2011) 3, 653 (663).

455 Puth in: Hilf/Oeter (Hg.), WTO-Recht, § 25 Rn. 18.

456 Von der Havanna-Charta, nach der den Entwicklungsländern ein ganzes Kapitel gewidmet werden sollte, wurden lediglich Art. 13 und 14 in modifizierter Form in Art. XVIII GATT 1947 übernommen. Die ursprünglich vorgesehenen Vorschläge für eine rechtliche Vorzugspositionierung blieben somit nur rudimentär erhalten. vgl. Jessen, WTO-Recht und „Entwicklungsländer“, S. 230.

457 Jessen, WTO-Recht und „Entwicklungsländer“, S. 275ff.

dass sie die besondere ökonomische Situation und die beschränkten Ressourcen der Entwicklungsländer anerkennen und durch eine Sonderbehandlung würdigen.

c) Ergebnis

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass Freihandel und Umweltschutz zwar in einem Spannungsverhältnis stehen, diese Beschreibung jedoch zu einseitig ist. Sie vernachlässigt, dass eine Vielzahl von Wechselwirkungen zwischen Handel und Umweltschutz auf tatsächlicher und rechtlicher Ebene besteht. Dieses Wirkungsgeflecht kann nicht einheitlich beurteilt werden. Teilweise können Instrumente und Ziele beider Rechtsregime in Einklang gebracht werden. Es ist dem Generaldirektor *Pascal Lamy* zuzustimmen, wenn er sagt: „Trade opening has much to contribute in the fight against climate change and to the protection of the environment, but the WTO is about much more than trade opening. The leaders that founded our organization were adamant that sustainable development lies at the very core of our mission. To ensure that this would be the case, governments have agreed that WTO members will have the necessary flexibilities they need to pursue their environmental objectives.“⁴⁵⁸ Die WTO dient nicht allein dem Freihandel, sondern verfolgte dadurch stets auch weitergehende Ziele. Freihandel ist danach kein Selbstzweck, sondern kann auch ein Mittel zur Erzielung nachhaltiger Entwicklung darstellen.⁴⁵⁹ Daher ist es falsch, das Bestehen der WTO und deren Normen als Entschuldigung für ausbleibende effektive Klimaschutzmaßnahmen vorzubringen. Vielmehr bietet der Welthandel zusätzliche Möglichkeiten, den Klimaschutz voranzutreiben. Um die Harmonisierung von Umweltschutz und Freihandel in Zukunft weiter voranzutreiben, beinhaltet das Doha-Mandat ein Verhandlungsmandat zu Handel und Umwelt. Es erteilt den Mitgliedstaaten den Auftrag, über das Verhältnis zwischen bestehenden WTO-Regelungen und multilateralen Umweltabkommen, die Etablierung eines Verfahrens für regelmäßigen Informationsaustausch zwischen den Institutionen und die Reduktion bzw. Beseitigung von Handelshemmnissen bei Umweltgütern und Umweltdienstleistungen zu verhandeln und positive Synergien zu fördern.⁴⁶⁰ Dieser Prozess befindet sich noch am Anfang und es bestehen verschiede-

458 So Generaldirektor Pascal Lamy in seinem Statement vom 5. Juni 2010 im Rahmen des Weltumwelttages. Abrufbar unter: http://www.wto.org/english/news_e/news10_e/dgpl_05jun10_e.htm. Zuletzt besucht am 23. April 2012.

459 Dies wird auch aus der Abfolge der Erwägungsgründe der Präambel zum ÜWTO deutlich. Vgl. dazu auch Eckardt/Neumann, ZfU 2008, 183 (187); Winter in: Dolde (Hg.), Umweltrecht im Wandel, S. 73.

460 § 31 (i) - (iii) der Doha Ministerial Declaration v. 14. November 2001. Vgl. WTO, Ministerial Conference, 4th Sess., WT/MIN(01)/DEC/1 (2001).

dene Möglichkeiten, dieses Mandat zu konkretisieren.⁴⁶¹ Ob und wie erfolgreich dies tatsächlich umgesetzt wird, bleibt abzuwarten.

II. Welthandelsrecht als Völkerrechtsordnung

Das Welthandelsrecht ist als Wirtschaftsvölkerrecht Bestandteil des Völkerrechts.⁴⁶² Es steht gleichrangig neben anderen völkerrechtlichen Verträgen.⁴⁶³ Dies wurde im Rahmen der Verhandlungen von einigen Vertragsparteien nicht hinreichend berücksichtigt. Das fehlende Bewusstsein hat zwar keinen Einfluss auf die rechtliche Stellung des WTO-Rechts im völkerrechtlichen Normgefüge, es erklärt jedoch, warum in dem WTO-Übereinkommen das Verhältnis von WTO-Recht zu sonstigem Völkerrecht nicht ausführlicher behandelt wird.⁴⁶⁴ Es stellt sich daher die Frage, wie sich die verschiedenen, voneinander unabhängigen Rechtsregime zueinander verhalten. Können sonstige Quellen des Völkerrechts Einfluss auf das Welthandelsrecht nehmen? Und wenn ja, auf welchem Wege und in welchem Umfang ist eine solche Einflussnahme zulässig? Dies gilt es, im Folgenden zu klären. Dabei sind drei mögliche Einflussebenen zu unterscheiden: Die von der Vereinbarung über Regelung und Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten⁴⁶⁵ vorgegebene Jurisdiktionszuständigkeit der Spruchkörper ist streng von der Frage nach dem anwendbaren Recht zu trennen. Schließlich ist auf die Auslegung der WTO-Rechtsnormen als drittes Einfallstor für sonstiges Völkerrecht einzugehen.⁴⁶⁶

1. Jurisdiktion, anwendbares Recht und Auslegung: eine Abgrenzung

Jurisdiktionszuständigkeit und anwendbares Recht sind voneinander abzugrenzen. Die Jurisdiktionsgewalt bestimmt, welches Recht von den Streitschlichtungsorganen durchgesetzt werden kann. Sie gibt die Normen vor, deren Verlet-

461 Vgl. zu diesen ausführlich: Cottier/Tuerk/Panizzon, ZUR Sonderheft 2003, 155 (164).

462 Dies ergibt sich schon aus Art. 3.2 DSU, der die Auslegung der WTO-Texte nach den Regeln über die Auslegung des Völkerrechts anordnet. Die Bewertung wird nicht nur daher geradezu einhellig vertreten und stellt einen „truism“ dar. Vgl. Pauwelyn, Conflict of Norms in Public International Law, 2003, S. 25ff.

463 Dies wird einhellig anerkannt, z.B. Diem, Freihandel und Umweltschutz, S. 61; Pauwelyn, AJIL 95 (2001) 3, 535 (538).

464 Pauwelyn, Conflict of Norms in Public International Law, S. 26.

465 Vereinbarung über Regelung und Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten (Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes) v. 15.4.1994, 33 ILM. 1226 (1994); in Kraft seit dem 1.1.1995. Im Folgenden: DSU bzw. Streitbeilegungsvereinbarung.

466 Vgl. zu dieser Dreiteilung: Pauwelyn, AJIL 95 (2001) 3, 535 (577).

zung unter der Streitbeilegungsvereinbarung beurteilt werden kann.⁴⁶⁷ Das anwendbare Recht stellt hingegen die Normen dar, auf die zur Auslegung und Anwendung der Verträge zurückgegriffen werden darf.⁴⁶⁸ Beide Ebenen sind voneinander unabhängig. So ist nach dem Art. 288 Abs. 1 UNCLOS der internationale Seegerichtshof nur für Streitigkeiten über die Auslegung oder Anwendung des Übereinkommens zuständig (Jurisdiktionszuständigkeit). Gemäß Art. 293 Abs. 1 UNCLOS sind neben diesem aber auch sonstige, mit dem Übereinkommen nicht unvereinbare Regeln des Völkerrechts anwendbar. Jurisdiktionszuständigkeit und anwendbares Recht müssen sich daher nicht zwangsläufig decken.⁴⁶⁹

Bei der Auslegung handelt es sich um eine juristische Vorgehensweise. „Ein Gesetz auszulegen heißt, die Bedeutung der Gesetzesworte zu ermitteln, also jene Tatsachen-, Wert- und Sollensvorstellungen zu gewinnen, die durch sie bezeichnet sein sollen.“⁴⁷⁰ Auslegung ist „Auseinanderlegung“, d. h. die Ausbreitung des in dem Text beschlossenen, aber noch verhüllten Sinnes.⁴⁷¹ Ausgangspunkt ist dabei das anwendbare Recht, dessen Sinn zur Sprache gebracht werden soll. Wie sonstiges Völkerrecht Einfluss auf die Auslegung von Normen des Welthandelsrechts nehmen kann, soll im dritten Abschnitt ausführlich erläutert werden.

2. Die Jurisdiktion der WTO-Streitbeilegungsorgane

Die Jurisdiktion der Panels und des Appellate Body wird in Art. 1.1 DSU umschrieben. Danach gelten die Regeln der Streitbeilegungsvereinbarung für das WTO-Übereinkommen, die multilateralen Handelsabkommen des Anhang 1A über den Warenhandel sowie für das Allgemeine Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen⁴⁷², das Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums⁴⁷³ und die Streitbeilegungsvereinbarung selbst.

467 Herrmann/Weiß/Ohler, Welthandelsrecht, Rn. 340.

468 ILC, UN Report of the Study Group of ILC on the Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, 58th Sess., UN Doc. A/CN.4/L.682 (2006), para. 45.

469 Bartels, JWT 35 (2001) 3, 499 (502); Pauwelyn, JWT 37 (2003) 6, 997 (1000).

470 Zippelius, Juristische Methodenlehre, S. 42.

471 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 313.

472 Allgemeines Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (General Agreement on Trade in Services) v. 15.4.1994; 33 ILM. 1167 (1994); BGBl. II 1994, 1643; in Kraft seit dem 1.1.1995.

473 Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) vom 15.4.1994; 33 ILM 1197 (1994); BGBl. 1994 II, 1730; in Kraft seit dem 1.1.1995.

Diese Abkommen werden im Folgenden im Einklang mit dem DSU als „covered agreements“ bezeichnet. Die Jurisdiktionszuständigkeit ist auf Streitigkeiten über Rechte und Pflichten aus diesen Abkommen begrenzt. Wie sich aus einem Umkehrschluss (*argumentum e contrario*) ergibt, besteht keine Kompetenz der DSU-Streitbeilegungsorgane für die Entscheidung von Verletzung von Nicht-WTO-Recht. Eine Verletzung eines klimarechtlichen Grundsatzes kann daher nicht gerügt werden. Art. 23 DSU betont die Verpflichtung, Streitigkeiten ausschließlich nach den Regeln des DSU zu klären. Ein Rückgriff auf andere Foren zur Streitbeilegung ist unzulässig,⁴⁷⁴ die Klärung welthandelsrechtlicher Streitigkeiten daher auf den Rahmen des DSU beschränkt.

3. Klimarecht als anwendbares Recht

Wie bereits erläutert, lässt sich aus der begrenzten Jurisdiktionszuständigkeit der Streitbeilegungsvereinbarung kein Schluss im Hinblick auf das anwendbare Recht ziehen. In der Streitbeilegungsvereinbarung wird das anwendbare Recht nicht explizit festgelegt. Es finden sich aber Anhaltspunkte: Gemäß Art. 7 Abs. 2 DSU sollen sich die Spruchkörper bei ihrer Entscheidungsfindung auf die einschlägigen Bestimmungen der *Covered Agreements* stützen. Diese bilden die Hauptquelle des Welthandelsrechts.⁴⁷⁵ Doch das Welthandelsrecht ist zugleich im Kontext des sonstigen Völkerrechts zu sehen.⁴⁷⁶ Dies betonte der Appellate Body bereits in seinem ersten Report. Er führte darin aus, dass die Auslegung des GATT und der übrigen WTO-Vertragstexte nicht in klinischer Isolation („clinical isolation“) erfolgen dürfe.⁴⁷⁷ Er entschied jedoch nicht ausdrücklich, ob sonstiges Völkerrecht direkten Einfluss auf das WTO-Recht haben kann oder ob die Streitbeilegungsorgane nur im Rahmen der Auslegung auf systemfremdes Völkerrecht zurückgreifen können.⁴⁷⁸ Zur Beantwortung dieser Frage sind zwei Konstellationen zu unterscheiden.

474 Panel, US-Section 301 Trade Act, Rn. 7.43.

475 Zudem dienen das WTO-Sekundärrecht und die Entscheidungen der DSU-Streitschlichtungsorgane als WTO-Rechtsquelle. Vgl. Götsche in: Hilf/Oeter (Hg.), WTO-Recht, § 5 Rn. 3.

476 Dies auch in Anbetracht seines Regelungsgegenstandes: die Freiheit des Welthandels ist auf verschiedenste Weise mit anderen Politikbereichen, wie z. B. der Klima- und Umweltpolitik, verknüpft. Vgl. Diem, Freihandel und Umweltschutz, S. 60.

477 AB, US-Gasoline, S. 17.

478 ILC, UN Report of the Study Group of ILC on the Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, 58th Sess., UN Doc. A/CN.4/L.682 (2006), para. 30.

a) Bezugnahme auf sonstigen Völkerrechts

Weitgehend unproblematisch ist die Anwendbarkeit von sonstigem Völkerrecht, wenn eine WTO-Rechtsnorm auf ein anderes völkerrechtliches Übereinkommen verweist. Ein solcher Verweis findet sich beispielsweise in dem WTO-Übereinkommen über Sanitäre und Phytosanitäre Maßnahmen⁴⁷⁹. Aus dem Verweis folgt nicht, dass eine Beschwerde vor dem DSU direkt auf die in Bezug genommene Norm gestützt werden kann. In Anbetracht der eingeschränkten Jurisdiktion kann dies nur unter Berufung auf eine WTO-Norm erfolgen. Die Nicht-WTO-Vorschrift dient allerdings als Anhaltspunkt bei der Bewertung der Verpflichtung des WTO-Mitgliedstaates.⁴⁸⁰

b) Generelle Anwendbarkeit sonstigen Völkerrechts

Weitgehend umstritten ist hingegen die Frage nach der Anwendbarkeit von sonstigem Völkerrecht, wenn sich kein expliziter Verweis in einem der *Covered Agreements* finden lässt. In der Literatur werden vielfältige Auffassungen vertreten. Letztlich lassen sich diese auf zwei konträre Ansätze herunterbrechen. Ein Teil der Literatur sieht das anwendbare Recht auf die *Covered Agreements* und auf die explizit in Bezug genommenen Normen und Verträge beschränkt. Sonstiges Völkerrecht sei lediglich über die Verweisungskette des Art. 3 Abs. 2 DSU i. V. m. Art. 31 Abs. 3 li. c) WVRK für die Auslegung relevant.⁴⁸¹

Für die Gegenauffassung folgt aus der Stellung des Welthandelsrechts im völkerrechtlichen System die Anwendbarkeit systemfremder Normen, solange sie nicht ausdrücklich durch das Welthandelsrecht ausgeschlossen ist.⁴⁸²

Ausgangspunkt für die Begründung der Anwendbarkeit bzw. Nichtanwendbarkeit von sonstigem Völkerrecht sind die Normen der Streitbeilegungsvereinbarung. Besondere Bedeutung kommt hierbei Art. 3 Abs. 2 DSU zu. Dieser beschreibt die Aufgabe des Streitbeilegungssystems u. a. mit „to clarify the existing provisions of those agreements in accordance with customary rules of interpretation of public international law. Recommendations and rulings of the DSB

479 WTO-Übereinkommen über Sanitäre und Phytosanitäre Maßnahmen (Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures) vom 14.4.1994, 1867 UNTS 493, ABl. 1994 L 336/40, 1.1.1995.

480 Pauwelyn, AJIL 95 (2001) 3, 535 (555).

481 So z. B.: Herrmann/Weiß/Ohler, Welthandelsrecht, Rn. 340; Marceau, JWT 35 (2001) 6, 1081 (1102) und JWT 33 (1999) 5, 87 (110); Thiedemann, WTO und Umwelt, S. 31.

482 Pauwelyn, JWT 37 (2003) 6, 997 (1002). Zu dem gleichen Ergebnis kommen, teilweise mit anderer Begründung, auch: Bartels, JWT 35 (2001) 3, 499 (506); Götsche in: Hilf/Oeter (Hg.), WTO-Recht, § 5 Rn. 29f; Palmeter/Mavroidis, AJIL 92 (1998) 3, 398ff.

cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements.“ Dieser letzte Satz der Norm, der für das Panel in Art. 19 Abs. 2 DSU wiederholt wird, wird teilweise als Hindernis für die Anwendbarkeit von sonstigem Völkerrecht verstanden. Da eine Entscheidung der Streitbeilegungsorgane die Rechte und Pflichten der Mitgliedstaaten nicht verändern dürfe, könne sonstiges Völkerrecht keinen Einfluss auf den Bewertungsmaßstab haben.⁴⁸³ Die Gegenauffassung entkräftet diese Schlussfolgerung mit dem Argument, dass Streitbeilegungsorgane als dritte Gewalt naturgemäß nicht berechtigt sind Rechte und Pflichten der Mitgliedstaaten zu verändern. Vielmehr seien sie zu deren Durchsetzung verpflichtet. Art. 3 Abs. 2 DSU diene somit lediglich der Klarstellung des allgemein anerkannten Grundprinzips, dass die Judikative das durch die Legislative, der Mitgliedstaaten, gesetzte Recht nicht modifizieren dürfe. Sollten Rechte und Pflichten der Mitgliedstaaten aufgrund sonstiger Abkommen abgeändert werden, agiere jedoch nicht die Judikative, sondern die Legislative selbst.⁴⁸⁴

Art. 7 DSU ist für die Frage nach dem Umfang des anwendbaren Rechts unergiebig.⁴⁸⁵ Die Festlegung des Panelmandats dient dazu, den Streitgegenstand festzulegen und so die Stellung zusätzlicher Anträge im laufenden Verfahren zu verhindern.⁴⁸⁶ Etwas Anderes folgt auch nicht aus der Entscheidung des Panels in der Sache *Superfund*. In dieser Sache ging das Panel nicht auf die Frage der Vereinbarkeit der Maßnahme mit dem umweltrechtlichen Verursacherprinzip ein. Diese Einschränkung war jedoch in der vorhergegangenen Festlegung des Mandats begründet, wie auch der Verweis dorthin nahelegt.⁴⁸⁷ Es ist insofern den Ausführungen des Panels in *Korea – Governemnt Procurement* zuzustimmen, in denen es in einer Fußnote anmerkte, dass es „do(es) not see any basis for arguing that the terms of reference are meant to exclude reference to the broader rules of customary international law in interpreting a claim properly before the Panel“⁴⁸⁸.

Für die offene Auffassung spricht hingegen Art. 11 DSU. Dieser weist den Panel an, die Anwendbarkeit der relevanten *Covered Agreements* eingehend zu prüfen. Diese Verpflichtung legt den Schluss nahe, dass es Situationen denkbar

483 Herrmann/Weiß/Ohler, Welthandelsrecht, Rn. 340.

484 Pauwelyn, JWT 37 (2003) 6, 997 (1003).

485 Eine Beschränkung auf die „covered agreements“ sehen: Trachtman, Harvard International Law Journal 40 (1999) 2, 333 (342); Marceau, JWT 33 (1999) 5, 87 (110). Für andere eröffnet Art. 7 DSU den Rückgriff auf die allgemeine Rechtsquellen des Völkerrechts. Vgl. Palmeter/Mavroidis, AJIL 92 (1998) 3, 398 (399).

486 So auch: Bartels, JWT 35 (2001) 3, 499 (504).

487 GATT Panel, US-Superfund, para. 5.2.6.

488 Panel, Korea-Government Procurement, para 7.101 (Fn.755).

sind, in denen eine WTO-Rechtsnorm durch eine sonstige Norm überlagert oder ausgeschlossen und damit unanwendbar ist.⁴⁸⁹

Das tragende Argument für eine umfassende Berücksichtigung von sonstigem Völkerrecht ist letztlich jedoch die Stellung des Welthandelsrechts im völkerrechtlichen Gesamtgefüge. Welthandelsrecht ist Völkerrecht⁴⁹⁰ und muss daher in dessen Kontext gesehen werden. Das Schweigen des DSU zum Umfang des anwendbaren Rechts spricht dafür, dass kein „contracting out“, also kein Ausschluss von sonstigem Völkerrecht, durch die Vertragsparteien bezweckt worden sei. Dieses Ergebnis tragen auch die Ausführungen des Panel in *Korea – Government Procurement*: „*Customary international law applies generally to the economic relations between the WTO Members. Such international law applies to the extent that the WTO treaty agreements do not 'contract out' from it. To put it another way, to the extent there is no conflict or inconsistency, or an expression in a covered WTO agreement that implies differently, we are of the view that the customary rules of international law apply to the WTO treaties and to the process of treaty formation under the WTO.*“⁴⁹¹ Zwar bezog sich das Panel ausdrücklich nur auf Völkergewohnheitsrecht. Dies steht der Übertragung der Ratio jedoch nicht entgegen. Auch aus dem Umstand, dass die Streitbeilegungsvereinbarung teils explizit auf sonstiges Völkerrecht Bezug nimmt, lässt sich kein anderer Schluss ziehen. Diese Verweisungen stellt Handlungen *ex abundante cautela* dar.⁴⁹²

c) Konsequenzen für die Einflussmöglichkeit des CBDR-Prinzips

Der Umstand, dass sonstige Völkerrechtssätze nach der hier vertretenen Auffassung auch ohne explizite Bezugnahme durch WTO-rechtliche Normen Eingang auf die Anwendung des WTO-Rechts finden können, ist im Zusammenhang mit dem CBDR-Prinzip ohne große Bedeutung. Wie bereits gezeigt wurde, stellt das CBDR-Prinzip derzeit noch kein Völkergewohnheitsrecht dar. Es handelt sich zwar um einen vertraglich niedergelegten Grundsatz, dieser kann aber aufgrund seiner Eigenschaften als Prinzip, also als *legal Soft Law*, die Anwendung der Rechtssätze der WTO-Übereinkommen nicht direkt beeinflussen. Dies ist bedingt durch seinen begrenzten normativen Gehalt. Eine Einflussnahme ist daher

489 Pauwelyn, Conflict of Norms in Public International Law, S. 469.

490 Diese Aussage ist für Völkerrechtler ein „truisim“, vgl. Pauwelyn, AJIL 95 (2001) 3, 535 (538).

491 Panel, Korea-Government Procurement, para. 7.96.

492 Pauwelyn, AJIL 95 (2001) 3, 535 (541).

nur über die Auslegung des WTO-Rechts möglich. Diese stellt den möglichen Schlüssel für den Zugang weicher völkerrechtlicher Prinzipien dar.

4. Berücksichtigung von Klimarecht bei der Auslegung von WTO-Recht

Von Jurisdiktion und anwendbarem Recht ist die Auslegung des Welthandelsrechts zu unterscheiden. Wie der Appellate Body in *US – Gasoline*⁴⁹³ ausdrücklich festgehalten hat, ist das Welthandelsrecht in seinem völkerrechtlichen Kontext zu sehen. Die interpretative Berücksichtigung von sonstigem Völkerrecht (und somit des Klimarechts und letztlich des CBD-Prinzips) ist explizit im WTO-Recht angelegt. Anknüpfungspunkt ist Art. 3 Abs. 2 DSU. Dieser bestimmt die Aufgabe des Streitbeilegungssystems der Welthandelsorganisation wie folgt: „to clarify the existing provisions of (the covered) agreements in accordance with customary rules of interpretation of public international law.“ Die Streitbeilegungsorgane werden ausdrücklich aufgefordert, die Bestimmungen der WTO-Übereinkommen im Einklang mit den völkerrechtlich anerkannten Auslegungsregeln des Völkerrechts zu klassifizieren. Der Appellate Body hat dies insbesondere als Verweis auf die Art. 31 und 32 der WVRK, in denen die gewohnheitsrechtlich anerkannten Grundsätze der Vertragsauslegung kodifiziert sind, verstanden.⁴⁹⁴ Art. 31 WVRK gibt die Anwendung der grammatikalischen, systematischen und teleologischen Auslegung vor.⁴⁹⁵ Hilfsweise ist nach Art. 32

493 AB, *US-Gasoline*, S. 17.

494 AB, *US-Gasoline*, S. 16; AB, *India-Patent Protection*, para. 45; AB, *EC-Computer Equipment*, para. 85ff. Zudem haben Appellate Body und verschiedene Panel auf sonstige Auslegungsgrundsätze, wie z. B. effektive Auslegung, Konfliktvermeidende Auslegung und den Grundsatz in dubio mitius, zurückgegriffen. Vgl. bspw. AB, *US-Gasoline*, S. 18.

495 Art. 31 WVRK lautet in seiner deutschen Übersetzung wie folgt:

(1) Ein Vertrag ist nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen.

(2) Für die Auslegung eines Vertrags bedeutet der Zusammenhang außer dem Vertragswortlaut samt Präambel und Anlagen a) jede sich auf den Vertrag beziehende Übereinkunft, die zwischen allen Vertragsparteien anlässlich des Vertragsabschlusses getroffen wurde; b) jede Urkunde, die von einer oder mehreren Vertragsparteien anlässlich des Vertragsabschlusses abgefasst und von den anderen Vertragsparteien als eine sich auf den Vertrag beziehende Urkunde angenommen wurde.

(3) Außer dem Zusammenhang sind in gleicher Weise zu berücksichtigen a) jede spätere Übereinkunft zwischen den Vertragsparteien über die Auslegung des Vertrages oder die Anwendung seiner Bestimmungen; b) jede spätere Übung bei der Anwendung des Vertrags, aus der die Übereinstimmung der Vertragsparteien über seine Auslegung hervor-

WVRK die historische Auslegung zulässig. Die Einflussnahme von sonstigen Völkerrechtsätzen wird in Anwendung dieser Auslegungsregeln auf zwei verschiedenen Wegen möglich.

a) Einflussnahme über Art. 31 Abs. 1 WVRK

Sonstige Völkerrechtssätze können zunächst unter Anwendung der Auslegungsregel des Art. 31 Abs. 1 WVRK zur Ermittlung der üblichen Bedeutung eines auszulegenden Begriffes herangezogen werden. Das Panel führte dazu in *EC – Biotech* aus: „We think that, in addition to dictionaries, other relevant rules of international law may in some cases aid a treaty interpreter in establishing, or confirming, the ordinary meaning of treaty terms in the specific context in which they are used. Such rules would not be considered because they are legal rules, but rather because they may provide evidence of the ordinary meaning of terms in the same way that dictionaries do.“⁴⁹⁶ Ähnlich wie ein Wörterbuch stellt die Verwendung des Begriffs in internationalen Abkommen somit ein Indiz für das Bestehen eines geläufigen Inhalts dar.⁴⁹⁷ Völkerrechtliche Instrumente sind dann eine weitere „source of linguistic guidance“⁴⁹⁸. Für diese Form der Einflussnahme ist es nicht erforderlich, dass der Parteienkreis des heranzuziehenden Vertrags mit dem Kreis der WTO-Mitgliedstaaten übereinstimmt.⁴⁹⁹ Denn die gewöhnliche Bedeutung eines Begriffes ist keine Frage einer gemeinsam getroffenen Definition, sondern eine Frage gesellschaftlicher Bräuche.⁵⁰⁰

Die Bedeutung dieser Form der Einflussnahme ist dadurch begrenzt, dass die Streitbeilegungsorgane nicht zwingend auf den Gehalt der sonstigen Normen einzugehen brauchen. Vielmehr sind sie nur dann zu beachten, wenn sich die gewöhnliche Bedeutung des auszulegenden Begriffes nicht aus sich selbst ermitteln lässt. Wenn eine sonstige Regelung im gegenteiligen Falle als „informativ“ bewertet wird, *kann* das Panel sie berücksichtigen. In allen sonstigen Fällen darf sie außer Acht bleiben.⁵⁰¹

geht; c) jeder in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien anwendbarer einschlägiger Völkerrechtssatz.

(4) Eine besondere Bedeutung ist einem Ausdruck beizulegen, wenn feststeht, dass die Vertragsparteien dies beabsichtigt haben.

496 Panel, *EC-Biotech*, para. 7.92.

497 Vgl. z. B. Panel, *US-Shrimp*, para. 130; AB, *EC-Computer Equipment*, para. 89f; Panel, *EC-Biotech*, para. 7.94.

498 Young, *ICLQ* 56 (2007) 4, 907 (918).

499 Puth, *WTO und Umwelt*, S. 196 m.w.N.

500 Young, *ICLQ* 56 (2007) 4, 907 (919).

501 Panel, *EC-Biotech*, para. 7.92; 7.95.

b) Einflussnahme über Art. 3 Abs. 2 DSU i. V. m. Art. 31 Abs. 3 lit. c) WVRK

Von weitaus größerer Bedeutung ist daher die Einflussnahme über Art. 3 Abs. 2 DSU i. V. m. Art. 31 Abs. 3 lit. c) WVRK. Art. 31 Abs. 3 lit. c) WVRK ordnet die Berücksichtigung von „any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties“ an. Der Rückgriff auf das zwischen den Vertragsparteien geltenden Völkerrecht ist eine Pflicht des Streitentscheidungsgremiums. Das Panel führt dementsprechend aus: „It is important to note that Article 31(3)(c) *mandates* a treaty interpreter to take into account other rules of international law...; it does not merely give a treaty interpreter the option of doing so (Hervh. des Verf.).“⁵⁰² Art. 31. Abs 3 lit. c) WVRK stellt durch seine Verweisung insofern das maßgebliche Einfallstor für sonstige Völkerrechtssätze dar und spielt so eine essentielle Rolle bei der Wahrung der inneren Kohärenz der Völkerrechtsordnung.⁵⁰³

Auch das CBDR-Prinzip könnte auf diese Weise Eingang in die Auslegung verschiedener welthandelsrechtlicher Normen finden. Dazu müssten jedoch die Tatbestandsmerkmale des Art. 31 Abs. 3 lit. c) WVRK erfüllt sein. Deren exakter Bedeutungsumfang ist in den Einzelheiten ungeklärt.

aa) Sachlicher Anwendungsbereich

Die Formulierung „any relevant rules of international law (Hervorhebung des Verf.)“ erscheint weitgefasst. Doch bereits aus dieser Formulierung lassen sich erste Einschränkungen des Anwendungsbereiches herausarbeiten. So macht der Verweis auf „rules of international law“ deutlich, dass es sich um „rules of law“, also geltendes Recht, handeln muss.⁵⁰⁴ Verwiesen wird dadurch auf die in Art. 38 Abs. 1 lit. a) – d) IGH-Statut genannten Rechtsquellen.⁵⁰⁵ Im Rahmen der Streitbeilegungsvereinbarung hat das Panel in der Sache *EC – Biotech* bestätigt, dass völkerrechtliche Abkommen das Kriterium der „rule of law“ erfüllen.⁵⁰⁶

502 Panel, EC-Biotech, para. 7.69.

503 Thiedemann, WTO und Umwelt, 2004, S. 31.

504 ILC, UN Report of the Study Group of ILC on the Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, 58th Sess., UN Doc. A/CN.4/L.682 (2006), para. 426.

505 Panel, EC-Biotech, para. 7.67. Zustimmend Marceau, JWT 35 (2001) 6, 1081 (1087). Die Beschränkung auf „rules“ darf jedoch nicht als Ausgrenzung von Prinzipien verstanden werden. Für eine solche Begrenzung gibt es keinen Anlass. Anders: McLachlan, ICLQ 54 (2005) 2, 279)290.

506 Panel, EC-Biotech, para. 7.67.

Non-legal Soft Law und andere unverbindliche Grundsätze können hingegen keinen Einfluss auf die Auslegung nehmen.

Zudem muss die Norm für die Auslegung „relevant“ sein. Dieses Kriterium bezieht sich auf den sachlichen Regelungsgehalt einer Vorschrift. Nicht jede Norm beleuchtet den auszulegenden Begriff näher. Nur wenn ein gewisser sachlicher Bezug zwischen dem Streitgegenstand, der auszulegenden und einflussnehmenden Norm besteht, soll eine Einflussnahme möglich sein.⁵⁰⁷ Diese Anforderungen sind im Einzelfall zu untersuchen und nicht zu eng zu verstehen.⁵⁰⁸

Im Hinblick auf den zeitlichen Bezugspunkt von Art. 31 Abs. 3 lit. c) WVRK sind zwei verschiedene Ansätze denkbar. Maßgeblich könnte entweder der Zeitpunkt des Vertragsschlusses des auszulegenden Vertrages oder der Zeitpunkt der Auslegung sein.⁵⁰⁹ Während die erstgenannte Alternative zur Folge hätte, dass nur schon beim Abschluss des Vertrages bestehende Völkerrechtssätze Einfluss nehmen könnten, wäre durch die zweite Alternative die Auslegung entwicklungsoffen. Der Appellate Body hat sich in der Sache *US – Shrimp* eindeutig für die zweite Alternative entschieden.⁵¹⁰ Soweit ein Begriff für eine dynamische Auslegung offen ist, sind daher alle zum Zeitpunkt der Auslegung bestehenden einschlägigen Völkerrechtssätze heranzuziehen.

bb) Personeller Anwendungsbereich

Die Einflussnahme steht zudem unter der Prämisse, dass der Völkerrechtssatz in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien anwendbar ist (Art. 31 Abs. 3 lit. c) WVRK). Dies bedeutet, dass der Rechtssatz die Parteien binden muss, d. h. in Kraft getreten ist und Rechtswirkungen entfaltet.⁵¹¹ Umstritten ist, im Verhältnis welcher Parteien die Norm anwendbar sein muss.

Nach der engsten Auffassung finden sonstige Völkerrechtssätze nur Eingang in die Auslegung, wenn sie unter allen Vertragsparteien des auszulegenden Vertrags anwendbar sind.⁵¹² Vereinfachend wird von dem Erfordernis der Partei-

⁵⁰⁷ Marceau, JWT 33 (1999) 5, 87 (123).

⁵⁰⁸ McGrady, JWT 42 (2008) 4, 589 (591). Insbesondere sind die Anforderungen nicht mit denen an „the same subject-matter“ i.S.d. Art. 30 WVRK zu vergleichen. Das dem Art. 30 WVRK zugrunde liegende Konzept ist bedeutenden enger gefasst. Vgl. French, ICLQ 55 (2006) 2, 281 (304).

⁵⁰⁹ Puth, WTO und Umwelt, S. 187.

⁵¹⁰ AB, US-Shrimp, para. 129ff.

⁵¹¹ Marceau, EJIL 13 (2002) 4, 753 (780).

⁵¹² Puth in: Hilf/Oeter (Hg.), WTO-Recht, § 25 Rn. 15; Panel, US-Tuna II, paras. 3.38; 3.42; 5.18-5.20; Leebron, 96 AJIL (2002) 1 (5); Pauwelyn, Conflict of Norms in Public International Law, S. 257ff; McLachlan, ICLQ 54 (2005) 2, 279 (315).

identität gesprochen.⁵¹³ Dies beschränkt die Berücksichtigung von sonstigem Völkerrecht auf das Völkergewohnheitsrecht, die allgemeinen Rechtsgrundsätze sowie völkerrechtliche Verträge, die zwischen sämtlichen Vertragsparteien des auszulegenden Vertrages gelten. Die bilateralen und die Vielzahl plurilateraler Verträge sind hingegen nach dieser Auffassung für die Auslegung irrelevant.⁵¹⁴

Die Gegenauffassung lässt es ausreichen, dass die Parteien des konkreten Streits Vertragsparteien des völkerrechtlichen Vertrages sind. Die Vertragsmitgliedschaft anderer WTO-Mitgliedstaaten hat hingegen keinen Einfluss auf die Bewertung. Schon dann könne jedweder völkerrechtlicher Vertrag zur Auslegung einer WTO-Rechtsnorm herangezogen werden.⁵¹⁵

Schließlich lässt sich eine Vielzahl differenzierender Ansichten ausmachen.⁵¹⁶ Teilweise wird vertreten, dass nur eine Vertragspartei des auszulegenden Vertrages Vertragspartei des zur Auslegung heranzuziehenden Vertrages ist.⁵¹⁷ Eine vermittelnde Auffassung lässt es ausreichen, dass der heranzuziehende Satz implizit durch alle Parteien des auszulegenden Vertrages akzeptiert bzw. toleriert wird. Schon dann sei er als „common intention or understanding of all members“ bei der Auslegung zu berücksichtigen.⁵¹⁸

Entscheidende Bedeutung bei der Auslegung einer Norm hat zunächst der Wortlaut der Vorschrift. Hierbei ist von dem authentischen⁵¹⁹ Wortlaut auszugehen. Der englische Terminus „parties“ wird in Art. 2 Abs.1 lit. g) WVRK legaldefiniert. Dort heißt es: „party' means a State which has consented to be bound by

513 Diese Bezeichnung ist nicht ganz treffend. Der Kreis der durch das heranzuziehende Recht Verpflichteten kann auch größer sein, als der Kreis der durch den Vertrag Verpflichteten (z. B. im Falle der Berücksichtigung von Völkergewohnheitsrecht). Vgl. Puth, WTO und Umwelt, S. 189.

514 Weiss, WTR 2 (2003) 2, 183 (195).

515 Vgl. bspw.: Panizzon/Arnold/Cottier, Umweltrecht in der Praxis 3 (2010), 199 (231ff); Palmeter/ Mavroidis, AJIL 92 (1998) 3, 398 (410ff); French, ICLQ 55 (2006) 2, 281 (307); ILC, UN Report of the Study Group of ILC on the Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, 58th Sess., UN Doc. A/CN.4/L.682 (2006), para. 472.

516 Vgl. z. B. McGrady, JWT 42 (2008) 4, 589ff.

517 Marceau, JWT 33 (1999) 5, 87 (123f.).

518 Pauwelyn, Conflict of Norms in Public International Law, S. 257-263.

519 „Ein Vertragstext ist authentisch, wenn dies im Vertragstext so festgelegt oder es aus ihm ersichtlich ist; in dieser Eigenschaft ist der Text auslegungserheblich. Mehrere gleichermaßen authentische Texte sind grundsätzlich gleichermaßen auslegungsrelevant (Art. 33 Abs. 1 WVK). [...] Weichen zwei gleichermaßen authentische Fassungen voneinander ab, ist die Auslegung zu wählen, welche beide Fassungen miteinander in Einklang bringt (Art. 33 Abs. 4 WVK).“ Vgl. Vitzthum in: Vitzthum (Hg.), Völkerrecht, Rn. 123.

the treaty and for which the treaty is in force.“ Unter „parties“ sind danach Vertragsparteien und nicht Streitparteien, welche mit „parties to a dispute“ beschrieben werden,⁵²⁰ zu verstehen. Die WTO-Mitgliedstaaten sind „parties“ des GATT im Sinne dieser Definition.⁵²¹ Dies spricht für eine enge Auslegung des Tatbestandsmerkmals. Die Fassung „the parties“ in Art. 31 Abs. 3 lit. c) WVRK stellt eine unqualifizierte Pluralform des Parteienbegriffs dar. Die Verwendung der Pluralform verdeutlicht, dass es nicht ausreichen kann, dass nur eine Partei Vertragspartei des heranzuziehenden Vertrages ist. Schon aus diesem Grund ist die weitgefasste Auffassung nicht mit dem Wortlaut der WVRK vereinbar und abzulehnen. Im Übrigen kann die unqualifizierte Verwendung in zwei Richtungen gedeutet werden. Einerseits kann in der fehlenden Betonung von „a party“, „one party“, „some parties“ etc. ein Hinweis darauf gesehen werden, dass *alle* Vertragsparteien gemeint sind.⁵²² Andererseits wird nicht, wie etwa in Art. 31 Abs. 2 WVRK, die Konkretisierung „all parties“ zur Hervorhebung der notwendigen Beteiligung aller Vertragsparteien verwendet. Dies könnte dafür sprechen, dass im Rahmen der WVRK die unqualifizierte Verwendung für eine weite Auslegung spricht. Art. 31 Abs. 2 WVRK ist jedoch im Ganzen zu sehen. Er regelt die Berücksichtigung von vertragsbegleitenden Abkommen und Instrumenten, die von allen Vertragsparteien gemeinsam (lit. a) bzw. von einer einzelnen Vertragspartei (lit. b) initiiert wurden. Das Panel hielt daher in der Sache *EC – Biotech* fest, dass die Qualifizierung allein der Verdeutlichung der Abgrenzung dieser zwei Regelungen diene. Da eine solche in Art. 31 Abs. 3 lit. c) WVRK nicht erforderlich ist, ließe sich aus der fehlenden Qualifizierung kein entsprechender Umkehrschluss ziehen.⁵²³ Zugleich verwies das Panel auf die Sache *EC – Chicken Cuts*. In dieser hatte der Appellate Body im Hinblick auf eine spätere Übung der Parteien i. S. d. Art. 31 Abs. 2 lit. b) WVRK die Zustimmung aller Vertragsparteien vorausgesetzt.⁵²⁴ Nach Ansicht des Panels bestätige dies die enge Auslegung des Begriffes. Es sei sinnwidrig, im Hinblick auf die Übung einen strengeren Maßstab anzulegen als im Hinblick auf einen völkerrechtlichen Vertrag.⁵²⁵

Gestützt wird eine enge Auslegung auch durch den Kontext der Norm. Teil III Abschnitt III der WVRK, in dem sich Art. 31 Abs. 3 lit. c) WVRK befindet, trägt den Titel: „Interpretation of Treaties“. Art. 31 WVRK ist mit „General

520 Vgl. beispielsweise Art. 66 WVRK.

521 Es ist unschädlich, dass die WTO-Mitgliedstaaten als „members“ und nicht mehr wie zu GATT-Zeiten als „parties“ bezeichnet werden. Lennard, JIEL 5 (2002) 1, 17 (37).

522 So Puth, WTO und Umwelt, S. 190.

523 Panel, EC-Biotech, Fn. 242.

524 AB, EC-Chicken Cuts, para. 272ff.

525 Panel, EC-Biotech, Fn. 243.

Rule of Interpretation“ überschrieben. Gegenstand der Norm ist somit die Auslegung von Verträgen und nicht die Streitbeilegung. Daher scheint es abwegig, unter „parties“ Streitparteien zu verstehen.⁵²⁶

Schließlich sind auch Sinn und Zweck des Art. 31 Abs. 3 lit. c) WVRK für die Auslegung bedeutsam. Art. 31 Abs. 3 lit. c) WVRK ist Ausdruck des Prinzips der „systemic integration“, nach dem internationale Verpflichtungen vor dem Hintergrund des Gesamtsystems interpretiert werden müssen.⁵²⁷ Die Norm ermöglicht eine gegenseitig unterstützende und konfliktvermeidende Auslegung völkerrechtlicher Normen und entfaltet dadurch integrative Wirkung.⁵²⁸ Diese Aufgabe kann Art. 31 Abs. 3 lit. c) WVRK nur dann erfüllen, wenn er tatsächlich den Rückgriff auf weitere Vertragswerke zulässt. Bei einer engen Auslegung des Tatbestandsmerkmals bleibt praktisch kein Raum für eine Einflussnahme. Bei einem Vertrag mit einer so weitreichenden Akzeptanz wie den verschiedenen Abkommen unter dem Dach der WTO besteht nur in wenigen Fällen eine Kongruenz der Mitgliedschaften mit bedeutsamen anderen Abkommen. Die daraus resultierende Absonderung des Welthandelsrechts vom sonstigen Völkerrecht würde ironischerweise mit wachsender Akzeptanz und steigenden Mitgliedszahlen der WTO verstärkt werden.⁵²⁹ Dies widerspricht der Forderung des Appellate Body, das Welthandelsrecht nicht in klinischer Isolation vom sonstigen Völkerrecht zu sehen. Dies spricht dafür, „parties“ weit auszulegen, so dass es ausreicht, dass zumindest die Streitparteien das zur Auslegung heranzuziehende Abkommen ratifiziert haben. Eine solche Vorgehensweise hätte jedoch zur Konsequenz, dass abhängig von den konkreten Streitparteien divergierende Auslegungen desselben Begriffes vorgenommen werden könnten bzw. müssten (sog. *interprétation partagée*).⁵³⁰ Rechte und Pflichten der Mitgliedstaaten könnten dadurch voneinander abweichen. Dies widerspräche dem Ansatz der WVRK, nachdem jede Norm eine „single, objectively ascertainable interpretation for all parties“ hat, so dass es nach Lennard lediglich *eine* Auslegung für alle WTO-Mitgliedstaaten geben.⁵³¹ Doch fordert die WVRK zwingend eine gemeinsame Auslegung für alle Parteien? Dies ist nicht der Fall. Vielmehr genügt es, dass Vorgehensweise und Methode gleich sind, da schon dadurch der Wille der Vertragsparteien, der sich in dem Vertragsschluss manifestiert hat, hinrei-

526 Herrmann/Weiß/Ohler, Welthandelsrecht, Rn. 344.

527 McLachlan, ICLQ 54 (2005) 2, 279 (280).

528 Marceau, JWT 33 (1999) 5, 87 (117).

529 Marceau, EJIL 13 (2002) 4, 757 (781).

530 Leirer, Rechtliche Grundfragen des Verhältnisses internationaler Umweltschutzabkommen zum GATT, S. 23 m. w. N.

531 Lennard, JIEL 5 (2002) 1, 17 (37).

chend berücksichtigt werden kann.⁵³² Die uneinheitliche Auslegung verstößt auch nicht gegen den Grundsatz *pacta sunt servanda*. Zwar besagt dieser Grundsatz, dass die einzelnen Mitgliedstaaten ihre multilateralen Verpflichtungen nicht ohne die Zustimmung aller anderen Mitgliedstaaten ändern dürfen,⁵³³ die Auslegung dient jedoch ausschließlich der Konkretisierung der Bestimmungen des auszulegenden Vertrages. Sie konkretisiert nur die Reichweite der dem Vertrag entspringenden Rechte und Pflichten und begründet keine neuen.

Auch wenn schlagkräftige Argumente für eine einschränkende Auslegung des Merkmals „the parties“ sprechen und dies wohl als derzeit geltende Rechtsprechung angesehen werden muss, spricht schlussendlich insbesondere der Telos des Art. 31 Abs. 3 lit. c) WVRK für eine weite Auslegung. Dieses Ergebnis ist mit dem Wortlaut des Art. 31 Abs. 1 lit. c) WVRK vereinbar. Selbst wenn unter „parties“ eindeutig Vertragsparteien zu verstehen sind, schließt dies nicht zwangsläufig aus, dass der Begriff auch zur Bezeichnung von streitenden Vertragsparteien verwendet werden kann. Eine Berücksichtigung von sonstigem Völkerrecht ist praktisch nur möglich, wenn keine Parteienidentität vorausgesetzt wird. Die weite Auslegung verhindert eine Fragmentierung des Völkerrechts und ermöglicht ein kohärentes Zusammenspiel verschiedener Völkerrechtsordnungen. Die Befürchtung, dass die völkerrechtliche Kohärenz auf Kosten der inneren Einheit der WTO-Rechtsordnung erfolgt, geht fehl. Obwohl die Streitbeilegungsorgane dadurch bei unterschiedlichen Streitparteien andere Verträge bei der Auslegung einer identischen Norm zu berücksichtigen haben, sind keine signifikanten Divergenzen zu befürchten. Denn die Wortlautgrenze stellt die absolute Auslegungsgrenze dar. Sobald die Formulierung der Norm eindeutig ist, können sonstige Völkerrechtsvorschriften den vorgegebenen Normgehalt nicht modifizieren. Eine Auslegung *contra legem* ist unzulässig. Eine weitgehende Modifikation der Rechte und Pflichten ist daher ausgeschlossen, eine Aushöhlung des Konsensprinzips nicht zu befürchten. Zudem ist nach Art. 31 Abs. 3 lit. c) WVRK sonstiges Völkerrecht nur „zu berücksichtigen“ („taken into account“). Den Streitbeilegungsorganen steht somit zwar ein gewisser Spielraum bei der Gewichtung der verschiedenen Verträge zu, sie sind jedoch nicht allein maßgeblich. Rechtlich sind daraus resultierende Verpflichtungsunterschiede vor dem Hintergrund des Nichtbestehens von Präzedenzfällen im WTO-Recht unproblematisch. Moralisch sind sie im Hinblick auf die Aufgabe

532 ILC, UN Report of the Study Group of ILC on the Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, 58th Sess., UN Doc. A/CN.4/L.682 (2006), para. 472; Weiss, WTR 2 (2003) 2, 183 (196).

533 Marceau, JWT 35 (1999) 5, 87 (125)

des Streitbeilegungssystems, einen konkreten Streitfall zu lösen, hinzunehmen.⁵³⁴

cc) Konsequenzen für die Einflussmöglichkeit des CBDR-Prinzips

Auch im Hinblick auf das CBDR-Prinzip ist das gefundene Ergebnis zu befürworten. Denn den Staaten muss in Anbetracht der zunehmenden Verrechtlichung des zwischenstaatlichen Miteinanders die Möglichkeit zu einem möglichst weitgehenden völkerrechtskonformen Verhalten eröffnet werden. Dies ist allein durch eine integrative Interpretation denkbar. Wendet man die Voraussetzungen des Art. 3.2 DSU i. V. m. Art. 31 Abs. 3 lit. c) WVRK auf den Fall des CBDR-Prinzips an ergibt sich Folgendes: Das CBDR-Prinzip ist sowohl in der Klimarahmenkonvention als auch dem Kyoto-Protokoll vertraglich verankert. Es stellt damit geltendes Völkervertragsrecht dar.⁵³⁵ Unschädlich ist insofern, dass es sich bei dem CBDR-Prinzip um ein Prinzip in Form von *legal soft law* und nicht um eine griffige Rechtsregel handelt. Auch als Prinzip kann es der inhaltlichen Konkretisierung, gegebenenfalls durch die Abwägung mit entgegengesetzten Prinzipien, eines auszulegenden Begriffes dienen.⁵³⁶

Während die sachliche Relevanz des Prinzips im Einzelfall für jede auszulegende Norm an anderer Stelle zu klären ist, kann bereits an dieser Stelle die zeitliche Relevanz der Norm geklärt werden. Entsprechend den vorgenommenen Ausführungen hindert der Umstand, dass sowohl die Klimarahmenkonvention (1994) als auch das Kyoto-Protokoll (2005) zeitlich auf den Abschluss des GATT 1994 folgten, nicht ihre Berücksichtigung bei der Ermittlung des objektiven Sinngehalts einzelner GATT-Normen.

Die zentrale Frage ist somit, ob die Klimarahmenkonvention und das Kyoto-Protokoll zwischen den Vertragsparteien anwendbares Recht darstellen. Unter Zugrundelegung der hier vertretenen Auffassung hängt dies vom jeweiligen Einzelfall ab und ist in Abhängigkeit der konkreten Streitparteien zu entscheiden. In Anbetracht der derzeit geltenden Rechtsprechung⁵³⁷ ist an dieser Stelle

534 Marceau, JWT 33 (1999) 5, 87 (127).

535 Vgl. dazu die in Kapitel 2. C. VI gemachten Ausführungen.

536 So i. E. auch Hertel, JWT 45 (2011) 3, 653 (667ff), der eine Einflussnahme des Prinzips auf den Diskriminierungs-begriff der UNFCCC, der wiederum Einfluss auf die Auslegung des Diskriminierungsbegriffes des GATT haben soll, bejaht. Meyer-Ohlendorf/Pitschas/Görlach kommen hingegen zu dem Ergebnis, dass das CBDR-Prinzip für die Bewertung einer Grenzausgleichsmaßnahme „rechtlich unerheblich“ ist. Vgl. dies., Weiterentwicklung des Emissionshandels, S. 67.

537 Vgl. Panel, EC-Biotech, para. 7.68ff.

die Frage jedoch auch unter Zugrundelegung der hier abgelehnten engeren Auffassung zu beantworten. Danach wäre erforderlich, dass alle WTO-Mitgliedstaaten Vertragspartei der Klimarahmenkonvention bzw. des Kyoto-Protokolls sind. Die zwei Klimaabkommen sind daher gesondert zu untersuchen. Die Klimarahmenkonvention wurde durch 195 Vertragsparteien, also alle von der UN anerkannte Staaten und die Europäische Union, ratifiziert⁵³⁸ und genießt daher universelle Geltung. Sämtliche 154 Mitgliedstaaten der WTO sind der Konvention beigetreten. Die Normen der Klimarahmenkonvention (und damit auch das CBDR-Prinzip) sind daher im Falle ihrer sachlichen Relevanz im Rahmen der Auslegung zu berücksichtigen. Auch das Kyoto-Protokoll weist mit derzeit 192 Parteien⁵³⁹ eine große Anhängerschaft auf. Allerdings hat mit den Vereinigten Staaten ein WTO-Mitgliedstaat die Ratifikation des Protokolls verweigert und die zuvor geleistete Unterschrift förmlich widerrufen. Zudem hat Kanada seinen förmlichen Austritt aus dem Kyoto-Protokoll erklärt.⁵⁴⁰ Da sowohl die USA als auch Kanada Mitgliedstaaten der WTO sind, wäre nach der engeren Auffassung der Rückgriff auf das Kyoto-Protokoll im Rahmen der Auslegung nicht zulässig. Letztlich ist dies aber nicht schädlich. Durch die universelle Geltung der UNFCCC, die zudem als Rahmenkonvention eine zeitlich unbegrenzte Geltungsdauer zeigt, ist das CBDR-Prinzip ohnehin geltendes Recht zwischen den Mitgliedstaaten.

5. Zusammenfassung der Ergebnisse

Klimarecht kann durch die Streitbeilegungsmechanismen der WTO nicht durchgesetzt werden. Es ist auch nicht im Rahmen der Streitbeilegung selbstständig anwendbares Recht. Dennoch besteht die Möglichkeit der Einflussnahme des Klimarechts und des CBDR-Prinzips auf das Welthandelsrecht über die Auslegung der WTO-Rechtsnormen.

538 Vgl. zu dem Ratifikationsstatus: http://unfccc.int/essential_background/convention/status_of_ratification/items/2631.php.

539 Vgl. zu dem Ratifikationsstatus: http://unfccc.int/kyoto_protocol/status_of_ratification/items/2613.php. Zuletzt besucht: 23. April 2012.

540 Vgl. http://unfccc.int/kyoto_protocol/background/items/6603.php. Zuletzt besucht am 24. April 2012.

Kapitel 2: Vereinbarkeit eines Klimagrenzausgleichs mit Welthandelsrecht

Die Entwicklungsländer lehnen die Einführung von Grenzausgleichsmaßnahmen als Klimaschutzinstrument vehement ab. Indien forderte im August 2009 ein entsprechendes Verbot ausdrücklich in den Verhandlungstext für die Klimakonferenz in Kopenhagen aufzunehmen. Die Begründung stützte sich auf die Feststellung, dass solche Maßnahmen nicht mit der Klimarahmenkonvention und insbesondere dem CBDR-Prinzip vereinbar seien.⁵⁴¹ Indiens Umweltminister, *Jairam Ramesh*, kündigte zudem an, im Fall der Einführung eines klimaschutzmotivierten Grenzausgleichs diesen mit rechtlichen Mitteln anzufechten.⁵⁴² Um eine als sog. *Chill Effekt* beschriebene Selbstzensur zu vermeiden,⁵⁴³ besteht das Bedürfnis die völkerrechtliche Zulässigkeit eines Klimagrenzausgleichs zu klären. Die Völkerrechtskonformität ist neben den erforderlichen politischen Überlegungen⁵⁴⁴ richtungsweisend im Entscheidungsprozess für oder gegen eine entsprechende Maßnahme. Rechtssicherheit erhöht dabei nicht nur die Implementierungswahrscheinlichkeit entsprechender Maßnahmen. Vielmehr ist die Implementierung zugleich ein maßgeblicher Faktor für die Härte nationaler Klimapolitiken und ein weiteres Druckmittel und möglicher Anreiz im Rahmen der laufenden Klimaverhandlungen.⁵⁴⁵

Völkerrechtlicher Maßstab für die Überprüfung eines klimaschutzmotivierten Grenzausgleichs ist einerseits das WTO-Rechtsregime und andererseits das Klimarechtsregime. Beispielhaft hieß es daher in der EU-Richtlinie 2009/29/EC: „Alle getroffenen Maßnahmen müssten mit den Grundsätzen des UNFCCC und insbesondere mit dem Grundsatz der gemeinsamen, aber unterschiedlichen Verantwortlichkeiten und der jeweiligen Fähigkeiten in Einklang stehen; [...] Zudem müssten die Maßnahmen mit den internationalen Verpflichtungen der Ge-

541 Der entsprechende Auszug sollte lauten: „Developed country Parties shall not resort to any form of unilateral trade measures [...] against goods and services imported from [...] developing country Parties, on grounds of stabilization and mitigation of climate change.“ Vgl. UNFCCC, AWG-LCA, 7th Sess., UN Doc. FCCC/AWGLCA/2009/14 (2009), S. 114.

542 Ram, Business Line, 30. März 2010, www.thehindubusinessline.com/2010/03/31/stories/2010033153020700.htm.

543 Zelli in: UNEP/ADAM (Hg.), *Climate and Trade Policies in a Post-2012 World*, 51 (51).

544 Vgl. dazu: van Asselt/Biermann, *Energy Policy* 35 (2007), 497 (498).

545 Biermann/Brohm, *Climate Policy* 4 (2005), 289 (291).

meinschaft, auch den Verpflichtungen aus dem WTO-Übereinkommen, in Einklang stehen.“⁵⁴⁶ Gegenstand des folgenden und entscheidenden Teils dieser Arbeit ist nichtsdestotrotz allein die Vereinbarkeit mit dem WTO-Rechtsregime. Diese Eingrenzung der Fragestellung ist durch die besonderen Eigenschaften des Klima- und Welthandelsrechts bedingt. Das Klimarecht weist als Prüfungsmaßstab zwei gravierende Mängel auf: zum einen sind seine rechtlichen Vorgaben nicht griffig. Konkrete Handlungsanweisungen, ob und wie nationale Klimaschutzmaßnahmen international koordiniert werden können, lassen sich dem Klimaregime kaum entnehmen. Zum anderen haben die Vertragsparteien die in Art. 14 UNFCCC eröffnete Möglichkeit zur Schaffung eines systemeigenen Streitbeilegungssystems nicht ergriffen. Es mangelt daher an einem effektiven klimateigenen Sanktions- und Streitbeilegungsmechanismus.⁵⁴⁷ Das Welthandelsrecht bietet demgegenüber viele Vorteile: eine vergleichsweise hohe Detailliertheit der Regelwerke und ein im Völkerrecht einzigartiges Streitbeilegungssystem.⁵⁴⁸ Dieses verleiht dem WTO-Recht eine überragende Durchsetzungskraft.⁵⁴⁹ Wie bereits gezeigt kann das Klimarecht jedoch Einfluss auf das Welthandelsrecht nehmen. Der globale Klimaschutz verfügt daher nicht so sehr in seinem eigenen Regime, dafür aber im Welthandelsrecht über Mechanismen, die seinen Prinzipien die erforderliche Durchsetzungskraft verleihen können.

Die Regelungen für einen Grenzausgleich für Importe bzw. Exporte werden getrennt anhand des Maßstabes des WTO-Rechts untersucht. Unter der Bezeichnung „WTO-Recht“ sind die unter dem Dach der WTO geschlossenen multilateralen Vereinbarungen zu verstehen. Die Frage nach der Vereinbarkeit der klimaschutzbezogenen Grenzausgleichsmaßnahmen wird nicht pauschal mit einem einfachen „Ja“ oder „Nein“ zu beantworten sein. Wie häufig bei juristischen Fragestellungen kommt es auf die konkrete Ausgestaltung im Einzelfall an. Reglungsdetails sind daher von besonderer Bedeutung. Diese Arbeit beleuchtet die maßgeblichen Vorschriften und deren Problemfelder. Ein Erkenntnisgewinn soll sich dabei insbesondere durch die Untersuchung verschiedener gestalterischer Ansätze ergeben.⁵⁵⁰ Sie soll eine Gegenüberstellung der Gestaltungsmög-

546 Richtlinie 2009/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG zwecks Verbesserung und Ausweitung des Gemeinschaftssystems für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten, ABl. EU L 140/63, para. 25.

547 Werksman/Houser, WRI DP Dez. 2008, S. 5.

548 Ekardt/Susjar/Steffenhagen in: Hendler/Marburger/Reiff/Schröder (Hg.), Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 2008, 225 (229).

549 Grätz, KJ 2006, 39 (41).

550 Hierbei handelt es sich um folgende Konstellationen: (1) Das nationale Klimaschutzinstrument hat die Form einer CO₂-Steuer. Im Rahmen des Grenzausgleiches wird den

lichkeiten ermöglichen und hilfreich sein, die Vor- und Nachteile jedes einzelnen Konstruktes herauszuarbeiten. Der Verfasser hofft, auf diese Weise einen sinnvollen Beitrag für die Arbeit der nationalen Gesetzgeber leisten und schlussendlich eine Empfehlung für die bestmögliche Ausgestaltung eines entsprechenden Gesetzesvorhabens geben zu können.

Aufgrund des zweigleisigen Ansatzes dieser Arbeit, die sich der Klärung zweier Fragen verschrieben hat,⁵⁵¹ ist an den relevanten Prüfungspunkten auf mögliche Modifikationen durch das klimarechtliche CBDR-Prinzip einzugehen.

A. Vereinbarkeit der Importseite eines Klimagrenzausgleichs mit dem GATT

In diesem Abschnitt soll die Frage nach der Vereinbarkeit eines „Klimazolls“, d. h. der Importseite eines Grenzausgleichs,⁵⁵² mit dem Herzstück des Welthandelsregimes, dem Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommen, geklärt werden. Dieses regelt die Zulässigkeit von Grenzausgleichsmaßnahmen nicht explizit. Vielmehr lassen sich in verschiedenen Regelungen Grenzen und Vorgaben in Bezug auf die Zulässigkeit finden. Für die Zulässigkeit der Importregelung wird insbesondere das Rechtsprinzip der Nichtdiskriminierung relevant, welches sowohl in der Meistbegünstigungsverpflichtung nach Art. I:1 GATT als auch durch das in Art. III GATT niedergelegte Gebot der Inländergleichbehandlung näher konkretisiert wird.⁵⁵³

importierten Waren eine finanzielle Belastung in der Höhe auferlegt, die entstanden wäre, wenn die Waren im Einfuhrland hergestellt worden wären. (2) Auf nationaler Ebene wird ein Emissionshandelssystem eingeführt, den importierten Waren wird eine Steuer auferlegt. (3) National besteht ein Emissionshandelssystem. Die dadurch inländischen Produzenten entstehenden Mehrkosten sollen durch die Verpflichtung der Importeure zum Kauf von vergleichbaren Zertifikaten ausgeglichen werden. Vgl. dazu ausführlich oben unter: „Mögliche Gestaltungsformen eines klimaschutzmotivierten Grenzausgleichs“.

551 Zum Einen der Frage nach der Vereinbarkeit eines klimaschutzbezogenen Grenzsteuerausgleichs mit dem WTO-Rechtsregime und zum Anderen inwieweit diese Zulässigkeit durch das CBDR-Prinzip beeinflusst wird.

552 Vgl. dazu bereits die im Kapitel 2. B. I. 1. Import- und Exportregelung werden unter dem Begriff des Grenzausgleichs zusammengefasst.

553 So gab die Working Party vor: „The Working Party agreed that the main articles it should consider were, on the import side, Articles II and III and, on the export side, Article XVI. Other relevant articles included Articles I, VI and VII.“ Vgl. GATT, Working Party Report on Border Tax Adjustments, L/3464 (1970), para. 7.

I. Verstoß gegen GATT-Vorschriften

Die Überprüfung eines Klimaschutzmotivierten Grenzausgleichs am Maßstab des GATT hat zweistufig zu erfolgen. In einem ersten Schritt ist zu untersuchen, ob die Maßnahme eine Norm des GATT verletzt, d. h. den von der Norm aufgestellten Anforderungen nicht entspricht. Liegt eine Verletzung vor, ist in einem zweiten Schritt zu untersuchen, ob sie ausnahmsweise gerechtfertigt ist. Erst wenn dies nicht der Fall ist, liegt im Ergebnis ein Verstoß gegen das GATT vor.

1. Gebot der Inländergleichbehandlung (Art. III:2 S. 1 GATT)

Die zentrale Regelung für den Import ist das Gebot der Inländergleichbehandlung nach Art. III GATT. Danach dürfen importierte Waren nicht schlechter behandelt werden, als einheimische gleichartige Waren. Das Gebot bewirkt eine Gleichbehandlung nach innen. Bezüglich des Regelungsgehaltes der Norm sind die verschiedenen Absätze zu unterscheiden: Während der erste Absatz den allgemeinen Grundsatz statuiert, dass Regelungen nicht dem Schutz inländischer Produktion dienen dürfen, behandelt Absatz 2 die Frage der Zulässigkeit fiskalischer Maßnahmen und Absatz 4 die Frage der Zulässigkeit von Gesetzen, Verordnungen und sonstigen Vorschriften. In Absatz 2 wird zudem zwischen Abgaben auf eingeführte und inländische gleichartige Produkte (S. 1) und Abgaben auf eingeführte Waren die mit inländischen Waren im Wettbewerb stehen (S. 2 i. V. m. der Interpretationsanmerkung) unterschieden. Aufgrund der Spezialität des Satz 1 soll im Folgenden zunächst untersucht werden, ob ein Verstoß gegen Art. III:2 S. 1 GATT vorliegt. Ein solcher wäre gegeben, wenn eingeführte Produkte durch einen Grenzausgleich mittelbar oder unmittelbar einer höheren Steuer- oder Abgabenlast unterliegen würden als gleichartige inländische Produkte.

a) Bestimmung des Anwendungsbereichs

Obwohl in Art. II:1 lit. b) und in lit. c) GATT hinsichtlich des Zollbegriffs eine Unterscheidung zwischen „Zöllen im eigentlichen Sinne“ und „andere Abgaben und Belastungen [...] anlässlich oder im Zusammenhang mit der Einfuhr“ (Zölle im weiteren Sinne/zollgleiche Abgaben) vorgenommen wird, sind diese beiden Gruppen einander im Wesentlichen gleichgestellt.⁵⁵⁴ Die Mitgliedstaaten sind insofern an die ausgehandelten Zollzugeständnisse gebunden. Anderes gilt hingegen nach Art. II:2 lit. a) GATT. Dort heißt es, dass „nothing in this article shall prevent any contracting party from imposing at any time on the importation of any product: (a) a charge equivalent to an internal tax imposed consist-

554 Vgl. Art. I, II:1 und Art. III GATT sowie die Interpretationsanmerkung zu Art. III.

ently with the provisions of paragraph 2 of Art. III in respect of the like domestic product or in respect of an article from which the imported product has been manufactured in whole or in part“. Art. II GATT erlaubt somit einer Ware bei der Einfuhr einer inneren Abgabe gleichwertige Belastung aufzuerlegen. Der Appellate Body schloss daraus zu Recht, dass „innere Abgaben“ nicht zu den gebundenen „anderen Abgaben und Belastungen“, den Zöllen im weiteren Sinne, nach Art. II:1 GATT gehören.⁵⁵⁵ Die Unterscheidung von Zöllen im weiteren Sinne und inneren Abgaben dient somit der Abgrenzung des Anwendungsbereichs des Art. II von dem des Art. III GATT. Ihre Anwendungsbereiche schließen sich gegenseitig aus.⁵⁵⁶ Die Bedeutung dieser Abgrenzung wurde durch das Panel in der Entscheidung *EEC – Parts and Components* wie folgt hervorgehoben: „The Panel recalled that the distinction between import duties and internal charges is of fundamental importance because the General Agreement regulates ordinary customs duties, other import charges and internal taxes differently: the imposition of „ordinary customs duties“ for the purpose of protection is allowed unless they exceed tariff bindings; all other duties or charges of any kind imposed on or in connection with importation are in principle prohibited in respect of bound items (Article II:1 (b)). By contrast, internal taxes that discriminate against imported products are prohibited, whether or not the items concerned are bound (Art. III:2).“⁵⁵⁷ Der Regelungsgehalt von Art. II und Art. III GATT unterscheidet sich maßgeblich. Während Art. II:1 lit. b) GATT die Regelungsgewalt der WTO-Mitgliedstaaten allein im Hinblick auf die in den Listen genannten Produkte einschränkt, dafür aber einen maximalen Satz festlegt, gilt Art. III GATT für *alle* Produkte, verbietet jedoch nicht die Festlegung eines eigenständigen Steuerniveaus, sondern lediglich die Diskriminierung eingeführter Produkte.

Nur wenn es sich bei im Rahmen eines Klimaschutzmotivierten Grenzausgleichs um eine interne Belastung handelt, ist der Anwendungsbereich des Art. III:2 GATT eröffnet. Andernfalls ist die Belastung am Maßstab des Art. II GATT zu messen. Entscheidend für die Zuordnung ist die Abgrenzung des Zollbegriffes von dem Begriff der inneren Abgabe. Aus der Beschreibung des Zolls als „andere Abgaben und Belastungen [...] anlässlich oder im Zusammenhang mit der Einfuhr“ in Art. II:1 lit. c) S. 2 GATT könnte der Schluss zu ziehen sein, dass der Zeitpunkt der Einfuhr ein maßgebliches Kriterium darstellt. Diese Vermutung wird durch die Interpretationsanmerkung zu Art. III im Anhang des GATT

555 AB, Chile-Price Band System, para. 276.

556 Vgl. AB, China-Automobile Parts, para. 148. Daher sind zunächst diese beiden Anwendungsbereiche voreinander abzugrenzen bevor, die Maßnahme am Maßstab der einschlägigen Regelung untersucht werden kann.

557 GATT Panel, EEC-Parts and Components, para. 5.4.

widerlegt. Dort heißt es: „Any internal tax [...] which applies to an imported product and to the like domestic product and is collected or enforced in the case of the imported product at the time or point of importation, is nevertheless to be regarded as an internal tax [...] and is accordingly subject to the provisions of Article III.“ Aus dem Umstand, dass Abgaben, auch wenn sie „im Zeitpunkt oder am Ort der Einfuhr erhoben“ werden, als innere Abgaben gelten können, wird ersichtlich, dass weder der Zeitpunkt noch der Ort der Erhebung ausschlaggebendes Merkmal für die Klassifizierung sein kann. Auch der Zweck der Erhebung und die Bezeichnung der Abgabe sind keine dienlichen Indizien für die Klassifizierung.⁵⁵⁸ Ein hilfreicher Anhaltspunkt lässt sich jedoch in Art. II:2 lit. a) GATT finden. Danach ist erforderlich, dass die Abgabe ein „equivalent to an internal tax“ darstellt, d. h. einer inneren Abgabe gleichwertig ist. In der Interpretationsanmerkung zu Art. III GATT wird zudem vorausgesetzt, dass die Abgabe sowohl auf die eingeführten als auch die einheimischen Waren angewandt wird. Entscheidend ist danach, ob die Belastung der eingeführten Ware mit der Abgabenerhebung von inländischen gleichartigen oder konkurrierenden in einem sachlichen Zusammenhang steht.⁵⁵⁹ Die Belastung der eingeführten Produkte muss im Rahmen eines zwischenstaatlichen Steuerausgleiches erfolgen, d. h. ein Äquivalent zur inländischen Besteuerung darstellen. Dies ist der Fall, wenn ein interner Faktor, d. h. „something that takes place *within* the customs territory“, ausschlaggebend für die Belastung des Produktes ist.⁵⁶⁰ In diesen Fällen ist der Grenzübertritt nicht wie bei Zöllen der Grund, sondern nur Anlass für die Fälligkeit. Für die Abgrenzung ist der Blick daher nach innen auf die Behandlung der inländischen Produkte zu richten.⁵⁶¹

Bei allen drei möglichen Konstellationen eines Klimaschutzmotivierten Grenzausgleichs⁵⁶² ist das Bestehen einer nationalen Klimaschutzgesetzgebung Grund für die Belastung. Nur die Kosten, die auch bei der Produktion im Inland entstehen, werden den Importgütern auferlegt. Ausschlaggebend ist die Existenz eines nationalen Klimaschutzgesetzes, das losgelöst von dem Grenzausgleich einen rein nationalen Faktor darstellt. Nicht der Grenzübertritt der Ware an sich ist daher Anlass für die Belastung, sondern die Intention, die Kosten anzugleichen. Die Konstellationen sind somit nicht als Zölle oder zollgleiche Abgaben, son-

558 GATT Panel, EEC-Parts and Components, para. 5.6 und 5.7; AB, China-Auto-Parts, para. 172.

559 WTO, Note by the Secretariat, WT/CTE/W/47 (1997); WTO (Hg.), Analytical Index, S. 136;

560 AB, China-Auto Parts, para. 171.

561 Puth, WTO und Umwelt, S. 258.

562 Vgl. dazu oben: Kapitel 2. B. II.

dern als innere Abgaben zu bewerten.⁵⁶³ Sie fallen daher gegebenenfalls in den Anwendungsbereich des Art. III:2 GATT. Die Bezeichnung von klimaschutzmotivierten Grenzausgleichen als „Klimazoll“ bzw. „Ökozoll“⁵⁶⁴ ist daher irreführend.⁵⁶⁵

b) Vorliegen einer finanziellen Belastung i. S. d. Art. III:2 S. 1 GATT

Im Hinblick auf die Vereinbarkeit eines nationalen Klimaschutzinstrumentes mit Art. III:2 Satz 1 GATT stellt sich zudem die Frage, ob die den *nationalen* Produkten durch die *nationalen* Klimainstrumente zusätzlich auferlegten Kosten als innere Steuern oder sonstige Abgaben („internal taxes or other internal charges of any kind“) i. S. d. Vorschrift zu bewerten sind. Das Kriterium der Abgabe dient der Abgrenzung des Absatzes 2 von Absatz 4, der die Zulässigkeit von Rechtsvorschriften (sog. nichtfiskalischen Maßnahmen) regelt. Nur wenn es sich bei den Mehrkosten um eine Abgabe und nicht um ein ordnungsrechtliches Instrument handelt, ist ein Grenzausgleich zulässig. Die Kosten für die Einhaltung umweltschutzmotivierter ordnungsrechtlicher Maßnahmen (sog. Umweltstandards) sind hingegen grundsätzlich nicht ausgleichsfähig, da regulative Vorgaben nach der Theorie der komparativen Kostenvorteile zu den Standortbedingungen gehören und ihre Angleichung eine optimale Ressourcenallokation verhindern würde.⁵⁶⁶

aa) Der Abgabenbegriff

Der Begriff der Abgabe stellt den Oberbegriff für hoheitlich auferlegte Geldleistungen dar, die der Bürger kraft öffentlichen Rechts an ein öffentlich-rechtliches

563 Dafür sprechen sich aus: Wasmeier, Umweltabgaben und Europarecht, S. 22; van Asselt/Brewer/Mehling, Climate Strategies WP, März 2009, S. 48; Shoyer, Background Analysis, S. 5; Howse/Eliason in: Cottier/Nartova/Bigdeli (Hg.), International Trade Regulation and the Mitigation of Climate Change, 48 (69). Eine Vielzahl von Autoren geht ohne weitere Begründung davon aus, dass Art. III GATT anwendbar ist und stellen nur die Frage, ob die Abgabe „ausgleichsfähig“ ist. Vgl. u. a. Veel, JIEL 12 (3) 2009, 749 (771); Ruddigkeit in: Tietje/Kraft (Hg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 89, S. 9ff.; Sindico, European Energy and Environmental Law Review 17 (2008) 6, 320 (337); Pauwelyn, NI WP 07/02, S. 16ff. Ablehnend hingegen: Quick, GTCJ 4 (2009) 11/12, 353 (356).

564 Ekardt/Neumann, ZfU 2008, 183 (197); UBA (Hg.), Climate Change 05/08, S. 3.

565 So auch: Veel, JIEL 12 (2009) 3, 749 (750).

566 Herrmann/Weiß/Ohler, Welthandelsrecht, Rn. 416; Quick, GTCJ 4 (2009) 11/12, 353 (357).

Gemeinwesen abführen muss.⁵⁶⁷ Das Panel verwies in der Entscheidung *Argentina – Hides and Leather* zur Begriffsbestimmung auf eine Definition des Oxford Dictionary nach der mit einer Abgabe stets eine finanzielle Belastung einhergeht.⁵⁶⁸ Zu den Abgaben zählen die Untergruppen Steuern, Gebühren und Beiträge.

Eine nationale CO₂-/Energieabgabe legt dem Normadressaten die Pflicht zur Entrichtung einer Geldleistung an eine staatliche Stelle auf und stellt eindeutig eine Abgabe i. S. d. Absatzes 2 dar.⁵⁶⁹ Die Bezeichnung als *Abgabe* ist insofern zutreffend.

Größere Schwierigkeiten bereitet die Beurteilung des Ausgleichs der Kosten für den Erwerb einer Emissionsberechtigung, da der Emissionshandel eine Synthese aus einem staatlichem Umweltinstrument mit klassischen Marktmechanismen darstellt. Er ist ein Instrument, das in seiner Form zur Zeit der Formung der Dogmatik des Grenzausgleichs und des GATT nicht vorausgesehen wurde.⁵⁷⁰ Es stellt sich daher die Frage, welcher Handlungsform der Emissionshandel gleichgesetzt werden kann. Sind die Erwerbskosten eines Zertifikates mit CO₂-/Energiesteuern vergleichbar? Oder ähneln diese Kosten eher denen, die durch die Befolgung von Umweltstandards entstehen? Zur Beantwortung dieser Frage sind die entstehenden Kosten anhand der Merkmale einer Abgabe zu untersuchen. Für die Einordnung der Kosten als Abgabe ist es erforderlich, dass die Adressaten durch den Emissionshandel zu einer Geldleistung an eine staatliche Stelle verpflichtet werden. Diesbezüglich muss zwischen den verschiedenen Allokationsmethoden, der Zertifikatszuteilung im Wege der Versteigerung, der freien Zuteilung und der teilweise freien Zuteilung unterschieden werden.

Bei der Zertifikatsversteigerung müssen die verpflichteten Emittenten, um Emissionsberechtigungen zu erwerben, eine Geldzahlung leisten. Da die Versteigerung zunächst durch den Staat erfolgt (primärer Markt), kommt diese direkt dem Staat zugute. Eine Geldleistung an den Staat ist in diesen Fällen zu bejahen. Problematischer gestaltet sich dies hingegen bei dem Erwerb weiterer Zertifikate über den sekundären Markt. Auf diesem können die Verpflichteten weitere Zertifikate von anderen Inhabern (juristischen oder natürlichen Personen) erwerben. Die Zahlung erfolgt dann an diese.⁵⁷¹ Da die Zertifikate jedoch zuvor auf dem primären Markt gehandelt wurden haben auch sie staatliche Ein-

567 Vgl. Wacker/Seibold/Oblau (Hg.), Lexikon der Steuern, Stichwort „Abgabe“.

568 Panel, *Argentina-Hides and Leather*, para. 11.143.

569 So lapidar: Ekardt/Schmeichel, *Border Adjustments*, *WTO Law and Climate Protection*, S. 6.

570 Godard, EDF/École Polytechnique Cahier Nr. DDX 07/15, S. 28.

571 Ekardt/Schmeichel, *Border Adjustments*, *WTO Law and Climate Protection*, S. 6.

nahmen generiert. Letztlich ist die Zahlung des Zweiterwerbers als Erstattung der Zahlung des Erstkäufers zu bewerten, der das Zertifikat quasi vorfinanziert hat. Im Ergebnis ändert die Möglichkeit des späteren Emissionshandels daher nichts an dem Umstand, dass für jedes Zertifikat eine Geldleistung an eine staatliche Stelle erbracht wurde. Werden die Zertifikate im Wege der Auktion zugeteilt ist das Kriterium der Geldleistung daher zu bejahen.

Gilt dies auch für die freie, d. h. kostenlose Zuteilung, bei der den Emittenten keine direkten Kosten durch den Erwerb der Zertifikate entstehen? Eine finanzielle Kostenbelastung erfolgt in diesen Fällen jedoch indirekt durch die Ressourcen- und Regulierungskosten. Des Weiteren sind die betroffenen Emittenten gegebenenfalls dazu verpflichtet, zusätzliche Zertifikate auf dem sekundären Markt zu erwerben. Andererseits ist es möglich, dass durch den Verkauf überschüssiger Zertifikate Einnahmen generiert werden. In beiden Fällen ist der Emissionshandel (mit freier Zuteilung) mit Opportunitätskosten verbunden.⁵⁷² Diese Belastung wird teilweise als ausreichend für die Bejahung einer Leistung erachtet.⁵⁷³ Es wird vorgebracht, dass die Leistung nicht zwangsläufig in Form von Geld erbracht werden müsse.⁵⁷⁴ Diese Bewertung lässt jedoch außer Acht, dass die Leistung in jedem Fall an den Staat erfolgen muss. Der Staat wird durch die Investitionsaufwendungen der Pflichtigen jedoch nicht bereichert. Diese kommen vielmehr der Wirtschaft im Allgemeinen zugute. Zudem sind Opportunitätskosten mit den Kosten vergleichbar, die durch die Einhaltung ordnungsrechtlicher Vorgaben entstehen. Eine Leistung an den Staat liegt in diesen Fällen nicht vor. Auch die durch den Emissionshandel bei kostenfreier Zuteilung entstehenden Mehrkosten stellen keine Abgabe dar.⁵⁷⁵ Sie sind nicht ausgleichsfähig.

Die bisher getroffenen Feststellungen lassen sich auch auf die dritte Konstellation (Zertifikate werden teilweise kostenlos zugeteilt und teilweise versteigert) anwenden: Der Teil der Kosten, der durch die Ersteigerung der Zertifikate entsteht stellt eine Abgabe i. S. d. Norm dar. Die übrigen Kosten sind hingegen keine Abgaben und nicht ausgleichbar. In Anbetracht dessen gestaltet sich die Berechnung der Kosten problematisch. Einen möglichen Lösungsansatz stellt

572 Dhar/Das, RIS-DP Nr.156, Sept. 2009, S. 11f.

573 Pauwelyn, NI WP 07/02, S. 22; Godard, EDF/École Polytechnique Cahier Nr. DDX 07/15, S. 28; Dhar/Das, RIS-DP Nr. 156, Sept. 2009, S. 12.

574 So Dhar/Das, RIS-DP Nr. 156, Sept. 2009, S. 12 mit Verweis auf die Definition der Steuer („Tax“) in Black's Law Dictionary. Anders ist dies im deutschen Steuerrecht. Dort ist das Erbringen einer Geldleistung erforderlich (vgl. § 3 AO).

575 So im Ergebnis auch: Quick, GTCJ 3 (2008) 5, 163 (165); Kommerskollegium (Hg.), Climate and Trade Rules, S. 10; De Cendra, RECIEL 15 (2006) 2, 131 (136).

die Bildung eines Preismittelwertes dar.⁵⁷⁶ Würde die eine Hälfte der Zertifikate zu einem fiktiven Preis X erworben, die andere hingegen frei zugeteilt, beliefen sich die ausgleichsfähigen Kosten auf $X/2$.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Kosten im Rahmen der kostenfreien Zuteilung von Emissionszertifikaten keine Abgaben i. S. d. Absatzes 2 darstellen. Vielmehr handelt es sich bei einem solchen Emissionshandelssystem um eine nichtfiskalische Maßnahme i. S. d. Absatz 4, so dass dessen Maßstab maßgeblich ist. Einem Gesetzgeber, der die Einführung eines Emissionshandels anstrebt, ist daher anzuraten, die Emissionszertifikate im Wege der Auktion zuzuteilen. Die daraus entstehenden Mehrkosten sind gegebenenfalls ausgleichsfähig. Auch aus ökonomischer Sicht stellt dies die zu bevorzugende Form der Zuteilung dar.⁵⁷⁷

Im Falle der Versteigerung bedeutet das Vorliegen einer Geldleistung an den Staat nicht zwangsläufig, dass die Kosten für den Emissionshandel als eine Abgabe i. S. d. Art. III:2 GATT zu klassifizieren sind. Abgaben sind von andern Zahlungen an den Staat abzugrenzen. So könnte es sich bei den Kosten für die Zertifikate beispielsweise um ein Mittel zur Durchsetzung niedriger Emissionsstandards (also einen Durchsetzungsmechanismus) handeln. Die Verpflichtung zum Kauf könnte als Sanktion für die Nichtanpassung der Produktion, d. h. die Nichtbefolgung des Gebots der Emissionsreduzierung, bewertet werden. Eine solche Strafzahlung zur Durchsetzung einer staatlichen Regelung stellt keine „innere Abgabe oder sonstige Belastung“ i. S. d. Art. III:2 GATT dar.⁵⁷⁸ Zur Abgrenzung ist auf die verschiedenen Zielsetzungen der beiden Formen zu verweisen: Während ein Durchsetzungsmechanismus als primäres Ziel die Einhaltung der Grundregelung bezweckt, dient eine Abgabe der Erzielung staatlicher Einnahmen.⁵⁷⁹ Im Rahmen eines Emissionshandelssystems wird landesweit eine bestimmte Emissionsobergrenze (das *cap*) vorgegeben, diese gilt jedoch nicht für den einzelnen Adressaten. Ein Adressat kann weiterhin nach Belieben CO₂ emittieren, solange er die dafür benötigten Zertifikate vorweist. Der Emissionshandel bezweckt nämlich nicht primär, den CO₂-Verbrauch jedes einzelnen Adressaten zu reduzieren. Die Zielsetzung ist vielmehr auf den nationalen bzw. regionalen Rahmen angelegt. Daher hat jeder Adressat die Wahl: Entweder er passt seine Produktion an und verringert dadurch seinen CO₂-Ausstoß oder er erwirbt die erforderliche Menge an Emissionszertifikaten. Beide Handlungs-

576 So im Bezug auf den Export: Ismer/Neuhoff, CMI Working Paper 36/CWPE 0409, S. 11.

577 Vgl. Weishaar, METRO WP 2005, S. 38

578 GATT Panel, US-Tobacco, para. 80.

579 GATT Panel, EEC-Animal Feed Proteins, para. 4.4

maßnahmen stehen in einem Alternativverhältnis. Jeder adressierte Emittent soll ermitteln, welche Vorgehensweise in der konkreten Situation rentabler ist. Dadurch sollen Einsparungen dort erzielt werden, wo sie am kostengünstigsten möglich sind. Die Kosten für den Erwerb eines Zertifikats stellen daher keine Strafe, sondern vielmehr einen Anreiz dar, marktwirtschaftlich zu investieren. Die Regelungen zum Zertifikatskauf zielen somit nicht unmittelbar auf die Durchsetzung einer Reduktionsverpflichtung. Andererseits verfolgt der Emissionshandel nicht das klassische Ziel einer Abgabe, da er nicht primär darauf ausgerichtet ist, Einnahmen zu generieren. Mittlerweile ist jedoch die sog. Zweckdichotomie von Abgaben anerkannt. Abgaben können daher neben der Vermehrung von Staatseinkünften, zugleich auch Sozialgestaltung und Verhaltensbeeinflussung (sog. Lenkungswirkung) erstreben.⁵⁸⁰ Gerade umweltschutzmotivierte Abgaben verfolgen in vielen Fällen den Zweck, von bestimmten Verhaltensweisen abschrecken. Ein solcher zusätzlicher Lenkungszweck stellt den Charakter einer Abgabe nicht in Frage, solange irgendeine Ertragsrelevanz der Zahlung gegeben ist. Eine solche ist beim Emissionshandel aufgrund der doppelten Zielsetzung gegeben. Neben Emissionsreduktionen werden zielgerichtet auch staatliche Einkünfte generiert, so dass eine Ertragsabsicht vorliegt. Diese Ertragsabsicht steht auch nicht in einem Widerspruch zu der Reduktionsintention. Solange keine Erdrosselungswirkung⁵⁸¹ gegeben ist, ist eine Abgabe auch dann, wenn langfristig der Rückgang der Einnahmen durch fortschreitende Reduktionen intendiert ist, zur Erzielung von Einnahmen geeignet. Die zusätzliche Lenkungswirkung des Emissionshandels spricht daher insgesamt nicht gegen die Bewertung der Kosten als Abgabe i. S. d. Absatzes 2.

Ein weiteres Abgrenzungskriterium ist die Eigenständigkeit der Regelung.⁵⁸² So bewertete das Panel in der Entscheidung *US – Tobacco* eine Strafzahlung nicht als eigenständige Abgabe i. S. d. Absatzes 2, sondern als bloßen Durchsetzungsmechanismus, da die Strafregelung keinen eigenen „*raison d'être*“ hätte.⁵⁸³ Gleiches gilt jedoch nicht für den Emissionshandel. Die Obergrenze als *Cap* erlangt zwar besondere Bedeutung für ein *Cap and Trade System* (Emissionshandelssystem). Wie bereits ausgeführt gilt diese Obergrenze jedoch nicht für die einzelnen Emittenten, sondern gibt ein nationales bzw. regionales Ziel vor.

580 Wernsmann in: Hübschmann/Hepp/Spitaler (Hg.), Kommentar zur Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung, § 3 AO, Rn. 85ff.

581 Eine solche wäre gegeben, wenn die Kosten für Zertifikate so hoch angesetzt wären, dass faktisch die Alternative Reduktion gewählt werden müsste. Vgl. allgemein: Wernsmann in: Hübschmann/Hepp/Spitaler (Hg.), Kommentar zur Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung, § 3 AO, Rn. 99 m.w.N.

582 Fauchald, *Environmental Taxes and Trade Discrimination*, S. 101.

583 GATT Panel, *US-Tobacco*, para. 80.

Dieses ist variabel austauschbar und nicht zwingend erforderlich. Die Verpflichtung zum Kauf von Zertifikaten und deren Handel⁵⁸⁴ wäre auch ohne Obergrenze denkbar. Das Instrument hätte dann zwar eine vorteilhafte Eigenschaft (die Vorhersagbarkeit der Höhe der Emissionseinsparung) verloren, könnte aber dennoch das Ziel der Emissionsreduzierung fördern. Die eigenständige Bedeutung der Verpflichtung zum Kauf von Zertifikaten spricht somit gegen die Bewertung als Sanktionsmechanismus. Gestützt wird dieses Ergebnis auch von dem Umstand, dass Emissionshandelssysteme regelmäßig gesonderte Sanktionszahlungen vorsehen.⁵⁸⁵ Diese sind zusätzlich zu den nachzureichenden Zertifikaten zu zahlen, wenn zunächst keine ausreichende Anzahl von Emissionsberechtigungen eingereicht wurde.⁵⁸⁶ Die Unterscheidung zwischen Berechtigung und Sanktion in den maßgeblichen Regelungsregimen verdeutlicht, dass die Zertifikatskosten selbst keine Strafe darstellen sollen. Es handelt sich bei ihnen nicht um einen bloßen Sanktions- bzw. Durchsetzungsmechanismus.

Die Bewertung der Kosten als „innere Abgabe oder sonstige Belastung“ könnte jedoch durch einige Besonderheiten des Emissionshandels in Frage gestellt werden. Problematisch erscheinen in diesem Licht die fehlende Festlegung eines exakten Adressatenkreises und der Umstand, dass die Kosten für ein Zertifikat auf dem sekundären Markt nicht von vornherein feststehen, sondern durch Angebot und Nachfrage reguliert werden.

Belastungen i. S. d. Art. III:2 GATT ist gemein, dass sie allen auferlegt werden, die unter den Tatbestand fallen, an den die Leistungspflicht anknüpft. Im Rahmen des Emissionshandels wird der Adressatenkreis verpflichtet, eine festgelegte Menge an Zertifikaten zu erwerben. Der Adressatenkreis erscheint dadurch zunächst hinreichend bestimmt. Der Adressat hat jedoch eine Wahlmöglichkeit. Er kann sich zwischen Zertifikatserwerb und Emissionseinsparung entscheiden. Dieses Alternativverhältnis könnte gegen das Vorliegen einer „Auferlegung“, also der einseitigen und ohne Rücksicht auf den Willen des Verpflichteten vorgenommenen Bestimmung durch einen hoheitlichen Akt sprechen. Gegen diese Schlussfolgerung ist jedoch einzuwenden, dass diese Entscheidung

584 Durch die freie Verfügbarkeit von Zertifikaten aus staatlicher Hand wäre diesem zwar Bedeutung genommen, es wäre jedoch denkbar, dass dort überschüssige Zertifikate zu einem geringeren als dem Ausgabepreis gehandelt werden könnten.

585 So sieht bspw. § 18 Abs. 1 S.1 des Gesetzes über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen (TEHG) die Festsetzung einer Zahlungspflicht durch die Deutsche Emissionshandelsstelle im Umweltbundesamt (DEHSt) für jede emittierte Tonne Kohlendioxidäquivalent, für die keine Berechtigung abgegeben worden ist, vor.

586 Vgl. dazu beispielhaft § 18 Abs. 3 S. 1 TEHG nach dem durch die Strafzahlung die Pflicht zur Abgabe der Berechtigungen nicht entfällt. Zahlungspflicht und Abgabepflicht treten somit nebeneinander.

nur dafür maßgeblich ist, wie viele CO₂-Zertifikate vorgelegt werden müssen.⁵⁸⁷ Die rechtliche Obliegenheit der Vorlage an sich bildet faktisch nämlich eine zwingende Voraussetzung für jede reglementierte wirtschaftliche Tätigkeit.⁵⁸⁸ Eine Variation der Abgabenhöhe ist bei einer Vielzahl von Abgabentatbeständen der Fall und nicht schädlich. Zum anderen ist zu bedenken, dass eine Reduktion der Emissionen auf Null geradezu undenkbar ist, so dass stets (zumindest einige) Zertifikate zu Beginn einer Handelsperiode erworben werden müssen. Wird dann eine größere Einsparung erzielt, können die übrigen Zertifikate in der nächste Handelsperiode verkauft werden. Selbst wenn der betreffende Produzent weitreichende Investitionen tätigt, fällt er somit nicht aus dem Adressatenkreis. Ihm wird nur die Möglichkeit eröffnet, im Nachhinein mit seinem Überschuss zu handeln.

Schließlich ist der Einwand der fehlenden Preisfixierung zu behandeln. In Anbetracht der gängigen Praxis erscheint eine Abgabe, deren Betrag nicht fix von Staatsseite vorgegeben ist, sondern sich nach dem Marktmechanismus von Angebot und Nachfrage richtet, befremdlich. Teilweise wird dies als Argument gegen die Beurteilung der Kosten als innere Abgabe gewertet.⁵⁸⁹ Diese Bewertung verkennt jedoch, dass es sich bei dem Emissionshandelsmarkt im Gegensatz zu anderen Märkten nicht um einen natürlichen, sondern um einen konstruierten Markt handelt. Angebot und Nachfrage sind zwar die preisgebenden Faktoren, hängen jedoch maßgeblich von Regierungsentscheidungen, wie z. B. der Festlegung der Emissionsobergrenze, ab. Auch der Auktionsmechanismus und die Auktionsorganisation sind durch den Normgeber vorgegeben. Der Staat spielt daher von Anfang an eine zentrale Rolle bei dem Aufbau, der Organisation und Überwachung des Systems. Er agiert als „Systemadministrator“,⁵⁹⁰ der die Rahmenbedingungen schafft, in denen sich Preis und Kosten entfalten. Dieser Rahmen bewirkt eine Stabilität, die im Ergebnis einer greifbaren Maßstabbildung innerhalb der Rechtsordnung entspricht. Weiterhin ist problematisch, dass die Kosten für den einzelnen Betreiber in Abhängigkeit von den Investitionsentscheidungen stehen. Für *Quick* stellt dies das zentrale Hindernis in Bezug auf die Einordnung der Kosten als Abgabe dar.⁵⁹¹ Diese Bewertung vernachlässigt jedoch den Umstand, dass es bei der Frage nach der Einordnung der Kosten nur um die Mehrkosten in Folge des Ankaufs von Zertifikaten gehen soll. Außer Acht gelassen werden können die variierenden Adaptions- und Investitionskosten. Die relevanten Kosten für den Ankauf sind für alle Normadressaten iden-

587 Quick, GTCJ 4 (2009) 11/12, 353 (356).

588 Seiler, EuR 2010, 67 (75).

589 So Quick, GTCJ 3 (2008) 5, 163 (166).

590 Burgi, RdE 2 (2004), 29 (34).

591 Quick, GTCT 4 (2009) 11/12, 353 (356).

tisch. Dass die Menge der erforderlichen Zertifikate, abhängig von den sonstigen Investitionen, variiert, ist nicht schädlich. Die Möglichkeit zur Einflussnahme auf die Höhe der Abgabe ist in vielen Abgabetatbeständen eröffnet.⁵⁹²

Beide Einwände gegen die Beurteilung als Abgabe konnten damit entkräftet werden. Es ist festzuhalten, dass es sich bei den relevanten Mehrkosten eines Emissionshandelssystems mit Zertifikatsversteigerung um eine Abgabe i. S. d. Absatzes 2 handelt.⁵⁹³

bb) Exkurs: Vorliegen einer Steuer?

Ausreichend ist die Feststellung der Abgabeneigenschaft im Zusammenhang des Art. III:2 S. 1 GATT. Dieser erlaubt es, Abgaben importierten Waren unabhängig davon, ob für die Zahlung eine Leistung in Anspruch genommen wurde, aufzuerlegen. Eine weitergehende Differenzierung ist allerdings im Hinblick auf die Zulässigkeit von Exporterstattungen erforderlich. Ausgleichsfähig sind nach Anhang I lit. g) SCM nur Steuern, nicht aber Gebühren oder Beiträge. Erstaunlicherweise lässt sich in den WTO-Texten keine verbindliche Definition einer Steuer finden. Nach der OECD-Definition sind Steuern als „compulsory, unrequited payments to general government“ zu verstehen.⁵⁹⁴ Diese Definition

592 Wernsmann in: Hübschmann/Hepp/Spitaler (Hg.), Kommentar zur Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung, § 3 AO, Rn. 79.

593 So i. E. bspw. auch Pauwelyn, NI WP 07/02, S. 21f. Ekardt/Schmeichel, Border Adjustments, WTO Law and Climate Protection, S. 7; Als Regulierung wird dies hingegen bewertet durch: Eliason/Howse in: Cottier/Nartova/Bigdeli (Hg.), International Trade Regulation and the Mitigation of Climate Change, 48 (69); Hufbauer/Charnovitz/Kim, Global Warming and the World Trading System, S. 69. Meyer-Ohlendorf/Pitschas/Görlach, Weiterentwicklung des Emissionshandels, S. 65 differenzieren zwischen der Pflicht Zertifikate zu halten und dem Ausgleich der dadurch entstehenden Kosten und bejahen nur für zweitere die Abgabenqualität. Folgt man dieser Gegenauffassung wäre die Verpflichtung zum Ankauf von Emissionszertifikaten entweder am Maßstab des Art. III:4 GATT oder des Art. XI GATT zu messen. Maßgeblich für deren Abgrenzung ist die Interpretationsanmerkung zu Art. III, nach der „any [...] regulation [...] which applies to an imported product and to the like domestic product and is collected or enforced [...] at the time or point of importation, is nevertheless to be regarded as [...] a regulation [...] subject to the provisions of Art. III.“ Es stellt sich insofern die Frage, ob auch Produktionsregulierungen eine Regulierung eines Produktes darstellen. Diesbezüglich auf die unadoptierten Entscheidungen des GATT-Panel in US-Tuna (Mexico) und die Entscheidung des Panels in US-Shrimp zu verweisen. Letztendlich ist der Maßstab des Art. III:4 GATT jedoch mit dem des Art. III:2 S. 1 GATT vergleichbar. Es kann daher auf die folgenden Ausführungen verwiesen werden.

594 OECD, Negotiating Group on the Multilateral Agreement on Investment (MAI), Expert Group No. 3 on Treatment of Tax Issues in the MAI, Report to the Negotiating Group v. 17.12.1996, DAF/MAU/EG2(96), para. 1.

stimmt in etwa mit der einfachgesetzlichen Begriffsbestimmung des deutschen Steuerrechts in § 3 Abs. 1 AO⁵⁹⁵ überein, der Steuern als „Geldleistungen, die nicht eine Gegenleistung für eine besondere Leistung darstellen und von einem öffentlichen-rechtlichen Gemeinwesen zur Erzielung von Einnahmen allen auferlegt werden, bei denen der Tatbestand zutrifft, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft“, definiert. Zu den bereits besprochenen Merkmalen einer Abgabe kommt für eine Einordnung als Steuer das Begriffskriterium „ohne Gegenleistung“ hinzu. Durch dieses grenzen sich die Steuern von den sog. Vorzugslasten (Gebühren und Beiträgen) ab, bei denen eine Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung besteht. Vorzugslasten weisen einen Bezug zu einem dem Abgabepflichtigen individuell zurechenbaren öffentlich-rechtlichen Aufwand auf.⁵⁹⁶ Für eine Steuer erhält der Steuerpflichtige hingegen „keine andere Gegenleistung als die, dass sie im Rahmen der staatlichen Organisation für die öffentlichen Aufgaben eingesetzt wird“⁵⁹⁷.

Nach dem Subventionsübereinkommen sind Steuern ausgleichsfähig, um dem missbräuchlichen Einsatz von Ausfuhrerstattungen zu vermeiden. Ob auch eine CO₂-/Energieabgabe bzw. die Kosten für den Kauf eines Emissionszertifikats ohne Gegenleistung erbracht werden, soll der Vollständigkeit halber schon an dieser Stelle untersucht werden. Verschiedene potentielle staatlichen Gegenleistungen kommen in Betracht.

Zunächst wird das Vorliegen einer Gegenleistung für CO₂-/Energieabgaben genauer untersucht. Eine staatliche Leistung liegt vor, „wenn der Staat etwas produziert hat und an Private abgibt oder wenn er eine Substanz, einen Wert oder eine Rechtsposition verschafft“⁵⁹⁸. Kurz: Wenn ein öffentlicher Aufwand gegeben ist. Ob mit der staatlichen Tätigkeit auch ein Kostenaufwand seitens des Hoheitsträgers verbunden sein muss, ist umstritten.⁵⁹⁹ Aufgrund der Emission von Treibhausgasen in die Luft könnte man erwägen, dass die Umweltnutzung an sich als staatliche Gegenleistung anzusehen sein könnte. Dagegen spricht jedoch, dass der Staat für den Ausstoß keine Infrastruktur zur Verfügung stellt. Die Abgabe ist daher nicht mit z. B. einer Autobahng Gebühr vergleichbar, bei der mit dem Bau und der Bereitstellung der Autobahn eine Dienstleistung erbracht

595 Abgabenordnung vom 16.3.1976; in der Fassung der Bekanntmachung vom 1.10.2002 BGBl. I, 3866, ber. I, 61.

596 Birk, Steuerrecht, Rn. 116f.

597 Vogel/Waldhoff in: Bonner Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 104a-115 GG, Rn. 382.

598 Kirchhof, NVwZ 1987, 1031 (1034). Diese Definition entstammt dem deutschen Steuerrecht, lässt sich jedoch sinngemäß übertragen.

599 Nawrath, Emissionszertifikate und Finanzverfassung, S. 27 m.w.N.

wird, die ohne das Handeln des Staates nicht existent wäre. Die CO₂-Steuer bezweckt auch keine Besserstellung des Emittenten (wie z. B. die Rundfunkgebühren), sondern dient allein dem Allgemeininteresse.⁶⁰⁰ Hinzu kommt, dass es sich bei der Atmosphäre um eine natürliche Ressource, mit anderen Worten „eine Naturgegebenheit“, handelt. Ebenso wie bei der Nutzung des Sonnenlichts zum Sehen keine staatliche Leistung in Anspruch genommen wird,⁶⁰¹ stellt auch die Befugnis zum Ausstoß von CO₂, d. h. die bloßen Nutzung des Umweltmediums Luft, keine individuell zurechenbare Leistung einer staatlichen Stelle dar. Dafür wäre erforderlich, dass der Staat Eigentümer dieses Gutes ist. Die staatliche Souveränität verfügt jedoch über das Gut Atmosphäre ebenso wenig wie über das Gut Sonnenlicht. Bei beiden Gütern handelt es sich um *Global Commons* (globale Gemeingüter), die sich dadurch auszeichnen, dass sie keiner staatlichen Verfügungsmacht zuzuordnen sind. Dementsprechend entschied auf deutscher Ebene das Bundesverwaltungsgericht „die zum 'Eingriff' zur Verfügung gestellte Natur ist keine Leistung der öffentlichen Hand“⁶⁰². Parallel entschied auch das Panel in *US – Lumber IV*. Es hielt fest, dass in der freien Überlassung von im Gemeineigentum stehenden Wäldern zur Nutzholzgewinnung kein finanzieller Vorteil i. S. d. Subventionsbegriffs zu sehen ist.⁶⁰³ Wendet man diese Ratio auf den Fall der CO₂-Abgabe an, kann auch in der Möglichkeit die Atmosphäre zu nutzen, kein Vorteil und keine staatliche Leistung zu sehen sein. Richtig erscheint dieses Ergebnis in Anbetracht einer weiteren Konsequenz: Bewertet man die Möglichkeit zur Emission als Gegenleistung, müsste die kostenfreie Gewährung in Staaten ohne Besteuerung/Emissionshandel als subventionsrelevanter Vorteil betrachtet werden.⁶⁰⁴ Dies würde Tür und Tor für Ausgleichszölle gegen Waren aus Ländern ohne Klimaregime ermöglichen. Deren Zulässigkeit wird geradezu einhellig abgelehnt.⁶⁰⁵ Die bloße Umweltnutzung stellt daher keine Gegenleistung i. S. d. Leistungsbegriffes dar.

Alternativ könnte die Duldung der Luftbelastung als staatliche Leistung eingeordnet werden. Insofern wird vertreten, dass die Duldung der Nutzung einer Ressource, sofern diese zuvor der freien Verfügbarkeit entzogen wurde, eine staatliche Leistung darstellen kann. Ein besonderer zusätzlicher Aufwand von

600 Ismer/Neuhoff, CMI Working Paper 36/CWPE 0409, S. 11. Zustimmend: Pauwelyn, NI WP 07/02, S. 21.

601 Birk in: Kley/Sünner/Willemsen (Hg.), Festschrift Ritter, 41 (43).

602 BverwG, NvWZ 1986, 832 (832).

603 Panel, US-Softwood Lumber IV, para. 7.30.

604 So Stiglitz, *Economist's Voice*, 3 (2006) 7, 1 (3).

605 Vergleiche zu dieser Problematik die Ausführungen in Kapitel 3. A. IV. Sowie statt vieler nur: Bhagwati/Mavroidis, WTR 6 (2007) 2, 299 (302f).

Seiten des Staates sei nicht erforderlich.⁶⁰⁶ Im Hinblick auf die CO₂-Abgabe mangelt es aber an dem grundsätzlichen Entzug der freien Verfügbarkeit. Die Duldung des Ausstoßes von Kohlendioxid scheidet daher als Anknüpfungspunkt für eine Gegenleistung des Hoheitsträgers aus. Konsequenterweise muss das Vorliegen einer staatlichen Gegenleistung verneint werden. Eine CO₂-Abgabe kann zutreffenderweise als CO₂-„Steuer“ bezeichnet werden.

Schwieriger gestaltet sich die Frage nach dem Vorliegen einer Gegenleistung in Bezug auf den Emissionshandel. Wiederum ist in der bloßen Möglichkeit CO₂ auszustoßen (d. h. in der Umweltnutzung allein), keine staatliche Gegenleistung zu sehen.⁶⁰⁷ Doch stellt im Rahmen des Emissionshandels die Duldung des Ausstoßes zertifikatspflichtigen Kohlendioxids eine relevante Gegenleistung dar? Eine staatliche Tätigkeit könnte entweder die Duldung der Emission oder die aktive Emissionsberechtigungsuteilung darstellen. Da die Zahlung der Abgabe auf den Erhalt der Berechtigung gerichtet ist, ist diese entgeltpflichtig.⁶⁰⁸ Entscheidend ist daher, ob die Zuteilung auf die Übertragung eines eigentumsähnlichen Rechts zur Nutzung des Mediums Luft gerichtet ist. Die maßgebliche staatliche Gegenleistung wäre dann nicht in der Möglichkeit zur Emission, sondern in der Übertragung des Umweltnutzungsrechts in Form des Zertifikats zu sehen. Insofern wird vertreten, dass der Staat frei darin sei, eigentumsähnliche Emissionsrechte festzusetzen.⁶⁰⁹ Der Staat könne durch die Einführung des Emissionshandels die Rechtsposition zur Nutzung des Mediums Luft aus der Eigentumsgarantie der jeweiligen Anlagen herauslösen und verselbstständigen.⁶¹⁰ Dies folge allein daraus, dass Anlagebetreiber im Rahmen des Emissionshandels für jede betriebene Anlage jedes Jahr die erforderliche Anzahl von Zertifikaten vorweisen müssen, während sie zuvor allein aufgrund einer gegebenenfalls erforderlichen emissionsschutzrechtlichen Genehmigung dazu berechtigt waren. Sei eine solche Rechtsposition durch den Gesetzgeber geschaffen, müsse die Gewährung des Rechts (durch die Ausgabe eines Zertifikates) als relevante staatliche Gegenleistung bewertet werden.⁶¹¹ Die Gegenauffassung

606 Murswiek, NuR 1994, 170 (173f.).

607 Die Argumentation zur CO₂-/Energiesteuer lässt sich insofern auf die Kosten für den Emissionskauf übertragen.

608 Nawrath, Emissionszertifikate und Finanzverfassung, S. 31.

609 Diese Lehre geht zurück auf Ronald Coase, der die These vertrat, dass eine Gesellschaft nur dann die Verschwendung öffentlicher Umweltgüter verhindern könne, wenn diesen Gütern bestimmte, frei handelbare „Property Rights“ oder Nutzungsrechte zugewiesen würden. Daraus entwickelte sich der sog. „Property-Rights“-Ansatz. Vgl. Pohlmann, Kyoto-Protokoll, S. 168ff.

610 So i. B. a. das deutsche Recht: Burgi, RdE 2 (2004), 29 (31).

611 Mehrbrey, Verfassungsrechtliche Grenzen eines Marktes handelbarer Emissionsrechte, S. 173ff; Murswiek, NuR 1994, 170 (173f.).

verneint die Rechtsmacht der Hoheitsgewalt, solche „Verschmutzungsrechte“ zu verteilen. Die Zuteilung eines solchen Rechtes setze eine vorherige Aneignung des Umweltmediums „Luft“ durch den jeweiligen Staat voraus. Luft sei als flüchtiges *Global Common* aber nicht hinreichend abzugrenzen. Schon aus diesem Grund sei seine Veräußerung rein faktisch nicht denkbar. Luft sei daher kein tauglicher Gegenstand für ein dingliches Recht.⁶¹²

Die Frage nach der Möglichkeit einer Schaffung eines dinglichen Rechts könnte jedoch dahinstehen, wenn der Gesetzgeber durch die Einführung des Emissionszertifikatehandels ohnehin nicht auf die Setzung eines eigentumsähnlichen Nutzungsrechtes (*Property Right*) abgezielt hätte. In diesem Fall würde mit dem Zertifikatserwerb keine Rechtskreiserweiterung des Adressaten einhergehen.

Der Begriff des Nutzungsrechts ist mit dem Begriff des Eigentums nicht gleichzustellen. Im Gegensatz zu der extrem konzentrierten Bündelung von Nutzungsrechten beim Privateigentum stellen *Property Rights* eine ausgedünnte Form dar, die durch Rechte Dritter oder administrative Vorgaben beschränkt sein können (sog. „Attenuation“).⁶¹³ Nichtsdestotrotz ist diese Rechtsbündelung als Art Machtbereich zu verstehen. Ebenso wie das Eigentum ermöglichen Nutzungsrechte, mit einer Sache oder einem Recht nach freiem Belieben zu verfahren, andere von deren Nutzung auszuschließen und es frei zu übertragen.⁶¹⁴ Emissionszertifikate sind frei handelbar.⁶¹⁵ Die Möglichkeit des Handels mit den Berechtigungen ist eine dem Emissionshandel immanente Eigenschaft (daher der Name *cap and trade*). Zwar gibt es keine unmittelbare gesetzliche Verpflichtung der betroffenen Anlagenbetreiber, mit den Zertifikaten tatsächlich zu handeln. Zwangsläufig wird jedoch jeder betroffene Betreiber am Emissionshandel teilnehmen, entweder, um sich rechtzeitig noch fehlende Zertifikate zu verschaffen oder um seine überschüssigen Zertifikate auf dem Markt zu verkaufen.

612 Seiler, EuR 2010, 67 (77). Fraglich wäre dann jedoch, wie sich ein CO₂-Emissionshandelssystem mit der Grundidee von Umweltzertifikaten verträgt. Denn die Idee handelbarer Umweltzertifikaten besteht gerade darin, das Recht, die Umwelt in bestimmter Weise zu belasten zu einem Handelsgut zu machen (vgl. Wicke, Umweltökonomie, S. 383).

613 Pohlmann, Kyoto-Protokoll, S. 169.

614 Stavang, ELM 17 (2005), 209 (213).

615 Daraus wird teilweise die Eigentumsähnlichkeit des Rechts gefolgert. Vgl. Nawrath, Emissionszertifikate und Finanzverfassung, S. 55; Macintosh, *Air & Space Law* 33 (2008) 6, 403 (417). Dieser lehnt daher das Vorliegen einer Steuer ab, verneint aber auch die Einordnung der Abgabe als Gebühr, da die Einnahmen nicht zur Kostendeckung verwendet werden würden.

fen. Dementsprechend legt z. B. in Deutschland § 6 Abs. 3 TEHG⁶¹⁶ aufzuerlegen die Übertragbarkeit von Berechtigungen fest und ermöglicht dadurch beispielhaft den Emissionshandel auch zwischen Privaten.⁶¹⁷ Aus der Kommerzialisierung des Umweltmediums Luft und der Verkehrsfähigkeit der Berechtigungen folgt aber nicht zwangsläufig das Bestehen eines hinreichenden Nutzungsrechts.⁶¹⁸ So könnte das Zertifikat als einfache Verbriefung einer erfolgten Steuerzahlung, der Handel mit ihnen als Abtretung eines Anspruchs auf Rückzahlung zu viel gezahlter Steuern⁶¹⁹ betrachtet werden.⁶²⁰ Die Ausgabe, der Besitz, die Übertragung und die Abgabe von Emissionsberechtigungen werden auf einem zu führenden Konto bei dem Emissionshandelsregister verzeichnet.⁶²¹ Über seine Emissionsberechtigungen kann der jeweilige Kontoinhaber unmittelbar nach deren Ausgabe, d. h. nach der Gutschrift auf dem Konto, in voller Höhe verfügen. Gleiches gilt auch für den Steuererstattungsanspruch. Dieser entsteht im Falle einer falschen Berechnung unmittelbar nach der Entrichtung der Steuer. Eine weitere Parallele sind die Verfügungsbeschränkungen. Der Inhaber einer Emissionsberechtigung kann frei entscheiden, wie er die zum Stichtag erforderliche Deckung seiner Emissionen erreicht. Es steht in seinem Ermessen, zunächst seine Berechtigungen zu verkaufen und später neue zu erwerben.⁶²² Lediglich eine Kontoführung im Soll ist ausgeschlossen. Dies lässt sich auch auf den Erstattungsanspruch übertragen. Über diesen kann bis zur bestehenden Höhe verfügt werden. Hält sich der Verfügende nicht an diese Begrenzungen, handelt er sowohl im Falle eines Erstattungsanspruchs als auch der Emissionsberechtigung als Nichtberechtigter. Schließlich kann die Übertragung von Berechtigungen ebenso wie die Abtretung eines Steuererstattungsanspruchs an jeder-

616 Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen v. 21.7.2011, BGBl. I, 1475. Im Folgenden: TEHG.

617 Ob es sich bei der Berechtigung jedoch um eine subjektive öffentlichen Anspruch auf Duldung der Emission (so z.B. Frenz in: Frenz (Hg.), Emissionshandelsrecht, § 16 TEHG Rn. 3ff.) oder ein privatrechtliches Nutzungsrecht handelt (so Theuer in: Frenz (Hg.), Emissionshandelsrecht, § 3 TEHG, Rn. 18 f.), ist in der deutschen Literatur umstritten. Läge eine öffentlich-rechtliche Befugnis vor, wäre das Vorliegen einer Gegenleistung zu verneinen.

618 Anders: Burgi, RdE 2004, 29 (32, 34).

619 Die Abtretung des sog. Steuererstattungsanspruch ist bspw. in § 46 Abs. 1 AO ausdrücklich gestattet.

620 Ruddigkeit in: Tietje/Kraft (Hg.), Beiträge zum transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 89, S. 22.

621 Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf das, auf die europäischen Vorgaben aufbauende, deutsche Emissionshandelsregister. Dessen Regelungen sind jedoch exemplarisch für eine Vielzahl sonstiger Systeme.

622 Vgl. dazu beispielhaft im Bezug auf das deutsche Emissionshandelssystem: Konzak/Heßler in: Konzak (Hg.), Emissionshandel in der Praxis, Teil 4, II, Rn. 6ff.

mann erfolgen. Ein Konto für den Handel mit Emissionsberechtigungen kann nämlich grundsätzlich von jeder Person (natürlich oder juristisch/des Privat- oder Öffentlichen Rechts) eröffnet werden, so dass sich jeder als Zwischenhändler betätigen kann.⁶²³ Der Betrieb einer emissionspflichtigen Anlage ist dazu nicht erforderlich.⁶²⁴ Der Erstattungsanspruch und die Emissionsberechtigung weisen somit viele Ähnlichkeiten auf. Allein aus dem Umstand der freien Handelbarkeit von Emissionsberechtigungen darf somit nicht auf die Schaffung eines *Property Rights* geschlossen werden.

Vielmehr bestehen gewichtige Argumente für die Ablehnung der Schaffung einer solchen Rechtsposition. Eines ist die festgelegte Geltungsdauer von Emissionsberechtigungen. Diese beschränkt sich regelmäßig auf eine Zuteilungsperiode. Mit Ablauf der gesetzten Zeitspanne können die Zertifikate nicht mehr gehandelt werden. Sie werden wertlos.⁶²⁵ Eine derartige Entwertung lässt die Annahme einer eigentumsähnlichen Rechtsposition in Anbetracht ihrer Rechtsgarantie befremdlich erscheinen. Ein anderes Argument ist die Ausgestaltung der ersten großen Emissionshandelssysteme in den USA (das Acid Rain Programm der Clean-Air-Act Novelle und RECLAIM-Programm (Regional Clean Air Incentives Market Program)). Diese legten ausdrücklich fest, dass die Zertifikate keine *Property Rights* verleihen.⁶²⁶ Da für die Auslegung aber der materielle Gehalt einer Regelung und nicht so sehr der Wille des Gesetzgebers maßgeblich ist, darf dieser Feststellung jedoch keine allzu große Bedeutung beigemessen werden. Gegen die Schaffung eines eigentumsähnlichen Nutzungsrechts spricht aber auch der eindeutige Wortlaut des Marrakesch-Übereinkommens zum Kyoto-Protokoll. Die Vertragsstaatenkonferenz erkennt darin an, „that the Kyoto Protocol has not created or bestowed any right, title or entitlement to emissions of any kind on Parties included in Annex I“. Da das Kyoto-Protokoll keine eigenständigen Rechtspositionen schafft, ist davon auszugehen, dass auch nationale Emissionshandelssysteme, die ihren Ursprung und Rahmen in dem Kyoto-Protokoll finden, dies nicht bezwecken wollen. Sie würden sich ansonsten in einen evidenten Widerspruch zu dem Kyoto-Protokoll setzen. Schließlich würde die Schaffung einer eigentumsähnlichen Rechtsposition dem Zweck des Emissi-

623 Der Umstand, dass nicht jedermann diese „Währung sui generis“ gegenüber dem Staat einlösen kann, ändert nichts an der freien Handelbarkeit. Kritisch diesbezgl. Theuer in: Frenz (Hg.), Emissionshandelsrecht, § 3 TEHG, Rn. 19.

624 Allerdings setzt die Einlösung gegenüber dem Staat eine entsprechende Pflichtenstellung voraus.

625 Frenz in: Frenz (Hg.): Emissionshandelsrecht, § 6 Rn. 25 f.; Pohlmann erklärt dies mit der Entscheidung zugunsten eines sehr begrenzten Schutzzumfangs des Nutzungsrechts (vgl. ders. in: Kyoto-Protokoll, S. 188f)

626 Bauer, Der Emissionshandelsmarkt, S. 21.

onshandels zuwiderlaufen: Die Emissionsobergrenze, das *Cap*, soll stetig gesenkt werden. Die Gewährung eines eigentumsähnlichen Rechts, d. h. einer z. B. nach deutschem Recht absoluten Rechtsposition, würde den Gesetzgeber bei der Verringerung der Zertifikate vor große Schwierigkeiten stellen. Mit der Übertragung einer Emissionsberechtigung wird kein eigentumsähnliches Emissionsrecht übertragen.⁶²⁷ Die Frage nach der Zulässigkeit der Schaffung eines solchen Rechts kann somit dahinstehen. Es liegt keine Gegenleistung des Staates für die Zahlung des Preises vor, die das Vorliegen einer Steuer ausschließen würde.

Die Gleichstellung des Emissionshandelssystems mit einer Steuer ist auch aus teleologischen Gesichtspunkten sinnvoll. Emissionshandel und CO₂-Steuer stellen nämlich aus ökonomischer Perspektive ein Äquivalent dar⁶²⁸; Sie führen zur Internalisierung der Emissionskosten. Dies schlägt sich in dem Preis der betroffenen Waren nieder. Die Kosten werden an die Verbraucher weitergereicht. Insofern ist unerheblich, ob die Kostenbelastung durch eine klassische Steuer oder einen Emissionshandelsmechanismus entsteht. Die Konsequenzen sind die gleichen.⁶²⁹ Eine Ungleichbehandlung beider Instrumente ist daher schwerlich zu rechtfertigen. Werden die Kosten für den Emissionshandel einer Steuerbelastung gleichgestellt, können diese in gleichem Maße an der Grenze ausgeglichen werden. Dies resultiert jedoch nicht in einer unangemessenen Ausweitung des Anwendungsbereichs des Art. III:2 GATT. *Quick*, der befürchtet, dass die Anerkennung der Kosten als Steuer den Staaten letztlich ermögliche, durch die geschickte Verbindung „normaler“ ordnungsrechtlicher Instrumentarien mit Marktmechanismen auch Kosten für Umweltstandards ausgleichsfähig gestalten könnten,⁶³⁰ ist zu entgegnen, dass die Missbrauchsfahrer kein Argument gegen die Einordnung als Steuer darstellen kann.

Es ist somit festzuhalten, dass sowohl CO₂-/Energiesteuern als auch die Kosten durch den Emissionshandel grundsätzlich ausgleichsfähige innere Steuern i. S. d. Art. III:2 GATT darstellen.

c) Reichweite des Abgabebegriffs

Allein die Einordnung der Mehrkosten als Abgabe macht diese noch nicht ausgleichsfähig. Nur bestimmte innere Abgaben können nach Art. III:2 S.1 GATT

627 Anders hingegen: Pohlmann, Kyoto-Protokoll, S. 191f, der annimmt, dass die geschaffenen Rechte ausschließlich den Vertragsparteien zustehen.

628 Fischer/Fox, RFF DP 09-02, S. 3; Ekardt/Schmeichel, Border Tax Adjustments, WTO Law and Climate Protection, S. 6f.

629 Mit Beispiel: Bordoff in: Brainard/Sorkin (Hg.), Climate Change, Trade and Competitiveness: Is a Collision inevitable?, S. 46.

630 Quick, GTCJ 4 (2009) 11/12, 353 (357).

im Rahmen eines Steuerausgleiches an der Grenze eingeführten Produkten auferlegt werden. Diese Einschränkungen gilt es im Folgenden herauszuarbeiten.

aa) Indirekte Steuern

Der Anwendungsbereich des Art. III:2 S. 1 GATT ist nur für Abgaben auf Produkte („taxes [...] applied [...] to [...] products“), d. h. sogenannte *indirekte Steuern*, eröffnet. Diese sind im Gegensatz zu *direkten Steuern*⁶³¹ zu sehen, deren Anknüpfungspunkt eine Tätigkeit des Produzenten darstellt. Grenzausgleichsmaßnahmen sollen Wettbewerbsverzerrungen verhindern, dürfen dabei aber nicht jegliche Standortbedingungen ausgleichen, da sonst eine optimale Ressourcenallokation verhindert werden würde. Daher baut die Differenzierung hinsichtlich der Ausgleichsfähigkeit von Abgaben auf die Grenzziehung zwischen direkten und indirekten Steuern auf. Diese Herangehensweise wurde durch den Bericht der Working Party on Border Tax Adjustments bestätigt. In Paragraph 14 des Berichts heißt es: „[...] The Working Party concluded that there was convergence of views to the effect that taxes directly levied on products were eligible for tax adjustment. [...] Furthermore, the Working Party concluded that there was convergence of views to the effect that certain taxes that were not directly levied on products were not eligible for tax adjustment. [...]“⁶³² Es bestand Einigkeit unter den Vertragsparteien, dass nur Steuern, die sich direkt auf das Produkt als solches beziehen (d. h. indirekte Steuern), ausgleichsfähig nach Art. III:2 S.1 GATT sein sollen. Ebenso war man sich darin einig, dass Steuern, die sich nicht direkt auf das Produkt beziehen (d. h. direkte Steuern, die nicht an das Produkt, sondern an eine Tätigkeit des Produzenten anknüpfen), nicht ausgleichsfähig sein sollen.⁶³³ Da der Bericht einen Beschluss i. S. d. Art. XVI des ÜWTO darstellt, ist diese Differenzierung auch für das Vorgehen der Streitbeilegungsorgane richtungsweisend.⁶³⁴ Dies bedeutet: Nur indi-

631 Eine Vielzahl von Beispielen für direkte und indirekte Steuern finden sich in der Fußnote 58 des SCM.

632 GATT, Working Party Report on Border Tax Adjustments, L/3464 (1970), para. 14.

633 Die Terminologie der Working Party ist insofern verwirrend, da sie die indirekten Steuern mit direkt auf das Produkt bezogene Steuern beschreibt, während die direkten Steuern mit „nicht direkt“ beschrieben werden. Diesbezüglich ist jedoch anzumerken, dass es der Working Party um den Bezug zu dem Produkt ging. Erhellend sind insofern die Ausführungen von Dam: „The terms 'directly' and 'indirectly' do not refer to 'direct' and 'indirect' taxes. On the contrary, a tax applying 'directly' to 'products' is an indirect tax, while a tax applying 'indirectly' to 'products' is a direct tax.“ (vgl. Dam, The GATT, S. 124).

634 Bhagwati/Mavroidis, WTR 6 (2007) 2, 299 (305).

rekte Steuern können ausgleichsfähig sein.⁶³⁵ Der Ausgleich von unmittelbar den Produzenten auferlegten Steuern (direkte Steuern) ist hingegen von vornherein unzulässig.

bb) Problemfeld Vorstufensteuern

Fraglich ist, ob alle oder nur bestimmte indirekte Steuern von Art. III:2 S.1 GATT erfasst sind. In Art. III:2 S.1 GATT heißt es: „Internal taxes [...] applied, *directly or indirectly*, to [...] products (Hervh. d. Verf.)“. Erfasst sind somit indirekte Steuern, die dem Produkt sowohl direkt als auch indirekt auferlegt werden können. Die damit umschriebene Art der Unterwerfung (direkt oder indirekt) ist streng von der Frage nach dem Vorliegen einer direkten oder indirekten Steuer zu unterscheiden, denn die beiden Arten beziehen sich auf die Erhebung einer indirekten Steuer im Sinne der oben erläuterten Terminologie.

In welchen Fällen wird also eine indirekte Steuer direkt und in welchen Fällen indirekt auf ein bestimmtes Produkt angewandt? Eine direkte Anwendung liegt dann vor, wenn das Endprodukt selbst den Anknüpfungspunkt für die Belastung darstellt. Bei diesem Produkt kann es sich um jede denkbare Ware handeln, also auch einen Energieträger wie z. B. Kohle. Wird eine Steuer auf dieses Produkt erhoben, ist diese grundsätzlich an der Grenze ausgleichbar.

Schwieriger ist die Frage nach der indirekten Erhebung der indirekten Steuer. Eine solche könnte eine Vorstufensteuer darstellen. Unter einer Vorstufensteuer ist die Besteuerung eines im Produktionsprozess verwendeten Produkts (d. h. eines Inputs) zu verstehen. Die finanzielle Belastung des Endproduktes tritt in diesen Fällen erst über einen Umweg, nämlich die Besteuerung der Vorleistung, ein. Sie erfolgt daher mittelbar, in anderen Worten indirekt. Ob diese Vorstufensteuern tatsächlich vom Anwendungsbereich des Art. III:2 S. 1 GATT erfasst sind, ist im Folgenden zu untersuchen.

Der Blick in die Berichte der Working Party on Border Tax Adjustments ist insofern nicht aufschlussreich. Weder die Review Working Party II on Schedules and Customs Administration⁶³⁶ noch die Working Party on Border Tax Adjustments⁶³⁷ einigten sich hinsichtlich der Vereinbarkeit und Einordnung die-

635 Dahingegen nimmt Robra (in: Tietje/Kraft/Sethe (Hg.), Beiträge zum transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 40, S. 18ff) auch die Ausgleichsfähigkeit von direkten Steuern an.

636 GATT, Working Party II on Schedules and Customs Administration, BISD 3S/205 (1955), para.10.

637 GATT, Working Party Report on Border Tax Adjustments, L/3464 (1970).

ser Untergruppe (sog. *Taxes Occultes*).⁶³⁸ In dem abschließenden Bericht der Working Party wurde nur festgehalten, dass *Taxes Occultes*, zu denen nach der übernommenen Beschreibung der OECD auch „taxes on energy [...]“ zählen, nicht eindeutig zu kategorisieren sind. Da der Problematik von der Working Party zu dem damaligen Zeitpunkt keine Bedeutung zugemessen wurde, hielt sie eine weitergehende Untersuchung für entbehrlich und ließ die Frage offen.

Gegen die Ausgleichsfähigkeit von Vorstufensteuern wird der Wortlaut des Art. III:2 S. 1 GATT vorgebracht. Dieser könne nur dahingehend auszulegen sein, dass das Endprodukt als solches einer Belastung i. S. d. Vorschrift unterworfen werden müsse. Eine Vorstufensteuer sei aber gerade keine Besteuerung des Endproduktes, sondern eine Belastung einer Vorleistung bzw. eines bloßen Produktionsfaktors. Eine solche nähme Art. III:2 S.1 GATT aber gerade nicht in Bezug. Sie unter den Wortlaut der Norm zu subsumieren übertrete die Wortlautgrenze. Relevant sei daher weder die Besteuerung von Vorleistungen im Produktionsprozess noch die daraus resultierende finanzielle Belastung des Produzenten, sondern allein die konkrete Belastung, die unmittelbar an dem Endprodukt anknüpft. Dementsprechend sei eine Energiesteuer eine Besteuerung des Inputs Energie, nicht jedoch eine Besteuerung des Endproduktes selber. Auch eine CO₂-Steuer dürfe aus denselben Gründen nicht als Besteuerung des Endproduktes gewertet werden.⁶³⁹ Diese strenge Bewertung ist als zu restriktiv abzulehnen. Dies ergibt sich zum einen aus dem Umstand, dass die Form der „indirekten“ Belastung ausdrücklich Eingang in die geltende Fassung des Art. III:2 GATT gefunden hat. Sollten Vorstufensteuern aus dem Anwendungsbereich gänzlich ausgeschlossen sein, wäre fraglich, welche anderen Steuern unter den Begriff der „indirekten“ Besteuerung fallen könnten. Die Fallgruppe in Betracht dessen jedoch unausgefüllt zu lassen wäre bedenklich.⁶⁴⁰ In entsprechender Anwendung des vom Appellate Body anerkannten völkerrechtlichen Grundsatzes der effektiven Vertragsauslegung muss die Auslegung nämlich weitestgehend allen Tatbestandsmerkmalen eigenständige Bedeutung zumessen.⁶⁴¹

638 GATT, Working Party Report on Border Tax Adjustments, L/3464 (1970), para.15.

639 Goh, JWT 38 (2004) 3, 395 (409f).

640 Vgl. bspw.: Qin, AB in Tyres and the Chapeau Jurisprudence: „In short, I believe that the Appellate Body failed to conceptually distinguish the first step from the second step in defining „arbitrary or unjustifiable“ discrimination, and this distinction is critical for the chapeau analysis.“ Abrufbar unter: <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2007/12/ab-in-tyres-and.html> Zuletzt besucht am 23. April 2012.

641 AB, US-Gasoline, S. 23.

Das Ergebnis, dass auch Vorstufensteuern von Art. III:2 S. 1 GATT erfasst sein können, wird auch durch den Wortlaut des Art. II:2 lit. a) GATT, der in einem engen systematischen Zusammenhang mit Art. III:2 S. 1 GATT steht, gestützt.⁶⁴² Art. II:2 lit. a) GATT bezieht sich nicht nur auf Belastungen des Endproduktes, sondern auch auf Belastungen solcher Waren, aus denen das Endprodukt ganz oder zum Teil hergestellt worden ist. Diese Belastungen sind vom Anwendungsbereich des Art. II:1 lit. b) GATT ausgenommen und fallen stattdessen in den Anwendungsbereich des Art. III:2 GATT. Wären nun Vorstufensteuern von vornherein mit Art. III:2 GATT unvereinbar, wäre der Verweis des Art. II:2 lit. a) GATT obsolet und diese Norm weitgehend seines Anwendungsbereiches beraubt.⁶⁴³ Zudem ist anzumerken, dass die Formulierung des Art. II:2 lit. a) GATT, nach der eine „tax imposed consistently with the provisions of paragraph 2 of Article III (Fußnote entfernt, Anm. d. Verf)“, nahelegt, dass die genannten Maßnahmen potentiell mit Art. III:2 GATT vereinbar sein können.

Auch die Entstehungsgeschichte des Art. III:2 S.1 GATT spricht für dieses Ergebnis. Während sich die Art. III GATT entsprechende Regelung eines Vorgängerentwurfs des GATT 1947⁶⁴⁴ nur auf Steuern „imposed on like products“ bezog, fand in den folgenden Verhandlungen der Vorschlag, den Anwendungsbereich auf Steuern „imposed on or in connection with like products“ auszuweiten, große Zustimmung.⁶⁴⁵ Um die englische Fassung einer exakten französischen Übersetzung zugänglich zu machen, verständigte man sich auf die leichter zu übersetzende Formulierung „directly or indirectly“, die den ursprünglichen Vorschlag ersetzte.⁶⁴⁶ Die Vertragsparteien bezweckten damit keine Änderung des Bedeutungsinhalts. Dementsprechend wurde die Bedeutung des „indirectly“ im Rahmen der Verhandlungen als einer Steuer nicht auf das Produkt an sich, sondern auf den Produktionsprozess erklärt.⁶⁴⁷

642 So Ruddigkeit in: Tietje/Kraft (Hg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 89, S. 10 m.w.N.

643 Ruddigkeit in: Tietje/Kraft (Hg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 89, S. 10 (Fn. 29).

644 Suggested Charter for an International Trade Organization of the United Nations, U.S. State Department Proposal, Department of State Publication 2598, Commercial Policy Series 93 (1946).

645 UN ECOSOC, Preparatory Committee of the International Conference on Trade and Employment, E/PC/T/C.II/11 (1946), S. 1.

646 UN ECOSOC, Preparatory Committee of the International Conference on Trade and Employment, E/PC/T/C.II/W.5 (1946), S. 5.

647 UN ECOSOC, Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, E/PC/T/A/PV/9 (1947), S. 18f.

Diese Bedeutung entspricht auch der Rechtsprechung des Panels in der Sache *US – Superfund*. Gegenstand des Verfahrens war die Ausgleichssteuer zu der US-amerikanischen *Superfund*-Abgabe. Die *Superfund*-Abgabe legte eine Verbrauchssteuer auf bestimmte gelistete Chemikalien, die für die Herstellung von Derivaten genutzt wurden, fest. Die Steuer wurde den Chemikalien im Inland auferlegt und im Fall des Exports zurückerstattet. Das Endprodukt, das Derivat, unterlag keiner besonderen Abgabe. Die Ausgleichssteuer bezog sich hingegen auf das importierte Endprodukt, das unter Verwendung der gelisteten Chemikalien hergestellt worden war. Das Panel befand diese Ausgleichsabgabe mit den GATT-Regelungen über Grenzausgleiche vereinbar. Es hielt fest, dass die Steuer ausgleichsfähig sei, da die Derivate aus den Chemikalien produziert worden seien. Eine Ausgleichsabgabe sei in der Höhe zulässig, in der die einheimisch verwendeten Derivate durch die *Superfund*-Abgabe belastet worden seien.⁶⁴⁸

Die Analyse des systematischen Zusammenhangs, des Wortlauts, der Entstehungsgeschichte und der Rechtsprechung führt somit zu der Erkenntnis, dass eine Besteuerung des Produktionsprozesses theoretisch eine indirekte Belastung des Endproduktes und mithin eine Belastung i. S. d. Art. III:2 S. 1 GATT darstellen kann.

Die vorliegend zu untersuchenden Steuern besteuern allesamt nicht das fertige Endprodukt an sich. Vielmehr knüpfen sie an den Produktionsprozess an, sie können somit lediglich eine indirekte Besteuerung des Endproduktes darstellen. Wie ausgeführt sind Vorstufensteuern grundsätzlich vom Anwendungsbereich des Art. III:2 S. 1 GATT erfasst. Energiesteuern besteuern die im Produktionsprozess verwendeten Energieträger. Sie stellen damit offensichtlich eine Besteuerung des Inputs Energieträger dar und lassen sich daher unkompliziert als Vorstufensteuern klassifizieren. Schwieriger gestaltet sich diese Klassifizierung im Hinblick auf die CO₂-Steuern. Genau genommen besteuern diese nämlich nicht den Verbrauch der Energie, sondern den Ausstoß von CO₂, also einen Out- und nicht etwa einen Input.⁶⁴⁹ Dies könnte gegen die Einordnung als Vorstufensteuer sprechen. Allerdings ist zu beachten, dass durch die Emissionen unbelastete Atmosphäre belastet und damit quasi verbraucht wird. Auch die Atmosphäre sollte, gerade in Anbetracht der Nachhaltigkeitsprämisse, als Ressource und damit Inputfaktor gewertet werden. Für die Bewertung als Input spricht auch, dass zum gegenwärtigen Stand der Technik die CO₂-Emissionen nicht „End of Pipe“ gemessen, sondern anhand des Brennstoffverbrauchs berechnet werden.⁶⁵⁰ Die Bepreisung von CO₂-Emissionen soll daher ebenfalls als Vorstufensteuer

648 GATT Panel, *US-Superfund*, para. 5.2.8.

649 Fischer/Fox, RFF DP 09-02, S. 4.

650 Godard, EDF/École Polytechnique Cahier Nr. DDX 07/15, S. 25f.

gewertet werden. Unerheblich ist des Weiteren, ob diese Bepreisung durch eine CO₂-Steuer oder ein Emissionshandelssystem geschieht. Sie sind beide im Ergebnis als Vorstufensteuer zu werten.

cc) Anforderungen an die Beziehung zwischen Vorleistung und Endprodukt

Des Weiteren stellt sich die Frage, ob bestimmte Anforderungen an die Beziehung zwischen besteuerteter Vorleistung und dem Endprodukt zu stellen sind. Während teilweise⁶⁵¹ gefordert wird, dass sich die Vorleistung im Endprodukt physisch niedergeschlagen haben müsse, sehen andere⁶⁵² keinen Grund für eine solche Einschränkung des Anwendungsbereiches des Art. III:2 S.1 GATT. Sowohl CO₂ als auch Energie werden im Laufe der Produktion komplett verbraucht und sind im Endprodukt nicht enthalten. Die Frage nach der Erforderlichkeit der Inkorporation des besteuerten Vorprodukts erlangt im gegebenen Kontext daher entscheidende Bedeutung. Von ihrer Beantwortung hängt ab, ob klimaschutzmotivierte Grenzausgleichsmaßnahmen mit Art. III:2 S. 1 GATT vereinbar sein können. Sie ist daher mit besonderer Sorgfalt zu beantworten. Dazu sind die allgemeinen Auslegungsmethoden des Völkerrechts, die in Art. 31 ff. WVRK niedergelegt sind, fruchtbar zu machen.

(1) Wortlaut

Nach Art. 31 Abs. I WVRK ist „ein Vertrag [...] nach Treu und Glauben in Übereinstimmung *mit der gewöhnlichen*, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden *Bedeutung* und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen (Hervh. d. Verf.)“. Zunächst ist daher auf den Wortlaut des Art. III:2 S. 1 GATT einzugehen. Hierbei ist zu beachten, dass sowohl die englische als auch die französische Fassung des GATT authentisch ist. Beide Fassungen sind, da der Vertragstext keine Vorrangregelung vorsieht und die Vertragsparteien keine bevorzugte Berücksichtigung vereinbart haben, in gleicher Weise für die Auslegung maßgebend (vgl. Art. 33 Abs. I WVRK). Die englische Fassung

651 So beispielsweise Puth, WTO und Umwelt, S. 265; Matsushita/Schoenbaum/Mavroidis, World Trade Organization, S. 827ff.; Pitschas, GJICL 24 (1994-1995), S.479 (493); Biermann/Brohm, Vierteljahresheft zur Wirtschaftsforschung 74 (2005) 2, 249 (252); Interessanterweise scheint das WTO-Sekretariat zeitweise davon ausgegangen zu sein, dass die Mehrkosten durch die Besteuerung von Energie nicht ausgleichsfähig sein. Vgl. WTO (Hg.), Trade and Environment at the WTO, S. 21. Diese Aussage lässt sich in den aktuellen Stellungnahmen nicht mehr finden.

652 Vgl. statt vieler: Howse/Eliason in: Cottier/Nartova/Bigdeli (Hg.), International Trade Regulation and the Mitigation of Climate Change, 48 (65); Dadwal, Strategic Analysis 34 (2010) 6, 872 (879).

des Art. III: 2 S.1 GATT lautet in voller Länge: „The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall not be subject, directly or indirectly, to internal taxes or other internal charges of any kind in excess of those *applied, directly or indirectly, to like domestic products* (Hervorh. d. Verf.).“ Die französische Fassung unterscheidet sich davon kaum und lautet: „Les produits du territoire de toute partie contractante importés sur le territoire de toute autre partie contractante ne seront pas frappés, directement ou indirectement, de taxes ou autres impositions intérieures, de quelque nature qu'elles soient, supérieures à celles *qui frappent, directement ou indirectement*, les produits nationaux similaires (Hervh. d. Verf.).“ Da sich hinsichtlich der Reichweite keine Formulierungsunterschiede auftun („indirectly“/„indirectement“), ist an dieser Stelle der Einfachheit halber nur auf den englischen Text einzugehen. Ausgangspunkt für die Auslegung ist der Bedeutungsumfang des Merkmals „taxes [...] applied [...] indirectly, to [...] products“, d. h. die Bedeutung der *indirekten* Erhebung einer produktbezogenen Steuer. „Indirect“ bedeutet so viel wie „not directly caused by something“⁶⁵³ und ist als Gegensatz zu *direkt* (*direct*) zu verstehen. „Direct“ wird mit „done without any other people actions, processes etc. coming between“ oder auch mit „without intervening factors or intermediaries“ erklärt.⁶⁵⁴ In die deutsche Sprache lässt sich direkt mit „unmittelbar, ohne Umwege“ übersetzen. Begrifflich erscheint es daher konsequent, unter der indirekten Besteuerung die mittelbare Belastung eines Produktes zu sehen. Eine solche liegt immer dann vor, wenn die Belastung nicht an dem Endprodukt selbst anknüpft, aber zu diesem in einem gewissen Zusammenhang steht. Die Erforderlichkeit eines Zusammenhangs (sog. *Link*) zwischen Steuer und Endprodukt bejahte das Panel in *Mexico – Soft Drinks* aufgrund der Verwendung von „applied“ bzw. „subject to“.⁶⁵⁵ Es führte zudem aus: „The provision thus requires some connection, even if indirect, between the respective internal taxes [...] on the one hand, and the taxed product, on the other. The qualifying expression 'directly or indirectly' does not eliminate the requirement for such a connection.“⁶⁵⁶

Im GATT selbst lassen sich keine Anhaltspunkte finden, welche Anforderungen an einen solchen Link zu stellen sind. Der Blick auf die deutsche Grundrechtsdogmatik ist insofern zwar rechtlich irrelevant, verdeutlicht jedoch eingängig die Unterscheidungsmöglichkeit von mittelbaren und unmittelbaren Eingriffen in den Schutzbereich eines Rechts. Mittelbar ist eine Beeinträchtigung, wenn

653 Adrian-Vallance/Cleveland (Hg.), Longman Dictionary, S. 869.

654 Adrian-Vallance/Cleveland (Hg.), Longman Dictionary, S. 474.

655 Panel, Mexico-Taxes on Soft Drinks, para. 8.40.

656 Panel, Mexico-Taxes on Soft Drinks, para. 8.42.

eine hoheitliche Maßnahme, die sich an einen Adressaten richtet, belastende Wirkung bei einem Dritten auslöst.⁶⁵⁷ Ein Eingriff ist in diesen Fällen nur zu bejahen, wenn der Staat entweder final oder schwerwiegend in die Schutzsphäre des Grundrechts eingreift. Um einen Eingriff bejahen zu können ist erforderlich, dass die Maßnahme in ihrer Zielsetzung und Wirkung einem unmittelbaren Eingriff gleichkommt.⁶⁵⁸ Überträgt man diese Überlegungen auf die Frage nach der mittelbaren (als Synonym für indirekte) Besteuerung, so ergibt sich, dass mit der Belastung des Inputs faktisch eine Belastung des Endproduktes einhergehen muss, die in ihren Wirkungen denen einer unmittelbaren gleichkommt. Für die Annahme einer Verbindung ist erforderlich, dass die Belastung des Endproduktes entweder hinreichend schwer oder vom Gesetzgeber intendiert ist. Beides ist im Falle der CO₂-/Energiebepreisung gegeben. In Anbetracht dieses Gedankenspiels liegt die erforderliche Verbindung zwischen Steuer und Endprodukt bei der Besteuerung eines Inputs vor. Anhaltspunkte dafür, dass sich ein Input auch physisch in dem Endprodukt niederschlagen müsse, lassen sich dem Wortlaut des Art. III:2 S. 1 GATT nicht entnehmen.⁶⁵⁹ Dies spricht gegen ein Inkorporationserfordernis. Gleichzeitig muss sichergestellt werden, dass der Anwendungsbereich nicht ungebührlich überdehnt wird und auch direkte Steuern ausgleichsfähig werden. Wirtschaftlich betrachtet stellen nicht nur Rohstoffe, sondern auch Arbeitsleistungen einen wichtigen Inputfaktor im Rahmen des Produktionsprozesses dar. Dieser Faktor ist als „Input“ nicht nur in bestimmten, sondern nahezu jedem Produkt enthalten.⁶⁶⁰ Die Besteuerung der Arbeit durch die Lohnsteuer darf jedoch nicht als indirekte Belastung des Endproduktes ausgleichsfähig sein. Dies würde der Intention des Art. III:2 S. 1 GATT, der explizit auf indirekte Steuern (Produktsteuern) abstellt widersprechen.⁶⁶¹ Erforderlich ist daher eine faktische Nähe der Prozesssteuer zum Produkt. Anders als beispielsweise die Lohnsteuer ist dies bei einer Produktionssteuer stets der Fall.⁶⁶²

(2) Systematik

Neben dem Wortlaut der Norm ist deren systematischer Zusammenhang für die Auslegung maßgeblich. Dies ergibt sich aus Art. 31 Abs. I WVRK, in dem es heißt: „Ein Vertrag ist [...] in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen

657 Hufen, Staatsrecht II, § 8, Rn. 9.

658 Vgl. nur: BVerfGE 105, 252, 273.

659 So auch Ruddigkeit in: Tietje/Kraft (Hg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 89, S. 11.

660 Fauchald, Environmental Taxes and Trade Discrimination, S. 184.

661 Daher bejaht Stewardson ein Inkorporationserfordernis (vgl. ders. in: OECD (Hg.), Trade and Environment: Processes and Production Methods, 93 (98).

662 Crimp, NZJEL 12 (2008), 39 (54).

Bestimmungen *in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung* [...] auszu-legen (Hervh. d. Verf.).“

Die Präambel des WTO-Übereinkommens dokumentiert die Zielsetzungen der Vertragsparteien und bildet den Kontext aller unter dem Dach der WTO geschlossenen Übereinkommen. Wie bereits ausgeführt erhebt die Präambel erstmalig in der Geschichte des Welthandels den „Schutz und die Erhaltung der Umwelt“ zu einem Leitmotiv des Regimes und stellt es dadurch in seiner Bedeutung dem Ziel internationaler Handelsliberalisierung gleich. Dies berücksichtigte der Appellate Body auch in seiner Entscheidung *US – Shrimp*, in der er Art. XX GATT aufgrund der Zielvorgaben der Präambel dynamisch auslegte, um den gegenwärtigen Umweltbedürfnissen angemessen Rechnung tragen zu können.⁶⁶³ Ebenso wie Art. XX GATT ist auch Art. III:2 S. 1 GATT einer dynamische Auslegung zugänglich. Beide Artikel wurden zu einer Zeit geschaffen, in der den Umweltbelangen nicht die aktuelle Dringlichkeit zukam. Dies hatte sich grob fünfzig Jahre später bei der Schaffung des WTO-Übereinkommens gewandelt. Ausdruck dessen war die Ausweitung der Präambel. Auch das gegenwärtige Anliegen der Weltgemeinschaft, den Klimawandel zu bekämpfen, muss daher Einfluss auf die Auslegung nehmen. Dieses Ziel spricht gegen ein Inkorporationserfordernis. Denn die Lenkungswirkung umwelt- und klimaschutzmotivierter Steuern ist umso größer, je weiter stromaufwärts (*upstream*) an den Produktionsprozess angeknüpft wird.⁶⁶⁴ Aus umweltschutzpolitischer Perspektive ist es daher zur Effektivitätssteigerung empfehlenswert, möglichst nah am Produktionsprozess und nicht an dem Produkt anzuknüpfen.

Neben der Präambel wird Art. II:2 lit. a) GATT aufgrund des engen systematischen Zusammenhangs für die Auslegung des Art. III:2 GATT relevant. Art. II:2 lit. a) GATT lautet in der englischen Fassung: „Nothing in this Article shall prevent any contracting party from imposing at any time on the importation of any product: (a) a charge equivalent to an internal tax imposed consistently with the provisions of paragraph 2 of Article III (Fußnote entfernt, Anm. d. Verf.) in respect of the like domestic product or in respect of *an article from which the imported product has been manufactured or produced in whole or in part* (Hervh. d. Verf.)“. Aus dieser Formulierung wird zunächst deutlich, dass auch Vorstufensteuern, also Steuern auf eine Vorleistung bzw. Zutat („an article“), grundsätzlich einem Grenzausgleich zugänglich sein können. Dennoch ist der Anwendungsbereich enger gefasst als der des Art. III:2 S. 1 GATT. Während es dort ausreicht, dass eine indirekte Belastung des Endproduktes erfolgt, ist nach

663 AB, *US-Shrimp*, para. 129.

664 Petersman in: Reversz/Sands/Steward (Hg.), *Environmental Law, the Economy and Sustainable Development*, 127 (139).

Art. II:2 lit. a) GATT erforderlich, dass das eingeführte Endprodukt ganz oder zumindest teilweise aus der besteuerten Ware hergestellt worden ist („manufactured or produced“). *Pitschas* schließt aus der Wahl der Formulierung „from which“ im Gegensatz zu „with the help of which“, dass nach Art. II:2 S. 1 GATT die Vorleistung notwendigerweise auch physisch in dem Endprodukt enthalten sein muss.⁶⁶⁵ *Puth* veranschaulicht dies mit einem Beispiel: Während ein Möbelstück aus („from“) Holz hergestellt worden und damit von Art. II:2 lit. a) GATT erfasst sei, werde das Produkt Baustahl nicht aus Steinkohle hergestellt, sondern lediglich unter ihrer Zuhilfenahme gegossen und bearbeitet. Da die Steinkohle als solche nicht mehr im Endprodukt enthalten sei, sei die Besteuerung der Steinkohle für das Endprodukt nicht ausgleichsfähig.⁶⁶⁶ Auch die Begriffsbestimmung des Wortes „from“ trägt dieses Ergebnis. Im Concise Oxford English Dictionary wird der Begriff mit „indicating the raw material of manufacture“ erklärt,⁶⁶⁷ wobei „material“ als „the matter from which a thing is or can be made“⁶⁶⁸. Diese werden in Art. II:2 lit. a) GATT mit dem Begriff „articles“, d. h. „a particular object“, beschrieben.⁶⁶⁹ Ein „object“ ist ein „material thing that can be seen and touched“. Im gewöhnlichen Sprachgebrauch bedeutet „article“ somit Gegenstand und körperliches Objekt. Um ein solches handelt es sich bei Energie nicht. Insofern spricht die Fassung des Art. II:2 lit. a) GATT bei traditioneller Betrachtung dafür, dass nur die Besteuerung körperlicher Vorleistungen nach Art. III:2 S.1 GATT ausgleichsfähig ist.⁶⁷⁰ Doch im Rahmen einer dynamischen Auslegung der Norm ist auch die Fußnote 61 des SCM zu berücksichtigen. Diese ist ausführlich erst bei der Untersuchung von Exporterstattungen zu behandeln. An dieser Stelle sei jedoch bereits gesagt, dass danach nicht die Inkorporation, sondern vielmehr die necessity, d. h. die Notwendigkeit eines Mittels zur Produktion, im Vordergrund steht.⁶⁷¹ Ohne detailliert auf die chemischen Prozesse einzugehen, ist darauf hinzuweisen, dass Energie als eine Art Bindemittel verschiedene chemische Elemente zusammen-

665 *Pitschas*, GJICL 24 (1994-1995), 479 (493). Auch *Howse/Eliason* nehmen an, dass aus ingenieurwissenschaftlicher Sicht eine Emission eher als „work“ und nicht „input“ zu beurteilen wäre, dies. in: *Cottier/Nartova/Bigdeli* (Hg.), *International Trade Regulation and the Mitigation of Climate Change*, 49 (64)).

666 *Puth*, WTO und Umwelt, S. 265.

667 *Soanes/Stevens* (Hg.), *Concise Oxford English Dictionary*, S. 570.

668 *Soanes/Stevens* (Hg.), *Concise Oxford English Dictionary*, S. 880.

669 *Soanes/Stevens* (Hg.), *Concise Oxford English Dictionary*, S. 74.

670 UBA (Hg.), UBA-Texte 75/03, S. 36; *Stewardson* in: *OECD* (Hg.), *Trade and Environment: Process and Production Methods*, 93 (98).

671 *Howse/Eliason* in: *Cottier/Nartova/Bigdeli* (Hg.), *International Trade Regulation and the Mitigation of Climate Change*, 48 (66).

hält.⁶⁷² Sie ist notwendig im Rahmen der Produktion. Ebenso geht mit dem Verbrauch von Brennstoffen notwendigerweise die Emission als unerwünschtes Beiprodukt einher.

Für eine enge Auslegung spricht auch nicht zwingend die französische, ebenfalls authentische Fassung des Art. II:2 lit. a) GATT. Diese lautet: „Aucune disposition du présent article n'empêchera une partie contractante de percevoir à tout moment, à l'importation d'un produit: a) une imposition équivalant à une taxe intérieure frappant, en conformité du paragraphe 2 de l'article III (Fußnote entfernt; Anm. d. Verf), un produit national similaire ou *une marchandise qui a été incorporée dans l'article importé* (Hervh. d. Verf.).“ Die Verwendung des Verbs „incorporer“ legt es zwar nahe, dass die besteuerte Vorleistung im Endprodukt inkorporiert, d. h. in diesem physisch vorhanden sein muss. Gegen diese Schlussfolgerung spricht jedoch das von den Mitgliedstaaten gewählte Tempus. Mit „a été incorporée“ wurde die Vergangenheitsform gewählt. Die französische Fassung setzt somit nicht voraus, dass die Vorleistung dauerhaft und gegenwärtig in dem Endprodukt inkorporiert ist (die treffende Formulierung dafür wäre: „*marchandise qui est incorporée*“), sondern vielmehr, dass die Vorleistung inkorporiert worden ist. Es handelt sich hierbei um einen abgeschlossenen Vorgang. Ob eine physische Präsenz in dem Endprodukt erforderlich ist, geht hingegen aus der Formulierung nicht hervor.⁶⁷³

Fraglich ist jedoch, inwieweit die aus Art. II:2 lit. a) GATT gezogenen Erkenntnisse Rückschlüsse auf die Reichweite der Anforderungen des Art. III:2 GATT zulassen. Beide Normen beziehen sich auf die Ausgleichsfähigkeit von Steuern auf der Importseite und stehen daher in einem engen systematischen Zusammenhang. Nichtsdestotrotz ist bei der Bezugnahme auf Art. II:2 lit. a) GATT Vorsicht zu wahren. Da der Art. II:2 lit. a) GATT strengere Voraussetzungen normiert, drängt sich die Frage auf, ob Art. II:2 lit. a) GATT eine Beschränkung des Art. III:2 S. 1 GATT darstellen kann bzw. soll.⁶⁷⁴ Aufschlussreich ist diesbezüglich zunächst der Blick auf die Normstruktur. Danach ist Art. II:2 lit. a) GATT vorrangig im Kontext des Art. II und nicht des Art. III GATT zu sehen. Im Rahmen des relevanten Art. II:1 GATT stellt Art. II:2 lit. a) GATT eine Ausnahmeregelung dar. Die Vorschrift soll den Regelungsspielraum der Ver-

672 Stewardson in: OECD (Hg.), Trade and Environment: Process and Production Methods, 93 (98).

673 So auch Ruddigkeit in: Tietje/Kraft (Hg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 89, S. 11.

674 Diese Frage werfen auch Demaret/Stewardson, JWT 28 (1994) 4, 5 (19) auf, gehen aber auf deren Beantwortung nicht weiter ein.

tragsparteien erweitern und nicht etwa einschränken.⁶⁷⁵ Zudem zielt die Norm nicht primär auf die Beantwortung der Frage, inwiefern innere Abgaben ausgleichsfähig sein können. Vielmehr gibt Art. II:2 lit. a) GATT den Maßstab (Art. III:2 GATT) vor. Der Gehalt der Norm ist insofern geradezu deklaratorisch. Er erschöpft sich darin, dass eine bestimmte Form der inneren Abgaben (nämlich solche Abgaben, die gleichartigen inländischen Waren oder solchen Waren auferlegt werden, aus denen die eingeführte Ware ganz oder teilweise hergestellt ist) nicht in den Anwendungsbereich des Art. II GATT fallen sollen, soweit sie mit Art. III:2 GATT vereinbar sind. Beschrieben wird somit eine bestimmte Untergruppe der indirekten Steuern, die quasi *ipso jure* vom Anwendungsbereich des Art. II GATT ausgenommen und allein am Maßstab des Art. III:2 GATT zu messen sind. Daraus lässt sich weder der Schluss ziehen, dass andere als die genannten inneren Abgaben zwangsläufig unvereinbar mit Art. II GATT sind, noch, dass andere Formen zwangsläufig einen Verstoß gegen Art. III:2 GATT darstellen müssen.⁶⁷⁶ Dies wäre nur dann zulässig, wenn es sich bei der Auflistung in Art. II:2 lit. a) GATT um eine abschließende Enumeration zulässiger ausgleichsfähiger Abgaben handeln würde. Dies lässt sich aus der Fassung des Art. II:2 lit. a) GATT jedoch nicht schließen.⁶⁷⁷ Andere als die in Art. II:2 lit. a) GATT genannten indirekten Steuern sind daher unabhängig von Art. II:2 lit. a) GATT auf ihre Vereinbarkeit mit Art. III GATT hin zu untersuchen. Denn obwohl die WTO-Vorschriften zur Wahrung der Rechtseinheit grundsätzlich in ihrem systematischen Zusammenhang ausgelegt werden, sind unterschiedliche Maßstäbe nicht ausgeschlossen.⁶⁷⁸ Die zu Art. II:2 lit. a) GATT gefundenen Ergebnisse sind daher im Rahmen der Interpretation der Anforderungen des Art. III:2 GATT an die Beziehung zwischen Endprodukt und besterter Vorleistung nicht überzubewerten.

Das System der Grenzausgleiche ist in verschiedenen, sich gegenseitig ergänzenden Vorschriften für die Import- und Exportseite festgelegt.⁶⁷⁹ Die Zulässigkeit der Exporterstattung bestimmt sich insbesondere nach Art. VI:4 GATT und dem Subventionsübereinkommen. Die detaillierten Exportregelungen können für die Auslegung des Art. III:2 GATT als systematischer Zusammenhang fruchtbar gemacht werden, wenn Normen auf Import- und Exportseite *einheitlich* und nicht *eigenständig* ausgelegt werden sollen bzw. müssen. Wären die

675 Ismer/Neuhoff, CMI Working Paper 36/CWPE 0409, S.14; Stewardson in: OECD (Hg.), Trade and Environment: Process and Production Methods, 93 (98).

676 Howse/Eliason in: Cottier/Nartova/Bigdeli (Hg.), International Trade Regulation and the Mitigation of Climate Change, 48 (65).

677 Ismer/Neuhoff, CMI Working Paper 36/CWPE 0409, S. 14.

678 Goh, JWT 38 (2004) 3, 395 (412).

679 Puth, Umwelt und WTO, S. 262.

Regelungen einheitlich auszulegen, würde dies bedeutet, dass eine Steuer, die bei ihrer Einfuhr einer Ware im Rahmen eines Grenzausgleiches erstattungsfähig ist, zwangsläufig auch bei der Ausfuhr eines solchen einheimischen Produktes ausgleichsfähig sein muss. Die Reichweite des Konzepts wäre in Bezug auf Import und Exporte identisch: Es handelte sich um zwei Seiten derselben Medaille.⁶⁸⁰ Wären die Regelungen hingegen eigenständig auszulegen, hätte der Regelungsgehalt der einen Seite keinen zwingenden Einfluss auf den Regelungsgehalt des anderen Regimes. Ein expliziter Hinweis zur Beantwortung der Frage nach Einheitlichkeit/Eigenständigkeit lässt sich in den relevanten Normen nicht finden. Auch die Dokumente zur Entstehungsgeschichte sind in dieser Hinsicht unergiebig.⁶⁸¹ Die Rechtsprechungsorgane haben zu dieser Frage noch keine Stellung bezogen. Die maßgeblichen Entscheidungen zur Auslegung des Art. III:2 GATT nahmen zwar keinen Bezug auf die Exportregelungen, schlossen einen solchen Rückgriff aber nicht ausdrücklich aus. Im Folgenden sollen daher die wesentlichen Argumente für die Einheitlichkeit/Eigenständigkeit der Auslegung kritisch beleuchtet werden.

Die Working Party on Border Tax Adjustments setzte sich mit dem Verhältnis von Import- und Exportregelungen auseinander. Sie hielt in ihrem Bericht fest, dass „most members argued that there seemed to have been a *coherent approach* when the relevant articles of the GATT were drafted and that there were *no inconsistencies of substance* between the different provisions *even if the question of tax adjustments was dealt with in different articles*. (Hervh. d. Verf.)“⁶⁸². Die Mitgliedstaaten teilten somit die Auffassung, dass die Herangehensweise des GATT insgesamt kohärent sei und sich keine schwerwiegenden Unstimmigkeiten aus der bestehenden Regelungsstruktur ergeben würden. Der Bericht hob zudem hervor, dass die GATT-Regeln die Anwendung des Bestimmungslandprinzips sowohl im Hinblick auf den Import- als auch Exportgrenzausgleich vorsähen.⁶⁸³ Aus diesem einheitlichen Systemgedanken wird teilweise der Schluss gezogen, dass die Anforderungen der Einfuhr- und Ausfuhrregelungen gleichförmig verstanden werden müssen. Nur durch die symmetrische Anwendung der Regelungen könne das Bestimmungslandprinzip effizient und kohärent umgesetzt werden.⁶⁸⁴ Eine asymmetrische Anwendung würde hingegen zu Handelsverzerrungen auf dem internationalen Markt führen: Es bestünde, je

680 Biermann/Brohm, Climate Policy 4 (2005), 289 (298).

681 Vgl. Fauchald, Environmental Taxes and Trade Discrimination, S. 165.

682 GATT, Working Party Report on Border Tax Adjustments, L/3464 (1970), para. 9.

683 GATT, Working Party Report on Border Tax Adjustments, L/3464 (1970), para. 10.

684 Ismer/Neuhoff, EJLE 24 (2007) 2, 137 (147); Demaret/Stewardson, JWT 28 (1994) 4, 5 (31); Ruddigkeit in: Tietje/Kraft (Hg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 89, S. 12.

nachdem wie strikt oder liberal die Importregelung im Vergleich zur Exportregelung ausgestaltet wäre, die Gefahr der Nichtbesteuerung⁶⁸⁵ bzw. der Doppelbesteuerung.⁶⁸⁶ Dies wäre mit dem Bestimmungslandprinzip unvereinbar. Dieses Argument wird durch den Umstand entkräftet, dass die WTO-Mitgliedstaaten nach dem GATT frei darüber entscheiden können, ob sie einen Grenzausgleich nur für den Import, nur für den Export oder sowohl für Import als auch Export vorsehen. In den Worten der Working Party on Border Tax Adjustments gilt: „It was further agreed that these provisions set maxima limits for adjustment (compensation) which were not to be exceeded, but below which every contracting party was *free to differentiate* (Hervh. d. Verf.) in the degree of compensation applied, provided that such action was in conformity with other provisions of the General Agreement.“⁶⁸⁷ Das GATT-Regime gibt danach nur die äußerste Grenze vor, in deren Rahmen die Mitgliedstaaten einen weitreichenden Gestaltungsspielraum zur Verfügung haben. Dieser schafft automatisch das Potential für Anomalien.⁶⁸⁸ Ein Mitgliedstaat kann sich z. B. aufgrund von Umweltgesichtspunkten, im Einklang mit dem Verursacherprinzip, dafür entscheiden, nur einen Importausgleich einzuführen. Das Recht der WTO steht dem nicht entgegen. Es stellt sich jedoch die Frage, ob das GATT solche Wettbewerbsverzerrungen tatsächlich durch inkonsistente Regeln institutionalisieren will.⁶⁸⁹

Die allgemeine Regelungsstruktur des GATT könnte ein weiteres Argument für die einheitliche Auslegung darstellen. So ist beispielsweise in Art. I GATT die Rede von Waren “originating in or destined for” Gebiete anderer Mitgliedstaaten. Hinsichtlich Ein- und Ausfuhr besteht ein ausbalancierter Regelungsgehalt. Diese Vorgehensweise könnte sich auch auf das Konzept des Grenzausgleiches übertragen lassen. Gegen die Übertragung dieses Ansatzes sprechen jedoch zwei gewichtige Argumente: Zum einen lässt sich in den relevanten Regelungen, anders als bei Art. I GATT, kein expliziter Anknüpfungspunkt für eine solche

685 Dies wäre der Fall, wenn das Produkt im Ursprungsland keiner internen Steuer unterliegt und keinem Grenzausgleich unterworfen ist. Wenn die konkurrierenden einheimischen Waren einer internen Steuer unterworfen sind, haben die importierten Waren einen Wettbewerbsvorteil.

686 Dies wäre der Fall, wenn eine Ware sowohl im Heimatland besteuert wird (diese bei der Ausfuhr nicht erstattet wird), als auch einem Grenzausgleich im Rahmen der Einfuhr unterworfen ist. So: Demaret/Stewardson, JWT 28 (1994) 4, 5 (31). Zustimmung auch Ruddigkeit in: Tietje/Kraft (Hg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 89, S. 12.

687 GATT, Working Party Report on Border Tax Adjustments, L/3464 (1970), para. 11.

688 Stewardson in: OECD (Hg.), Trade and Environment: Process and Production Methods, 93 (104).

689 Demaret/Stewardson, JWT 28 (1994) 4, 5 (31).

Vorgehensweise finden.⁶⁹⁰ Zum anderen haben sich die Regelungsstrukturen hinsichtlich der Exporterstattung bzw. Ausgleichsbesteuerung unabhängig voneinander entwickelt. Während das Regelungsregime der inneren Abgaben in seiner jetzigen Form seit 1947 besteht und nur ein einziges Mal – um die Ergebnisse der Havana Konferenz 1948 – geringfügig ergänzt wurde, unterlagen Subventionen (abgesehen von dem Notifizierungs- und Konsultationsprozess) zunächst keinen besonderen Anforderungen. Zur Zeit der Schaffung des GATT bestand daher offensichtlich keine Symmetrie zwischen Export- und Importregelung. Erst in der Folgezeit wurde das Regelungsregime der Subventionen schrittweise ausdifferenziert und verschärft, so dass es heute eine der Importseite vergleichbare Regelungsdichte aufweist. Es ist nicht ersichtlich, dass bei diesem Entwicklungsprozess das Verhältnis von Subventionen und inneren Abgaben eine entscheidende Rolle gespielt hat.⁶⁹¹ Das Wissen um die eigenständige Entwicklung der Regelungsregime spricht somit klar für die Eigenständigkeit der Auslegung.

Für die Ablehnung der Übertragung der Regelungen des Exports auf Art. III:2 S. 1 GATT spricht auch ein weiterer Grund: Eine für die Klärung der Frage nach dem Inkorporationserfordernis maßgebliche Regelung auf der Exportseite (Anhang I lit. h) i. V. m. Fußnote 61 zum SCM) repräsentiert einen speziellen Kompromiss, der in langwierigen Verhandlungen im Rahmen der Uruguay-Runde von einigen Mitgliedstaaten erkämpft wurde. Auch wenn an dieser Stelle dahinstehen kann, ob dies das Ergebnis auf der Exportseite beeinflusst, würde die Übertragung dieser Regelung auf die Importseite die Begrenztheit dieses Kompromisses verkennen, der ausschließlich Bezug auf den exportseitigen Grenzausgleich nahm.⁶⁹²

Auch wenn gute Gründe für die Einheitlichkeit der Auslegung sprechen, überwiegen daher insgesamt die Argumente für die Eigenständigkeit der Auslegung. *Hufbauer* und *Erb* ist insofern zuzustimmen, dass „the GATT rules allow, but do not require, symmetry“⁶⁹³. Auch wenn die symmetrische Ausgestaltung in der Praxis somit zulässig und durchaus die Regel ist,⁶⁹⁴ ist sie doch nicht obligatorisch.⁶⁹⁵ Import- und Exportregelungen sind somit eigenständig zu betrachten und auszulegen. Auf den Gehalt der Exportregelungen soll daher erst an anderer

690 Puth, Die WTO und Umwelt, S. 267.

691 Vgl. dazu: Steward, The GATT Uruguay Round, Vol. IV, S. 219-235.

692 So jedenfalls WTO, CTE, Note by the Secretariat, WT/CTE/W/16 (1995).

693 Hufbauer/Erb, Subsidies in International Trade, S. 53.

694 Charnovitz in: PEW Center (Hg.), Beyond Kyoto, 141 (146).

695 Ismer/Neuhoff, EJLE 24 (2007) 2, 137 (147).

Stelle eingegangen werden.⁶⁹⁶ Für die Auslegung der Importregelungen weisen sie keine besondere Relevanz auf.

(3) Telos

Gemäß Art. 31 Abs. 1 WVK sind völkerrechtliche Vertragsnormen im Lichte ihres Zieles und Zweckes auszulegen. Ergiebig für die Frage nach der Reichweite des Begriffes der indirekten Steuern ist daher auch die Untersuchung des Sinn und Zweckes des Art. III:2 S. 1 GATT. Dieser kommt dem Telos der Ausgleichsfähigkeit von inneren Abgaben gleich.

Art. III:2 S. 1 GATT wird, als Bestandteil des Art. III GATT, von dem allgemeinen Grundgedanken des Art. III:1 GATT informiert⁶⁹⁷: Danach ist die primäre, nicht aber alleinige Intention des Artikels die Sicherstellung fairer Wettbewerbsbedingungen für importierte und einheimische Waren sowie die Verhinderung von protektionistische Maßnahmen. Er soll vermeiden, dass die Mitgliedstaaten ihre Zollzugeständnisse nach Art. II GATT unterminieren.⁶⁹⁸ Dieser Grundgedanke ist auch allen maßgeblichen Regelungen zur Zulässigkeit von Grenzausgleichsmaßnahmen gemein. Die Working Party on Border Tax Adjustments führte dazu in ihrem Bericht aus: „Most members [...] added that the philosophy behind these provisions [which deal with border tax adjustments; Anm. d. Verf.] was the ensuring of a certain trade neutrality. [...] They were also of the opinion that the present rules served the purpose of trade neutrality of tax adjustment appropriately and that no motive could be found to change them.“⁶⁹⁹ Diese Intention spricht für ein Inkorporationserfordernis. Im Gegensatz zu einem Input, der sich physisch im Endprodukt niederschlägt, sind die Umstände des Produktionsprozesses, die sich nicht auf die physischen Eigenschaften des Endproduktes auswirkten, nur aufwändig nachweisbar.⁷⁰⁰ Erforderlich sind dafür schwer sammel- und verifizierbare Informationen.⁷⁰¹ Dies verursacht erhebliche administrative Schwierigkeiten und birgt eine Angriffsfläche für Manipulationen.⁷⁰² Dies ist mit dem Zweck des Art. III:2 S. 1 GATT nicht vereinbar. Die Schwierigkeiten bei der Implementierung können jedoch kein

696 So i. E. auch Veel, JIEL 12 (2009) 3, 749 (797). Vgl. zu der Zulässigkeit einer Exporterstattung die Ausführungen in Kapitel 3. B.

697 AB, Japan-Alcoholic Beverages II, S. 18.

698 Vgl. Art. III:1 GATT und Panel, Japan-Alcoholic Beverages II, S. 16f.

699 GATT, Working Party Report on Border Tax Adjustments, L/3464 (1970), para. 9.

700 Godard, EDF/École Polytechnique Cahier Nr. DDX 07/15, S. 26; Demaret/Stewardson, JWT 28 (1994) 4, 5 (32).

701 Fauchald, Environmental Taxes and Trade Discrimination, S. 184; Charnovitz/Hufbauer/Kim, Global Warming and the World Trading System, S. 68.

702 Genasci, CCLR 2 (2008) 1, 33 (35).

entscheidendes Auslegungskriterium darstellen. Ansonsten würden Zulässigkeit und Sinnhaftigkeit der Maßnahme vermischt. Vielmehr ist dies eine politische Erwägung, die gegen die Einführung eines solchen Grenzausgleichs sprechen kann.

Der Sinn und Zweck des Regelungsregimes wird in einem weiteren Zusammenhang relevant. Auf dem Weltmarkt bestehen variiende Steuersätze und -strukturen. Zur Sicherstellung der Handelsneutralität bezweckt Art. III GATT, dass international gehandelte Produkte auf dem konkreten Absatzmarkt zu den Wettbewerbsbedingungen der einheimisch produzierten Waren angeboten werden. Das Konzept des Grenzausgleiches verwirklicht dies durch die Umsetzung des sog. Bestimmungslandprinzips (*Destination Principle*),⁷⁰³ nach dem die Güter in dem Land besteuert werden, in dem sie konsumiert werden. Dies erreicht der Grenzausgleich durch Exporterstattungen und Importbelastung, z. B. bei der Mehrwertsteuer.⁷⁰⁴ Der Gegensatz zum Bestimmungslandprinzip ist das Ursprungslandprinzip (*Origin Principle*), das eine Besteuerung in dem Land der Produktion vorsieht. Beide Prinzipien versuchen auf anderem Wege internationale Wettbewerbsneutralität zu schaffen. Während unter dem Herkunftslandprinzip die Steuer dem Produkt folgt, tut sie dies beim Bestimmungslandprinzip nicht.⁷⁰⁵ Grenzausgleiche sind daher nur so weit zulässig, wie das Bestimmungslandprinzip dem GATT zugrunde liegt. Basierend auf der Annahme, dass nur die Kosten indirekter Steuern über den Preis der Ware von dem Steuerschuldner an den Konsumenten weitergereicht werden („indirect taxes are shifted forward“), während direkte Steuern von dem Produzenten selbst getragen werden müssten („direct taxes are shifted backward“)⁷⁰⁶, ziehen die GATT-Vorschriften eine Trennlinie zwischen direkten und indirekten Steuern.⁷⁰⁷ Während für indirekte Steuern nach dem GATT das Bestimmungslandprinzip Anwendung findet, da durch die Kostenabwälzung die Wettbewerbsposition der Ware auf dem Absatzmarkt beeinflusst wird,⁷⁰⁸ gilt für direkte Steuern das Ursprungslandprinzip. Entscheidend für die Zulässigkeit eines Grenzausgleichs war daher ursprünglich

703 GATT, Working Party Report on Border Tax Adjustments, L/3464 (1970), para. 4.

704 Vgl. bspw. Art. 2 Abs. 2 der Sechsten Richtlinie 77/388/EWG des Rates vom 17. Mai 1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern – Gemeinsames Mehrwertsteuersystem: einheitliche steuerpflichtige Bemessungsgrundlage, ABl. EG Nr. L 145/1.

705 Demaret/Stewardson, JWT 28 (1994) 4, 5 (6).

706 Dies bedeutet, dass bei direkten Steuern Steuerschuldner (der rechtlich Belastete) und Steuerträger (der wirtschaftlich Belastete) identisch sind, während sie bei indirekten Steuern auseinander fallen. Vgl. Robra in: Tietje/Kraft/Sethe (Hg.), Beiträge zum transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 40, S. 18.

707 Puth, WTO und Umwelt, S. 261.

708 Demaret/Stewardson, JWT 28 (1994) 4, 5 (14).

die Frage, ob die finanzielle Mehrbelastung an den Verbraucher weitergereicht wird. Auf diese nimmt die physische Verkörperung eines Inputs keinen Einfluss. Unter Zugrundelegung der klassischen Steuerlehre wird eine finanzielle Mehrbelastung eines Endprodukts unabhängig davon, ob das Produkt direkt oder indirekt belastet wird, durch den Produzenten an den Konsumenten weitergereicht.⁷⁰⁹ Diese rein wirtschaftliche Betrachtung würde gegen das Inkorporationserfordernis sprechen.

Dagegen spricht auch die Umweltschutzmotivation der Abgabe. Denn Zweck der Abgabe ist es, die Externalität Gemeingut zu internalisieren um dadurch das Endprodukt zu verteuern. Diese Preissteigerung soll die Nachfrage senken, wodurch ein Anreiz für Produzenten und Konsumenten gesetzt wird, energieeffizientere Produkte zu produzieren bzw. zu konsumieren. Die Abgabe ist darauf gerichtet, sich auf den Preis des Endproduktes auszuwirken. Dabei ist unerheblich, dass der Input nicht inkorporiert ist. Diese Ausrichtung der Abgabe spricht für ihre Einordnung als indirekte Steuer, bei der klassischerweise eine Abwälzung erfolgt.⁷¹⁰

Diese Bewertung beruht jedoch auf der Hypothese des *shifting forward* und *shifting backward*. Diese wird seit den 1940er Jahren zunehmend hinterfragt und ist mit dem heutigen finanz- und wirtschaftswissenschaftlichen Verständnis nicht mehr vereinbar.⁷¹¹ Die Mehrzahl der Ökonomen geht nunmehr davon aus, dass der Grad zu dem eine steuerliche Belastung an den Verbraucher weitergereicht wird von den vorherrschenden Marktstrukturen, dem Wirtschaftsfeld und einer Vielzahl weiterer Faktoren, die von Sektor zu Sektor variieren, im Einzelfall bestimmt wird. Eine Weiterreichung der Kosten ist danach auch im Falle der CO₂-/Energiebelastung fraglich.⁷¹² Der Begründung der Ausgleichsfähigkeit indirekter Steuern wird daher die Grundlage entzogen. Die Tatsache, dass die Weitergabe der Mehrkosten intendiert ist und sich die Inkorporation einer Vorleistung auf diese nicht auswirkt, darf somit nicht überbewertet werden.

709 Ruddigkeit in: Tietje/Kraft (Hg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 89, S. 13. Kritisch zu dem Umstand, dass die CO₂-Kosten überhaupt (unabhängig von Inkorporation oder nicht) weitergereicht werden: Low/Marceau/Reinaud, The interface between the trade and climate change regimes, S. 9.

710 Crimp, NZJEL 12 (2008), 39 (55); Ekardt/Neumann, ZfU 2008, 183 (189). Anzumerken ist an dieser Stelle, dass der Zweck einer Abgabe nicht für die Ausgleichsfähigkeit an sich ausschlaggebend sein kann (vgl. GATT Panel, US-Superfund, para. 5.2.4). Er kann jedoch ein Hinweis für die Einordnung als direkte oder indirekte Steuer sein. Auch dies wird jedoch kritisch beurteilt, vgl. Wasmeier, Umweltabgaben und Europarecht, S. 41.

711 Wasmeier, Umweltabgaben und Europarecht, S. 40.

712 Low/Marceau/Reinaud, The interface between the trade and climate change regimes, S. 10.

Zur Auslegung einer völkerrechtlichen Norm kann neben dem Sinn und Zweck der einzelnen Vorschrift auch der Sinn und Zweck des gesamten Vertrages heranzuziehen sein. Der Appellate Body hielt fest: „It is in the words constituting that provision, read in their context, that the object and purpose of the state parties to the treaty must first be sought. Where the meaning imparted by the treaty itself is equivocal or inconclusive, or where confirmation of the correctness of the reading of the text itself is desired, *light form the object and purpose of the treaty as a whole may usefully be sought* (Hervh. d. Verf.).“⁷¹³ Der Zielsetzung des GATT, als die die Präambel auch den Umweltschutz benennt, spricht daher für eine umweltfreundliche Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale. Die Sachlage, nach der upstream Regulierungen, die nah am Produktionsprozess anknüpfen, besonders umwelteffizient sind,⁷¹⁴ spricht daher gegen ein zusätzliches Inkorporationserfordernis.

(4) Rechtsprechung

Die Frage der Auslegung von indirekt erhobenen produktbezogenen Steuern ist auch anhand der relevanten Panel-Entscheidungen zu untersuchen. Hierbei ist zu beachten, dass anders als in einer Vielzahl von Rechtssystemen die Streitbeilegungsorgane der WTO nicht durch das Prinzip der *Stare Decisis* gebunden sind. Entscheidungen des Appellate Body und der Panels sind nicht bindend, gehören aber zum GATT-*Acquis* und werden bei Folgeentscheidungen regelmäßig in die Erwägungen mit einbezogen. Faktisch kommt der Rechtsprechung somit eine große Bedeutung zu.⁷¹⁵ Viele Entscheidungen fanden schon im Rahmen der bereits angewandten Auslegungsmethoden Eingang in die Untersuchung. An dieser Stelle soll ihr Gehalt eigenständig bestimmt werden.

Richtungsweisend ist zunächst die *Superfund*-Entscheidung.⁷¹⁶ In dieser befand das Panel, dass eine Steuer auf bestimmte Chemikalien (einen Input), indirekt eine Besteuerung des Endproduktes, darstelle. Das Panel nannte für die Bejahung der Ausgleichsfähigkeit zwei Kriterien. Diese lassen sich wie folgt verall-

713 AB, US-Shrimp, para. 114.

714 Petersman in: Reversz/Sands/Steward (Hg.), *Environmental Law, the Economy and Sustainable Development*, 127 (139).

715 Gem. Art. 3. 2 DSU und der aktuellen WTO-Rechtsprechung klären Entscheidungen der Streitbeilegungsorgane jeweils nur die besonders aufgeworfenen Rechtsfragen. Die Entscheidungen binden zudem nur die formell am Verfahren beteiligten Parteien, haben jedoch auf gewisse Weise die Wirkung von Präjudizien, da bereits angenommene Panel-Berichte und Berichte des Appellate Body legitime Erwartungen der Mitgliedstaaten wecken und daher, soweit sie für einen anderen Streitfall relevant werden, in Betracht gezogen werden müssen. Vgl. AB, Japan-Alcoholic Beverages II, S. 14.

716 Der Sachverhalt wurde bereits in Kapitel 3. A. I. 1. c) aa) dieser Arbeit dargestellt.

gemeinern: Zum einen sei erforderlich, dass der Input im Produktionsprozess des Endproduktes Verwendung gefunden hat. Zum Anderen sei Voraussetzung, dass die finanzielle Belastung des Produktes der Belastung des Produktes entspreche, die entstanden wäre, wenn es unter Verwendung des Inputs im Importland hergestellt worden wäre.⁷¹⁷ Entscheidend sei der *finanzielle Effekt*. Dieser müsste für importierte und einheimische Waren gleich sein. Dies eröffnet grundsätzlich die Ausgleichsmöglichkeit von im Rahmen des Produktionsprozesses anknüpfenden Abgaben. Das Panel ging jedoch nicht auf die Frage ein, ob der verwendete Input in dem Endprodukt physisch verkörpert sein muss. Eine Differenzierung zwischen verkörperten und unverkörperten Zutaten wurde nicht vorgenommen. Nicht ersichtlich ist daher, ob das Panel die Verkörperung durch die Verwendung des Begriff „material“ gedanklich voraussetzte oder ob es ein solches Inkorporationserfordernis als obsolet erachtete. Für die erste Alternative spricht, dass das Panel auf ein Beispiel verweist, in dem die besteuerte Zutat physisch in dem Endprodukt enthalten ist⁷¹⁸, und einige Formulierungen („produced from“⁷¹⁹ „chemicals from which these substances were derived“⁷²⁰) verwendet, die auf eine schlüssige Annahme der Inkorporation deuten.⁷²¹ Für die zweite Alternative spricht hingegen der Umstand, dass das Panel das Kriterium der finanziellen Belastung in seiner Entscheidung hervorhebt. Diese Belastung entsteht unabhängig von einer Inkorporation.⁷²² Aufgegriffen wurde das Kriterium auch in jüngeren Entscheidungen verschiedener WTO-Panels. In der Entscheidung *Argentina – Hides and Leather* stellte das Panel auf den Vergleich der konkreten finanziellen Belastung von importierten und einheimischen Waren ab und unterschied diese von der „nominal tax burden“. Rückgriff nahm es hierbei auf den Panel-Report *Japan – Alcoholic Beverages* nach dem neben der Besteuerungshöhe auch die Besteuerungsmethode im Rahmen des Vergleichs zu berücksichtigen ist. Es führte aus: „In assessing whether there is tax discrimination, account is to be taken not only of the rate of the applicable internal tax but also of the taxation methods (e.g. different kinds of internal taxes, direct taxation of the finished product or *indirect taxation by taxing the raw materials used in the product during the various stages of its production*) [Hervh. d. Verf.].“⁷²³

717 Konkret bezogen auf die verwendeten Chemikalien und Derivate vgl. GATT Panel, US-Superfund, para. 5.2.8.

718 GATT Panel, US-Superfund, para. 5.2.7.

719 GATT Panel, US-Superfund, para. 5.2.8.

720 GATT Panel, US-Superfund, para. 5.2.3.

721 Fauchald, *Environmental Taxes and Trade Discrimination*, S. 181.

722 Ruddigkeit in: Tietje/Kraft (Hg.), *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*, Heft 89, S. 12.

723 Panel, *Argentina-Hides and Leather*, para. 11.183 mit Verweis auf: GATT Panel, *Japan-Alcoholic Beverages I*, para. 5.8.

Verallgemeinert man diese Herangehensweise, ist ein Grenzausgleich bezogen auf das Endprodukt zulässig, solange die finanzielle Belastung die Gesamtbelastung der einheimischen Waren nicht übersteigt. Gleiches ergibt sich auch aus der Entscheidung *Mexico – Taxes on Soft Drinks*. Während in den bisher besprochenen Fällen fraglich war, ob die Besteuerung eines Inputs eine indirekte Besteuerung des Endproduktes darstellt, beleuchtete das Panel die Frage in *Mexico – Taxes on Soft Drinks* aus einem anderen Blickwinkel und entschied, dass die Besteuerung des Endproduktes Softdrink eine indirekte Besteuerung des Inputs Rohrzucker sei. Grund dafür sei der Umstand, dass die Steuer dessen Wettbewerbsbedingungen tangiere, wofür wiederum die finanzielle Belastung maßgeblich ist.⁷²⁴ Stellt man in Anbetracht dieser Panel-Entscheidungen allein auf den finanziellen Effekt für das Endprodukt ab, kann die physische Präsenz des Inputs keine zusätzliche Voraussetzung für die Ausgleichsfähigkeit einer Abgabe darstellen. Problematisch an dem beschriebenen Ansatz ist jedoch, dass sich für das Merkmal der „finanziellen Belastung“ keine konkreten Anhaltspunkte im Wortlaut der Norm, in dem Ausgangspunkt jeder Auslegung, finden lassen.⁷²⁵

Eine weitere Entscheidung zur Klärung der Reichweite der „indirekten“ Produktbesteuerung könnte *Canada – Periodicals* darstellen. Diese Entscheidung betraf unter anderem die Rechtmäßigkeit einer kanadischen Verbrauchsteuer auf Magazine, die zwischen sog. *Split-run* und *Non-split-run*-Ausgaben unterschied. Unter *Split-run*-Ausgaben sind Zeitschriften zu verstehen, die im Hinblick auf die Werbung dem jeweiligen Vertriebsmarkt angepasst werden, während der redaktionelle Inhalt zu mindestens 20 % mit den anderorts vertriebenen Parallelausgaben der Zeitschrift übereinstimmt. Das Panel und der Appellate Body stimmten darin überein, dass die maßgebliche Steuer in diesem Fall nicht auf die Dienstleistung „Werbung“ erhoben wurde, sondern eine indirekte Besteuerung der Zeitschrift darstellte. Abzustellen sei auf „structure and design“ der Steuer.⁷²⁶ Auch im Falle einer Energiesteuer etc. ist das Augenmerk daher auf die Struktur und das Design der Steuer zu legen. Diese sind entscheidend dafür, ob sie als Steuer auf den Input oder das Endprodukt zu bewerten ist. Der Gesetzgeber kann somit durch die konkrete Ausgestaltung der Steuer Einfluss auf deren Bewertung nehmen. Auf die Struktur und das Design einer Steuer übt die Inkor-

724 Panel, *Mexico-Taxes on Soft Drinks*, para. 8.45.

725 Kritisch bewertet daher Goh die beschriebene Herangehensweise, der auf die einheitliche Auslegung der Tatbestandsmerkmale „applied to“ und „borne by“ abstellt. Da diese unterschiedlich formuliert seien, müsse ihnen auch grundsätzlich ein unterschiedlicher Regelungsgehalt zukommen. Vgl. Ders., *JWT* 38 (2004) 3, 395 (409).

726 AB, *Canada-Periodicals*, S. 18.

poration eines Input keinen Einfluss aus. Die Entscheidung bringt daher in diesem Zusammenhang keinen Erkenntnisgewinn.

(5) Entstehungsgeschichte

Nach Art. 32 WVRK können auch die den Vertragsschluss vorbereitenden Arbeiten (*travaux préparatoires*) und die Umstände des Vertragsschlusses zur Auslegung herangezogen werden. Neben den objektiven Grundansatz des Art. 31 WVRK tritt dadurch ein subjektives Element, das sicherstellt, dass auch der historische Hintergrund der völkerrechtlichen Verträge zu betrachten ist.⁷²⁷ Hierbei handelt es sich um eine *ergänzende* Auslegungsmethode, auf die nur zurückgegriffen werden darf, „um die sich unter Anwendung des Artikels 31 ergebende Bedeutung zu bestätigen oder die Bedeutung zu bestimmen, wenn die Auslegung nach Artikel 31“ mehrdeutig oder dunkel (lit. a) oder sinnwidrig oder unvernünftig (lit. b) ist. Nach der bisherigen Untersuchung sprechen gewichtige Argumente gegen ein zusätzliches Inkorporationserfordernis. Dieses Ergebnis ist nicht mehrdeutig oder gar sinnwidrig. Die vorbereitenden Arbeiten und die Umstände des Vertragsschlusses können daher allenfalls zur Bestätigung des Auslegungsergebnisses herangezogen werden. Der Blick ist hierfür auf den Entwurf der Charta für eine internationale Handelsorganisation⁷²⁸ zu richten. Dieser nahm in Art. 9, dem ursprünglichen Entwurf des Grundsatzes der Inländergleichbehandlung, zunächst nur Steuern „imposed on like products“ in Bezug und wurde in der Folgezeit auf Steuern „imposed on or in connection with like products“ erweitert.⁷²⁹ Um Übersetzungsschwierigkeiten zu umgehen, einigte man sich in den Folgeverhandlungen auf das leichter zu übersetzende „directly or indirectly“⁷³⁰, bezweckt damit jedoch keine Änderung des Bedeutungsinhalts. Dementsprechend wurde die Bedeutung des „indirectly“ im Rahmen der Verhandlungen auf Nachfrage als eine Steuer nicht auf ein Produkt an sich, sondern auf dessen Produktionsprozess erklärt.⁷³¹ Die Intention des Normgebers spricht insofern für eine weite Auslegung des Begriffs „indirectly“, die

727 Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, S. 141.

728 Suggested Charter for an International Trade Organization of the United Nations, U.S. State Department Proposal, Department of State Publication 2598, Commercial Policy Series 93 (1946).

729 UN ECOSOC, Preparatory Committee of the International Conference on Trade and Employment, E/PC/T/C.II/11 (1946), S. 1.

730 UN ECOSOC, Preparatory Committee of the International Conference on Trade and Employment, E/PC/T/C.II/W.5 (1946), S. 5.

731 UN ECOSOC, Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment, E/PC/T/A/PV/9 (1947), S. 18f.

die Besteuerung des Prozesses unabhängig von der Inkorporation eines Inputs erfasst. Insofern trägt die Entstehungsgeschichte das bereits ermittelte Ergebnis.

d) Zwischenergebnis

Art. III:2 S. 1 GATT verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Inländerbehandlung von eingeführten Produkten hinsichtlich interner Steuern und sonstiger Abgaben. Sowohl die im Wege der CO₂-Steuer als auch durch den Emissionshandel erhobenen finanziellen Belastungen stellen Abgaben im Sinne der Norm dar. Problematisch gestaltet sich die Ausgleichsfähigkeit dieser Abgaben in Anbetracht ihres Bezugspunkts. Denn die Belastung orientiert sich nicht an dem Endprodukt, sondern an dem Produktionsprozess. Dies ist als *indirekte* Belastung des Produktes zu werten. Denn die Auslegung des Merkmals der indirekten Besteuerung hat gezeigt, dass hierunter auch die Besteuerung des Produktionsprozesses verstanden werden kann. Hingegen lassen sich keine ausreichenden textlichen, systematischen oder teleologischen Hinweise für den Schluss auf ein Inkorporationserfordernis im Sonderfall der Inputbesteuerung finden. Entgegenstehende Argumente lassen sich der Rechtsprechung der GATT- bzw. WTO-Streitbeilegungsorgane nicht entnehmen. Getragen wird die Ablehnung eines solchen Erfordernisses schließlich von der Entstehungsgeschichte des GATT. Das Instrument des Grenzausgleichs ist damit grundsätzlich für ein weites Feld von indirekten Steuern zugänglich. Die Frage nach der Auswirkung des Produktionsprozesses, beispielsweise durch die Inkorporation des Inputs in dem fertiggestellten Endprodukt, stellt sich daher nicht im Rahmen der *indirekten* Besteuerung, sondern vielmehr bei der Bestimmung der Gleichartigkeit verschiedenartig produzierter Waren.

Auch die Fallgruppen der CO₂-/Energiesteuern sowie die Mehrkosten durch den Emissionshandel sind daher einem Grenzausgleich zugänglich. Wie Art. II:2 lit. a) GATT eindeutig zum Ausdruck bringt, muss er jedoch dem zweistufigen Test des Art. III:2 S.1 GATT genügen, nach dem gleichartige Waren keiner höheren Besteuerung als einheimische Waren unterliegen dürfen. In Folgenden ist daher zunächst die Gleichartigkeit der einheimischen und importierten Waren zu untersuchen. Hierbei handelt es sich um eine bedeutende Weichenstellung:

Handelt es sich bei den einheimisch klimaschonend hergestellten Produkten und den importierten Produkten um „gleichartige“ Waren i. S. d. Art. III:2 S. 1 GATT, dürfen die importierten Waren „weder direkt noch indirekt höheren [...] Belastungen als gleichartige inländische Waren“ unterworfen werden. Die Überprüfung der Höhe der Belastung erfolgt in einem zweiten Schritt.

Sind importierte und einheimisch produzierte Waren aufgrund divergierender Produktionsprozesses hingegen nicht als gleichartig zu klassifizieren, kann den importierten Waren nach Art. III:2 S. 1 GATT eine höhere Belastung an der Grenze auferlegt werden. Diese Erhebung ist in diesen Fällen am Maßstab des Art. III:2 S.2 GATT zu messen.

e) Anwendung auf „gleichartige Waren“ („like products“)

Ein wichtiger Scheidepunkt im Rahmen der Prüfung des Art. III:2 GATT ist die Beantwortung der Frage, ob klimaschädlich hergestellte Produkte, die selbst umweltneutral sind, gleichartig zu klimaschonend produzierten Waren sind. Aus Sicht des Umweltschutzes wäre eine präferenzielle Behandlung umweltfreundlich produzierter Waren zu begrüßen. Dies ist indes nur zulässig, wenn die zwei Produktgruppen als ungleich zu bewerten wären. Doch ist unter WTO-Recht eine Tonne Zement, die mit klimaschonender Solarenergie produziert wurde, anders zu behandeln als eine Tonne Zement, die unter Verwendung von Kohle hergestellt wurde? Sollte dies zu bejahen sein, stellt sich die Frage, ob auch andere Klimakriterien Differenzierungsmerkmale im Rahmen des Gleichheitsbegriffs darstellen können. Anknüpfungspunkt könnte insofern das Klimaschutz-niveau oder das Gesamt-emissionsvolumen eines Staates oder das Emissionsvolumen des konkret betroffenen Industriesektors sein. Bevor diese verschiedenen Merkmale beleuchtet werden, ist zunächst abstrakt auf den Gleichheitsbegriff einzugehen.

aa) Kriterium der Gleichartigkeit

Das GATT enthält keine Legaldefinition der Gleichartigkeit. Vielmehr wird einhellig anerkannt, dass sich der Begriff der „gleichartigen Waren“ („like products“) einer allgemeingültigen Definition entzieht und kontextabhängig ausgelegt werden muss. Der Appellate Body spricht daher von einem Akkordeon, dessen Reichweite in den verschiedenen Normen gedehnt und gequetscht wird.⁷³² Im Rahmen des Art. III:2 S. 1 GATT ist zu berücksichtigen, dass mit Satz 2 ein weiterer Tatbestand für fiskalische Normen besteht und dieser auf konkurrierende und substituierbare Produkte anwendbar ist. Da es sich bei den gleichartigen Waren um einen Unterfall dieser Gruppe handelt, ist der Gleichartigkeitsbegriff in Satz 1 eng und auch enger als in Absatz 4 auszulegen, um den Anwendungsbereich des Satz 2 nicht ungebührlich einzuschränken.⁷³³

⁷³² AB, Japan-Alcoholic Beverages II, S. 21.

⁷³³ AB, Japan-Alcoholic Beverages II, S. 19-20; AB, EC-Asbestos, para. 95.

Die Bestimmung der Gleichartigkeit hat im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung zu erfolgen⁷³⁴ und im Grunde eine Frage der Natur und Reichweite des Wettbewerbsverhältnisses zwischen Produkten.⁷³⁵ Bei dessen Bewertung sind drei von der Working Party on Border Tax Adjustments vorgegebene Bewertungskriterien kumulativ anzuwenden: „the product's end-uses in a given market; consumers' tastes and habits, which change from country to country; the product's properties, nature and quality.”⁷³⁶ Neben diese Topoi (Endverwendungsmöglichkeiten/Neigungen und Gewohnheiten der Verbraucher/Eigenschaften, Qualität und Eigenart des Produkts) tritt als vierter Anhaltspunkt die Zollklassifikation eines Produktes.⁷³⁷ Diese Anhaltspunkte sind auszuwerten und gegeneinander abzuwägen. Umstritten ist, ob auch die Absichten des Gesetzgebers und die erzielte Handelsbeeinträchtigung (so die sog. *aims and effects-Lehre*)⁷³⁸ als weitere Kriterien zu berücksichtigen sind.⁷³⁹ Zu Recht wurde dieser Ansatz mittlerweile verworfen,⁷⁴⁰ da die Überprüfung der Beweggründe dogmatisch korrekt in dem Bereich der Rechtfertigung nach Art. XX GATT zu verorten ist.

bb) Gleichartigkeit von CO₂-intensiven und -schonenden Produkten

Wendet man die erläuterten Grundzüge auf die Bewertung der Gleichartigkeit von CO₂-intensiven und CO₂-schonenden Produkten an, wird das bereits angeschnittene Problemfeld sog. nichtproduktbezogener Produktionsmethoden (*non-product-related processes and production methods*) relevant. Die Unterschiede in der Herstellung von Produkten, wie bspw. Zement, Aluminium oder

734 GATT, Working Party Report on Border Tax Adjustments, L/3464 (1970), para. 18.

735 AB, EC-Asbestos, para. 99.

736 GATT, Working Party Report on Border Tax Adjustments, L/3464 (1970), para. 18.

737 Jedenfalls wurde in verschiedenen Entscheidungen hierauf zurückgegriffen. Vgl. AB, Japan-Alcoholic Beverages II, S. 21 m. w. N. zur Rechtsprechung.

738 Anknüpfend an der Entscheidungen des GATT Panel, US-Malt Beverages, BISD 39S/206 angenommen am 19. Juni 1992, para. 5.74. Abgewandelt durch den Appellate Body in EC-Asbestos, para. 93, 98 zum sog. SATAP-Test (vgl. dazu Panizzon/Arnold/Cottier, Umweltrecht in der Praxis 3 (2010), 199 (218)). Vertreten von z.B.: Regan, JWT 36 (2002) 3, 443 (472); Schön, RIW 2004, 50 (56).

739 Intendiert eine Maßnahme den Schutz der einheimischen Wirtschaft spricht dies nach dem Test für die Gleichartigkeit der Waren. Lägen hingegen legitime politische Erwägungen, wie z. B. der Klimaschutz der Maßnahme zugrunde, spricht dies hingegen gegen die Gleichartigkeit der Produkte. Vgl. Cottier/Tuerk/Panizzon, ZUR Sonderheft 2003, 155 (157).

740 Panel, Japan-Alcoholic Beverages II, para. 6.16. Zustimmend: Hermann/Weiß/Ohler, Welthandelsrecht, Rn. 514; Howse/Tuerk in: Búrca/Scott (Hg.), The EU and the WTO, 283 (293).

Papier, schlagen sich nicht in dem Endprodukt selbst nieder. Auch der CO₂-Fußabdruck und die Klimapolitik eines Staates sind nicht in einem Endprodukt verkörpert. Für das unvoreingenommene Auge sehen sämtliche Endprodukte, unabhängig von der gewählten Produktionsform, „gleich“ aus. Die sich daraus ergebenden Probleme sollen jedoch nicht vorab abstrakt erklärt werden,⁷⁴¹ da auch diese Fälle anhand der allgemeinen Kriterien im Einzelfall zu beurteilen sind.

Die physischen Eigenschaften eines Produktes, wie Aussehen, Farbe oder Form, scheiden als Anknüpfungspunkt für eine Unterscheidung der maßgeblichen Gruppen aus, da sich ein CO₂-Mehrverbrauch eben nicht in dem Endprodukt niederschlägt. Dies wirkt sich auch auf die übrigen Kriterien aus. Denn die anderen Bewertungskriterien sind eng mit den physischen Eigenschaften des Produktes verbunden. Der Appellate Body führte insofern aus: „Although each criterion addresse, in principle, a different aspect of the products involved, which should be examined seperately, the different criteria are interrelated.“⁷⁴² Die Endverwendungsmöglichkeiten eines Produktes werden maßgeblich durch seine körperlichen Eigenschaften bestimmt. Da klimagerechte und klimaschädigende Produkte die gleichen physischen Merkmale aufweisen, sind sie daher grundsätzlich der gleichen Verwendung zugänglich. Für die Gleichartigkeit der angesprochenen Produktgruppen spricht auch deren Einordnung in den Zolltarif, die an die physischen Eigenschaften des zu klassifizierenden Produktes gebunden ist. Die Betrachtung der Kriterien Produkteigenschaften, Endverbrauch und Zollklassifikation legt nahe, dass der CO₂-Ausstoß im Rahmen der Produktion für die Bewertung der Gleichheit unerheblich ist.⁷⁴³

Als Anknüpfungspunkt für eine Unterscheidung bleibt somit allein das flexible Kriterium der Verbrauchergewohnheiten. Diese variieren von Markt zu Markt. Maßgeblich für die folgenden Betrachtungen sollen die Gewohnheiten auf einem entwickelten westlichen Markt sein, da dort die Einführung eines Grenzausgleichs am ehesten in Betracht kommt. Auf diesen Märkten herrscht eine grundsätzlich hohe „ökologische Grundsensibilisierung“. Das Thema Umweltschutz hat kontinuierlich an Priorität gewonnen, der Trend geht zum sog. Grü-

741 Vgl. zu der PPM-Debatte umfassend: Puth, WTO und Umwelt, sowie die folgenden Entscheidungen: GATT Panel, US-Tuna (Mexico); Panel, US-Shrimp; Panel, EC-Asbestos; Panel, EC-Biotech; AB, US-Gasoline; AB, Brazil-Retreaded Tyres.

742 AB, EC-Asbestos, para. 102f.

743 Dies spiegelt auch die herrschende Meinung wieder nach der nichtproduktbezogene PPMs nicht zu den grundlegenden Kriterien zur Bestimmung der Gleichheit gehört, eine Berücksichtigung aber nicht a priori ausgeschlossen ist, sonder über die Einfallstore der anderen Kriterien Einfluss ausüben kann. Vgl. statt vieler Puth, WTO und Umwelt, S. 246ff.

nen Konsum.⁷⁴⁴ Verschiedene Beispiele belegen, dass die Produktions- bzw. Zucht- oder Anbaumethoden Einfluss auf die Kaufentscheidung vieler Verbraucher nehmen (z. B. „Bio“-Waren statt der Standardprodukte).⁷⁴⁵ Doch unterscheidet der Verbraucher auch zwischen Waren mit großem bzw. kleinem CO₂-Fußabdruck? Durch die Intensivierung der öffentlichen, wissenschaftlichen und politischen Debatte über den Klimawandel und dessen Folgen ist die Klimaproblematik in weiten Kreisen der Bevölkerung im Bewusstsein der Bürger⁷⁴⁶ angekommen.⁷⁴⁷ Maßgeblich ist hierbei die Sicht eines entsprechend informierten Verbrauchers.⁷⁴⁸ Neben den Akteuren aus Politik und Wirtschaft sehen diese Bürger zunehmend sich selbst in der Pflicht. Sie vertreten die Auffassung, dass die Änderung des Konsumverhaltens eines Einzelnen in der Summe maßgeblichen Einfluss auf eine Abbremsung des Klimawandels haben kann.⁷⁴⁹ Dementsprechend sind mehr als drei Viertel grundsätzlich bereit, ihr Konsumverhalten zu ändern und umweltfreundliche Produkte zu kaufen, selbst wenn damit Mehrkosten im Vergleich zu konventionellen Produkten verbunden sind.⁷⁵⁰ Problematisch ist jedoch, dass eine relativ geringe Korrelation zwischen der abstrakten Bereitschaft zu klimaschonendem Verhalten und deren praktischer Umsetzung besteht: „Generell gilt, dass die Zustimmung für den Umwelt- und Klimaschutz auf einem allgemeinen Level recht hoch ist, jedoch abnimmt, je mehr der potentielle eigene Beitrag konkretisiert wird“⁷⁵¹. Nur knapp 17 % setzen folglich ihren Vorsatz, umweltfreundliche Produkte zu erwerben, tatsächlich in die Tat um.⁷⁵² Entscheidungserheblich für das Kriterium der Verbrauchergewohnheiten ist jedoch das tatsächliche Verhalten der Konsumenten.

744 Diekmann/Preisendörfer, Umweltsoziologie, S. 96f. Dies bedeutet nicht das in den Entwicklungsländern kein vergleichbares Umweltbewusstsein existiert. Es unterscheidet sich jedoch von dem westlichen Umweltbewusstsein. Vgl. zu diesen Unterschieden Lange in: Groß (Hg.), Handbuch Umweltsoziologie, S. 613ff.

745 Stehr, Die Moralisierung der Märkte, S. 278 m.w.N.

746 Die folgenden Aussagen nehmen Bezug auf Befragungen europäischer Bürger, durchgeführt im Auftrag der Europäische Kommission. Sie sollen jedoch exemplarisch für die Bürger westlicher Industriestaaten sein.

747 So wurde in fast allen befragten europäischen Länder „globale Erwärmung/Klimawandel“ neben „Armut, Mangel an Nahrung und Trinkwasser“ als das größte Problem, dem die Welt gegenübersteht bewertet (Europäische Kommission, Einstellungen der europäischen Bürger zum Klimawandel, S. 7).

748 Bhagwati/Mavroidis, WTR 6 (2007) 2, 299 (308).

749 Europäische Kommission, Einstellungen der europäischen Bürger zum Klimawandel, S. 75.

750 Europäische Kommission, Einstellungen der europäischen Bürger zur Umwelt, S. 29.

751 Krapf/Wehlau, Artec-Paper Nr. 161, Mai 2009, S. 10.

752 Europäische Kommission, Einstellungen der europäischen Bürger zur Umwelt, S. 29.

Veränderungen auf der Einstellungsebene werden stets nur mit gewissen Verzögerungen in aktives Verhalten umgesetzt.⁷⁵³ Doch seit den zitierten Umfragen im Jahr 2008 haben sich die Zahlen trotz der Verschärfung der Diskussion um den Klimawandel⁷⁵⁴ nicht gewandelt.⁷⁵⁵ Nur unter der Annahme eines weiterhin steigenden Bewusstseins, das in naher Zeit Früchte trägt, kann daher im privaten Bereich das Kriterium der Verbrauchergewohnheiten für die Ungleichartigkeit von Produkten mit verschiedenem CO₂-Gehalt sprechen.⁷⁵⁶ Entscheidender als das Verhalten der privaten Endabnehmer sind allerdings die Verbrauchergewohnheiten der weiterverarbeitenden Gewerbe. Diese stellen den relevanten Konsumentenkreis der für einen Grenzausgleich besonders geeigneten Produkte (z. B. Aluminium, Stahl oder Zellstoff) dar. Insofern ließe sich annehmen, dass industrielle Konsumenten der „Moralität“ und „Nachhaltigkeit“ eines Produktes keinen vergleichbaren Wert beilegen, sondern stärker als private Verbraucher von Kosten-Nutzen-Erwägungen gelenkt werden. Diese Annahme vernachlässigt jedoch den Umstand, dass sich die Entscheidungen des Primärkonsumenten in seinem Produkt niederschlagen. Da dieses Produkt von den Sekundärkonsumenten an- und abgenommen werden muss, ist zwingend erforderlich, dass der Primärkonsument die Erwägungen des Sekundärkonsumenten in seine Entscheidungen mit einbezieht. Die gemachten Ausführungen sind daher zu übernehmen. Jedenfalls nach dem Kriterium der Verbrauchereigenschaften wäre es potentiell möglich, Produkte mit unterschiedlichem CO₂-Gehalt als ungleichartig zu bewerten.

Da nur das Kriterium der Verbrauchergewohnheiten auf die Ungleichartigkeit deutet, die anderen drei Kriterien hingegen für die Gleichartigkeit sprechen,

753 Krapf/Wehlau, Artec-Paper Nr. 161, Mai 2009, S. 11.

754 Der Klimawandel ist für jedenfalls für die deutsche Bevölkerung das bestimmende Umweltproblem unserer Zeit. Vgl. den Global Media Deck 2010 Green Brands Survey. Abrufbar unter: <http://www.slideshare.net/WPPGreenBrandsSurvey/2010-green-brands-global-media-final>. Zuletzt besucht am 23. April 2012.

755 Zu diesem Ergebnis gelangt der GfK Global Green Index – Wie grün ist der Verbraucher wirklich? Vgl. die Pressemitteilung v. 16. November 2011. Abrufbar unter: http://www.gfk.com/group/press_information/press_releases/008988/index.de.html. Zuletzt besucht am 23. April 2012.

756 Zu diesem Ergebnis gelangen (wenn auch teilweise mit anderer Argumentation): Bhagwati/Mavroidis, WTR 6 (2007) 2, 299 (308); Pauwelyn, NI WP 07/02, S. 28; Ruddigkeit in: Tietje/Kraft (Hg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 89, S. 15f; Howse/Eliason in: Cottier/Nartova/Bigdeli (Hg.), International Trade Regulation and the Mitigation of Climate Change, 48 (67f); Ekardt/Neumann, ZfU 2008, 183 (192); Dhar/Das, RIS-DP Nr. 156, Sept. 2009, S. 19; UBA (Hg.), Climate Change 05/08, S. 17; Brink, CJIPLP 21 (2010) 1, 85 (102).

liegt ein Fall der „conflicting indications“ vor.⁷⁵⁷ In *EC – Asbestos* entschied der Appellate Body, dass die Begründung der Ungleichartigkeit nicht allein auf verschiedene physische Eigenschaften gestützt werden könne. Er wies ausdrücklich darauf hin, dass in den Fällen, in denen verschiedenen Kriterien auf unterschiedliche Ergebnisse hinwiesen, die Pflicht und Notwendigkeit bestehe, alle Kriterien zu untersuchen und in die Erwägungen mit einzubeziehen.⁷⁵⁸ Zu Unrecht wird daher häufig insbesondere dem Kriterium der physischen Eigenschaften eine überzogene Bedeutung beigemessen und davon ausgehend vorschnell auf Gleichheit bzw. Ungleichheit geschlossen.⁷⁵⁹ Aus den Ausführungen des Appellate Body lässt sich schlussfolgern, dass das Kriterium der Verbrauchergewohnheiten die naheliegende Annahme der Gleichartigkeit nicht in das Gegenteil verkehren kann.⁷⁶⁰ Dies ist nur zulässig, wenn die Kriterien, die insgesamt für die Ungleichartigkeit sprechen, überwiegen. In Zahlen ausgedrückt steht es vorliegend 1:3 und nicht 3:1. Dies ist, wie der Appellate Body betonte, nicht ausreichend: „[...] an examination of the evidence relating to consumers' tastes and habits is an indispensable – *although not, on its own, sufficient* – aspect of any determination that products are 'like' under Article III:4 of the GATT 1994 [...] (Hervh. d. Verf.)“.⁷⁶¹ Allein auf das Kriterium der Verbrauchergewohnheiten und -vorlieben abzustellen ist zudem riskant: Verbrauchergewohnheiten werden mitbestimmt durch staatliche Aufklärung und Interventionen. Staatliche Maßnahmen bezwecken meist eine objektive Aufklärung der Bürger.⁷⁶² Ausnahmen bestätigen jedoch die Regel. Insofern besteht die Gefahr, dass durch eine missbräuchliche Lenkung und Steuerung der Bürger die einheimische Wirtschaft gesichert wird.⁷⁶³

An diesem Ergebnis kann auch der Umstand, dass die Bestimmung der Gleichartigkeit im Grunde eine Frage der Natur und Reichweite des Wettbewerbsverhältnisses zwischen Produkten ist,⁷⁶⁴ nichts ändern. Zwar stellt das Konsumver-

757 AB, *EC-Asbestos*, para. 120.

758 AB, *EC-Asbestos*, para. 102.

759 Diesbezüglich ebenfalls kritisch: Howse/Regan, *EJIL* 11 (2000) 2, 249 (260ff).

760 Dies bejahen hingegen: Quick/Lau, *JIEL* 6 (2003) 2, 419 (431); McNelis/Bronckers in: Bronckers (Hg.), *A Cross Section of WTO Law*, 15 (52).

761 AB, *EC-Asbestos*, para. 139.

762 So z. B. die Intention der Broschüre „Klimaneutral leben: Verbraucher starten durch beim Klimaschutz“, UBA-Publikation 2010. Vgl. Presse-Information 048/2010 des Umweltbundesamtes v. 29.9.2010, abrufbar unter: http://www.umweltbundesamt.de/uba-info-presse/2010/pd10-048_durchstarten_beim_Klimaschutz.htm. Zuletzt besucht am 23. April 2012.

763 Dies verdeutlichen Quick/Lau anhand eines Beispiels. Vgl. dies., *JIEL* 6 (2003) 2, 419 (431).

764 AB, *EC-Asbestos*, para. 99.

halten der Verbraucher einen entscheidenden Faktor für die Beurteilung eines Wettbewerbsverhältnisses dar. Doch auch in Anbetracht einer fortschreitenden „Moralisierung der Märkte“⁷⁶⁵ ist weiterhin von einer Konkurrenzsituation auszugehen. Selbst wenn „nicht mehr nur die unablässige, kurzfristige Suche nach dem billigsten Kauf“ maßgeblich ist, sondern zunehmend „langfristige Sichtweisen“ gefragt sind“⁷⁶⁶, basiert die Einführung einer Klimagrenzausgleichs partiell auf dem Bedürfnis zur Schaffung fairer Wettbewerbsbedingungen. Diese Ratio des Grenzausgleichs impliziert, dass CO₂-sparsam und -intensiv produzierte Produkte miteinander im Wettbewerb stehen. Ohne Wettbewerb wäre ein Grenzausgleich aus ökonomischer Sicht nicht notwendig.⁷⁶⁷

Dieses Ergebnis ist auch praxistauglich. Sähe man hingegen den CO₂-Gehalt als ausreichendes Differenzierungskriterium im Rahmen der Gleichartigkeit, täten sich viele Folgefragen auf. Es wäre festzulegen, wo genau die Grenze zwischen Gleich- und Ungleichheit verlaufen würde. Minimale Abweichungen könnten hierfür kaum ausreichen. In der Praxis würde dies ansonsten bedeuten, dass es viele verschiedenartige „Produkte“, wie mögliche CO₂-Gehalte geben würde. Mit der Differenzierung wären zudem erhebliche administrative Schwierigkeiten und Kosten verbunden. Die willkürliche Bestimmung eines Grenzwertes wäre hingegen der Bedeutung des Kriteriums nicht angemessen und könnte auch dem Standard des GATT nicht genügen. Insofern ist es ebenfalls aus praktischen Gesichtspunkten zu begrüßen, dass der CO₂-Gehalt die Gleichartigkeit von Produkten nicht tangiert. Der CO₂-Gehalt kann die Gleichheit zweier ansonsten gleicher Waren nicht beeinflussen.⁷⁶⁸

765 So der Titel des Werkes des Kulturwissenschaftlers Stehr, der den Beginn einer neuen „Ära der Marktverhältnisse“ in der gesellschaftliche Wertentscheidungen maßgeblichen Einfluss auf die Marktstrukturen nehmen annimmt. Vgl. ders., Die Moralisierung der Märkte, S. 12.

766 Stehr, Die Moralisierung der Märkte, S. 12.

767 Pauwelyn, NI WP 07/02, S. 29.

768 So auch: Winter in: Dolde (Hg.), Umweltrecht im Wandel, 71 (88); Veel, JIEL 12 (2009) 3, 749 (779); Ekardt/Neumann, ZfU 2008, 183 (192f); Brink, CJIPLP 21 (2010) 1, 85 (102f); UBA (Hg.), Climate Change 05/08, S. 17. Für zumindest die Vermutung der Ungleichheit sprechen sich hingegen aus: Pauwelyn, NI WP 07/02, S. 29; Ruddikeit in: Tietje/Kraft (Hg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 89, S. 15ff; Howse/Eliason in: Cottier/Nartova/Bigdeli (Hg.), International Trade Regulation and the Mitigation of Climate Change, 48 (63ff); Sindico in: Richardson/Le Bouthillier/McLeod-Kilmurray/Wood (Hg.), Climate Law and Developing Countries, 361 (371ff).

Sollte entgegen der vorgebrachten Argumente die Ungleichheit von Waren mit divergierendem CO₂-Gehalt bejaht werden, so wären am Maßstab des Art. III:2 S.1 GATT jeweils lediglich die Waren mit exakt gleichen CO₂-Gehalt zu messen (vgl. dazu ausführlich: Dhar/Das, RIS-DP Nr. 156, Sept. 2009, S. 23f). Ansonsten wäre der Maßstab für

f) Besteuerungshöhe

Setzt man voraus, dass es sich bei Produkten mit divergierenden CO₂-Gehalten um „gleichartige Waren“ i. S. d. Art. III:2 S. 1 GATT handelt, muss im Rahmen der Überprüfung in einem letzten Schritt die Besteuerungshöhe verglichen werden. Art. III:2 S. 1 GATT gibt vor, dass importierte „Waren [...] weder direkt noch indirekt höheren inneren Abgaben oder sonstigen Belastungen unterworfen werden als gleichartige inländische Waren“. Kurz gefasst: Importierte Waren dürfen nicht höher belastet werden als gleichartige inländische Waren,⁷⁶⁹ die Importeure müssen auf dem Markt zu den gleichen Bedingungen auftreten können wie ihre heimischen Wettbewerber. Um die Gegenüberstellung durchführen zu können, sind die zwei Parameter zu definieren: zum einen die Höhe der fiskalischen Belastung inländischer Waren und zum anderen die Belastungshöhe gleichartiger importierter Waren durch den Grenzausgleich. In einem dritten Schritt wird dadurch der konkrete Vergleich der beiden Größen möglich. Da diese Arbeit keinen konkreten Entwurf eines Grenzausgleichs überprüft, sondern es sich zur Aufgabe gemacht hat, Empfehlungen für die mögliche Ausgestaltung eines solchen zu geben, werden vorliegend zwangsläufig die verschiedenen Stufen miteinander vermengt. Dies soll Aufschluss darüber geben, welche Gestaltungsform einer Überprüfung durch die WTO-Streitbeilegungsorgane am ehesten Stand halten könnte.

Der Appellate Body hat den Gehalt des Merkmals „taxed in excess“ mit folgenden Worten prägnant auf den Punkt gebracht: „Even the smallest amount of 'excess' is too much. 'The prohibition of discriminatory taxes in Article III:2, first sentence, is not conditional on a 'trade effects test' nor is it qualified by a *de minimis* standard.'“⁷⁷⁰ Statuiert ist damit ein absolutes Diskriminierungsverbot⁷⁷¹, d. h., jede noch so geringe Mehrbelastung stellt einen Verstoß dar. Eine

die Vereinbarkeit eines entsprechenden Grenzausgleichs das relative Diskriminierungsverbot des Art. III:2 S.2 GATT. Hiernach dürfen mit inländischen Produkten unmittelbar konkurrierende oder mit diesen substituierbare im Verhältnis zu den inländischen Waren nicht ungleich besteuert, wenn dies den Schutz der einheimischen Wirtschaft zur Folge hat. Kritisches Merkmal bei der Beurteilung wäre die Feststellung eines Verstoßes gegen das Protektionismusverbot. Hierbei wäre im Einzelfall auf die Struktur und den Kontext der konkreten Maßnahme abzustellen (vgl. AB, Japan-Alcoholic Beverages II, S. 27f).

769 Bereits ausführlich behandelt wurde an anderer Stelle die Frage, welche Belastungen als Belastung des Produktes angesehen werden können. Es ist daher an dieser Stelle nur in Erinnerung zu rufen, dass diese Arbeit zugrunde legt, dass auch die Besteuerung des Produktionsprozesses eine indirekte Besteuerung des Endproduktes darstellen kann.

770 AB, Japan-Alcoholic Beverages II, S. 24 m. w. N.

771 Bender in: Hilf/Oeter (Hg.), WTO-Recht, § 10 Rn. 58.

Bagatellgrenze besteht nicht. Im Hinblick auf die Bemessung der Belastungshöhe verlangt das Panel einen Vergleich der *actual tax burden* (in Abgrenzung zum *nominal tax burden*. Abzustellen ist daher auf die konkrete finanzielle Belastung eines Produktes und nicht bloß auf die bezifferte Steuerlast.⁷⁷² Besteuerungsmethode und die Bemessungsgrundlage sind mit in die Bewertung einzubeziehen.⁷⁷³ Die auf diese Weise ermittelte Belastungshöhe darf im Hinblick auf eingeführte Produkte nicht überschritten werden. In den vorliegend relevanten Fallkonstellationen sind für die Bestimmung der tatsächlichen Steuerlast zwei Faktoren maßgeblich: zum einen die Menge der CO₂-Emissionen pro Produkt und zum anderen der Steuersatz (CO₂-Steuer) bzw. die Kosten pro Emissionseinheit (Emissionshandel). Eine Schlechterstellung kann sich sowohl aus einer Benachteiligung bei der Festlegung der Emissionsmenge als auch der Fixierung des Einheitskosten ergeben.

aa) Emissionsmenge

Die Menge der CO₂-Emissionen divergiert in Abhängigkeit der zur Herstellung verwendeten Technik, dem verwendeten Energieträger, deren Energieeffizienz sowie der Energieherkunft.⁷⁷⁴ Die tatsächliche Kostenbelastung gleichartiger Produkte (durch nationale Energie-/CO-Steuern bzw. die verpflichtende Teilnahme an einem Emissionshandelssystem) variiert daher nicht nur von Staat zu Staat,⁷⁷⁵ sondern auch von Betrieb zu Betrieb.

Die Berechnung der emittierten CO₂-Menge erfolgt in aller Regel anlageabhängig (und nicht etwa produkt- oder unternehmensbezogen) und daher nicht für jedes Produkt gesondert. Beispielhaft soll vorliegend auf das Vorgehen in der Europäischen Union verwiesen werden. Dort bilden die sog. Monitoring-Guidelines die rechtliche Grundlage für die Ermittlung der Emissionsmenge einer Anlage.⁷⁷⁶ Die Monitoring-Guidelines räumen dem Betreiber eine Wahlmöglichkeit bei der Bestimmung der Emissionsmenge ein. Er kann zwischen der Ermittlung auf Grundlage von abstrakten Berechnungen oder konkreten Messungen entscheiden.⁷⁷⁷ Ein begrenzter Informationsstand besteht aufgrund dieser

772 Panel, Argentina-Hides and Leather, para. 11.182.

773 GATT Panel, Japan-Alcoholic Beverages I, para. 5.8; Panel, Argentina-Hides and Leather, para. 11.183.

774 Vgl. ausführlich zu den einzelnen Determinanten: Houser/Bradley/Childs et al., *Leveling the Carbon Playing Field*, S. 33f (Box 3.1).

775 Vgl. zur Veranschaulichung, die graphische Darstellung der von Land zu Land stark variierende Kohlenstoffintensität von Stahl bei Houser/Bradley/Childs et al., *Leveling the Carbon Playing Field*, S. 47 (Figure 3.4).

776 Bahlert in: Konzak (Hg.), *Emissionshandel in der Praxis*, Rn. 467f.

777 Bahlert in: Konzak (Hg.), *Emissionshandel in der Praxis*, Rn. 497-506.

Vorgehensweise im Hinblick auf die durch das individuelle Produkt verursachten Emissionsmenge, da die Hersteller keiner Aufklärungspflicht bezüglich der von ihnen produzierten Menge unterliegen. Doch beide Methoden ermitteln die Emissionsmenge der Anlage im Einzelfall. Indirekt wird dadurch auch jedes einzelne Produkt anhand des prozentual verursachten Emissionsausstoßes, seines „virtuellen“ Kohlenstoffgehalts, besteuert.⁷⁷⁸ Insofern wäre es naheliegend, auch hinsichtlich der Importgüter auf die tatsächliche Emissionsmenge (auch: *Carbon Footprint* (CO₂-Fußabdruck), *Carbon Content* oder *Embedded Carbon*) im Einzelfall abzustellen. Der exakte CO₂-Fußabdruck könnte durch bestimmte Papiere, ein *Carbon Passport* des Produktes, bei der Einfuhr nachgewiesen werden. Für die Bestimmung des CO₂-Fußabdrucks besteht allerdings noch kein allgemein anerkannter Ansatz.⁷⁷⁹ Ein Importland könnte daher entweder auf einen bereits bestehenden *Carbon Footprint Standard*⁷⁸⁰ zurückgreifen oder einen eigenen Berechnungsansatz definieren.⁷⁸¹ Die Beschaffung der notwendigen Informationen ist jedoch jeweils mit einem hohen Zeit- und Ressourcenaufwand und mit entsprechenden administrativen Kosten verbunden. Dies steht in einem immanenten Widerspruch zum Trend zu Handelserleichterungen (sog. *trade facilitations*).⁷⁸² In Anbetracht der Kosten drängt sich zudem die Frage auf, wen die Verantwortlichkeit für die Sammlung der Daten treffen sollte. Aufgrund des völkerrechtlich verankerten Territorialitätsprinzips kann diese Aufgabe nur durch den Staat, in dem die Waren produziert werden, durchgeführt werden. Ob dies im Einzelfall tatsächlich zielführend ist, ist jedoch fraglich. Es kann weder davon ausgegangen werden, dass die entsprechenden Techniken allen Exportstaaten zur Verfügung stehen, noch, dass diese ein besonderes Interesse daran

778 Zu den Schwierigkeiten vgl. Quick, GTCJ 4 (2009) 11/12, 353 (355).

779 Vgl. Wiedmann/Minx in: Pertsova (Hg.), *Ecological Economics Research Trends 2007*, 1ff, die folgende Definition anregen: „The carbon footprint is a measure of the exclusive total amount of carbon dioxide emissions that is directly and indirectly caused by an activity or is accumulated over the life stages of a product“ (S. 5).

780 Zurückgegriffen werden könnte beispielsweise auf The Greenhouse Gas Protocol des World Resources Institutes und des World Business Council for Sustainable Development oder auf den für das Jahr 2012 erwarteten ISO Standard on carbon footprint (ISO 14067).

781 Unter internationalen Handelsgesichtspunkten ist die erstgenannte Alternative zu bevorzugen, da bei der gesonderten Festlegung Transparenzbedenken bestünden. Zudem müssten die Exportländer bzw. seine Exporteure ggf. je nach Importland unterschiedliche Berechnungen anstellen, falls sich diese für divergierende Ansätze entscheiden würden. So Kommerskollegium (Hg.), *Practical Aspects of Border Carbon Adjustment Measures*, S. 10.

782 Kommerskollegium (Hg.), *Practical Aspects of Border Carbon Adjustment Measures*, S. 10; 12ff; Quick, GTCJ 4 (2009) 11/12, 353 (355).

haben, die Aufgabe gewissenhaft durchzuführen.⁷⁸³ Dies bedingt ein immanentes Missbrauchsrisiko, das durch die Schwierigkeiten der Verifikation der Angaben an der Grenze verstärkt wird. Da die Emissionen im Endprodukt nicht verkörpert sind, ist eine Kontrolle der Angaben an der Grenze praktisch unmöglich. Hinzu kommt, dass die Kooperationsbereitschaft der Produzenten gering sein wird, wenn es darum die für die Überprüfung erforderlichen, aber vertraulichen Informationen über ihre Produktionsprozesse offenzulegen.⁷⁸⁴ Aufgrund der Komplexität der benötigten Informationen und des beschriebenen Beschaffungsaufwands kann schließlich schon die Verpflichtung zur Erbringung des entsprechenden Nachweises eine Diskriminierung i. S. d. Art. III:2 S. 1 GATT darstellen.

Die Bestimmung der exakten Emissionsmenge ist nach all dem praktisch kaum durchführbar bzw. mit unverhältnismäßigen Verwaltungskosten verbunden. Obwohl die exakte Bestimmung der Emissionsmenge das geringste Konfliktpotential mit dem WTO-Recht aufweist,⁷⁸⁵ ist es daher in der Praxis tauglicher die Emissionsmenge anhand eines Referenzwertes zu ermitteln. Zwei Verfahren zur Ermittlung eines solchen Wertes sind zum einen der Ansatz der vorherrschenden Produktionsmethode (*Predominant Method of Production* – PMP) und zum anderen der Ansatz der besten verfügbaren Technik (*Best Available Technology* – BAT). Der Ansatz der vorherrschenden Produktionsmethode richtet den Blick auf die für die Herstellung eines bestimmten Produktes am stärksten verbreiteten Produktionsverfahren. Maßgeblich kann hierbei entweder die gewöhnliche Herstellung im Import-⁷⁸⁶ oder im Empfängerland⁷⁸⁷ sein. Die unter Anwendung dieses Verfahrens entstehenden Emissionen bei der Herstellung eines Produktes bilden den Referenzwert für die konkrete Produktgruppe. Andere Techniken und Verfahren werden unabhängig davon, ob sie effizienter oder ineffizienter sind, nicht berücksichtigt. Problematisch ist insofern die Bestimmung eines tauglichen Definitionsansatzes. In Anbetracht des zu erwartenden Drucks der

783 Kritisch diesbezüglich auch Ismer/Neuhoff, CMI Working Paper 36/CWPE 0409, S. 16. Anders beurteilt Godard die Lage. Er geht davon aus, dass die relevanten Informationen aufgrund von präventiven Gesundheits- und Umweltschutzmaßnahmen ohnehin bei den staatlichen Autoritäten gesammelt sein. Vgl. ders., EDF/École Polytechnique Cahier Nr. DDX 07/15, S. 27.

784 WTO/UNEP (Hg.), Trade and Climate Change, S. 102.

785 Selbst diese Vorgehensweise könnte jedoch zu einem Verstoß gegen das Nichtdiskriminierungsgebot in Gestalt einer de facto-Diskriminierung darstellen. Dies wäre der Fall, wenn die inländischen Waren grundsätzlich klimaschonender produziert werden würden, so dass die Importeure faktisch benachteiligt werden. Vgl. Pauwelyn, NI WP 07/02, S. 30; Fauchald, Environmental Taxes and Trade Discrimination, S. 230 m.w.N.

786 Vertreten von Pauwelyn, NI WP 07/02, S. 31.

787 Dies war bspw. vorgesehen in Sec. 6006 (d) CSA 2008.

Lobbyisten der betroffenen Industrien kann es mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein, einen objektiven Maßstab zu bestimmen, der nicht an einen weiteren Verwendungszusammenhang gekoppelt ist. Dies ist jedoch essentiell um den naheliegenden Protektionismusvorwurf von vorneherein zu entschärfen.⁷⁸⁸

Alternativ kann auf die „Beste verfügbare Technik“ abgestellt werden.⁷⁸⁹ Die Bedeutung dieses Begriffs ist beispielhaft durch eine EU-Richtlinie definiert. Danach handelt es sich bei der BAT um „den effizientesten und fortschrittlichsten Entwicklungsstand der Tätigkeiten und entsprechende Betriebsmethoden, der spezielle Techniken als praktisch geeignet erscheinen lässt, grundsätzlich als Grundlage für die Emissionsgrenzwerte zu dienen, um Emissionen in und Auswirkungen auf die gesamte Umwelt allgemein zu vermeiden oder, wenn dies nicht möglich ist, zu vermindern“⁷⁹⁰. Maßgeblich ist damit die klimaschonendste Produktionsmethode die den Mindest-Energieverbrauch bei der Herstellung eines bestimmten Produktes festlegt. Zu der Bestimmung der BAT kann entweder auf bestehende nationale oder regionale Mechanismen⁷⁹¹ oder idealerweise auf einen abstrakt-generellen, internationalen Produktionsstandard zurückgegriffen werden. Einen Rahmen für die Festlegung entsprechender internationaler Standards bietet beispielsweise die Internationale Organisation für Normungen (*International Organization for Standardization*).⁷⁹² Um potentielle Interessenkonflikte und den naheliegenden Protektionismusvorwurf zu vermeiden, sollte die Zuständigkeit für die Bestimmung in jedem Fall einer internationalen unabhängigen Organisation übertragen werden.⁷⁹³ Die Schaffung eines Systems international standardisierter Zertifizierung von Produktionsprozessen kann lang-

788 Meyer-Ohlenforf/Pitschas/Görlach, Weiterentwicklung des Emissionshandels, S. 38.

789 Vgl. beispielhaft: Ismer/Neuhoff, CMI Working Paper 36/CWPE 0409, S. 15.

790 Art. 2 Nr. 11 der IVU-Richtlinie. Vgl. Richtlinie 2008/1/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Januar 2008 über die integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung (kodifizierte Fassung), ABl. EU Nr. L 24, S. 8ff.

791 In der EU beispielsweise die Bestimmung der sog. Emissionsbenchmarks durch die nationalen Behörden. Vgl. zu dem Prozedere ausführlich: Spieler, Beste verfügbare Technik und Immissionsschutzrecht, S. 35ff.

792 UBA (Hg.), UBA-Texte 75/03, S. 39. Auch im Rahmen eines internationalen Prozesses ist die Festlegung einer BAT häufig „eher ein Kompromiss als die tatsächlich beste Technik am Markt“. So Meyer-Ohlendorf/Pitschas/Görlach, Weiterentwicklung des Emissionshandels, S.

793 Ein Interessenkonflikt resultiert schon aus dem Umstand, dass ausländische Industrien Interesse an einem möglichst hohen Standard haben, während die einheimische Wirtschaft von einem niedrigen BAT-Standard profitieren würde. Vgl. auch Ismer/Neuhoff, CMI Working Paper 36/CWPE 0409, S. 15.

fristig sogar den Einsatz von Grenzausgleichsmaßnahmen gänzlich überflüssig machen⁷⁹⁴ und ist insofern ein langfristig wünschenswerter Prozess.

Für eine Bewertung der beiden Ansätze sind diese im Hinblick auf die Anforderungen des Art. III:2 S.1 GATT zu untersuchen.

Irrelevant für die rechtliche Bewertung des PMP-Ansatzes ist, ob sich der Maßstab am Import- oder Empfängerland orientiert.⁷⁹⁵ In den Fällen, in denen das Importprodukt tatsächlich auf vorherrschende Art produziert wurde oder seine Produktion eine größere Emissionsmenge verursacht hat, ist die Vorgehensweise offensichtlich rechtlich nicht zu beanstanden, da das Importgut im Verhältnis zu dem inländischen Produkt gleich bzw. bessergestellt wird. Problematischer gestaltet sich die Bewertung, wenn die Produktion des Importgutes klimafreundlicher ist als die vorherrschende Methode. Wird dem Importeur nicht die Möglichkeit eingeräumt darzulegen, dass die verursachten Emissionen unter der gewöhnlichen Menge liegen, kann dies eine Diskriminierung darstellen, da die importierten Waren im Gegensatz zu den inländischen Produkten nicht nach den tatsächlichen Emissionen besteuert werden. Dies lässt sich auch der Rechtsprechung der Streitbeilegungsorgane entnehmen. In der *Superfund*-Entscheidung setzte sich das Panel mit dem *United States Superfund Amendments and Reauthorization Act* auseinander. Dieser sah einen dreistufigen Test für die Bestimmung des Steuersatzes importierter Waren vor. Auf der ersten Stufe hatten die Importeure die Möglichkeit, detaillierte Informationen über die Menge der bei der Herstellung verwendeten Substanzen bereitzustellen. Kam der Importeur dieser Informationsobliegenheit nach, wurde die Steuer anhand der tatsächlich verwendeten Menge berechnet. Dies führte im Ergebnis dazu, dass das Endprodukt finanziell so gestellt wurde, als ob es in dem Importland, den USA, selbst produziert worden wäre. Wurden die Informationen den Behörden nicht zur Verfügung gestellt, taten sich Alternativen auf: Die Menge der verbrauchten Chemikalien konnte entweder anhand der vorherrschenden Produktionsmethoden in den USA bestimmt werden oder es wurde eine Strafsteuer von 5 % des Wertes des importierten Produktes erhoben. Während das Panel die zweite Vorgehensweise bei der Überprüfung des Art. III:2 S. 1 GATT beanstandete, akzeptierte er implizit die Berechnung unter Zugrundelegung der vorherrschenden

794 Die Zulässigkeit nationaler und regionaler technischen Standards wäre insbesondere anhand des Übereinkommens über technische Handelshemmnisse zu messen. Vgl. Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT-Übereinkommen), 1. April 1994, 1868 UNTS 120, 1. Januar 1995.

795 Auf die vorherrschende Produktionsmethode im Exportland abzustellen, wirft jedoch noch zusätzliche Probleme im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit der Meistbegünstigungsverpflichtung des Art. I:1 GATT auf.

Produktionsmethode im Importland. Dass der Verweis auf die inländisch vorherrschende Produktionsmethode jedoch nicht die primäre Berechnungsmethode darstellen darf, entschied der Appellate Body in der Sache *US – Gasoline*. Der in Disput stehende US-amerikanische *Clean Air Act* enthielt Regelungen über die Zusammensetzung von Kraftfahrzeugtreibstoffen. Nach dem *Reformulated Gasoline Program* mussten sich die Kraftstoffe an einer gesetzlichen Basislinie messen lassen. Dieser Referenzwert wurde anhand der durchschnittlichen Qualität der im Jahre 1990 verarbeiteten Treibstoffe in dem Importstaat, den USA, ermittelt (PMP-Ansatz). Alternativ bestand lediglich für inländische Raffinerien die Möglichkeit eine individuelle Basislinie ermitteln zu lassen. Nur in den Fällen, in denen die für die Berechnung erforderlichen Daten nicht bereitgestellt wurden, galt auch für sie die gesetzliche Basislinie. Dass ausländischen Raffinerien die Möglichkeit der Bestimmung einer individuellen Basislinie nicht eingeräumt wurde, beanstandete der Appellate Body als Verletzung des Art. III:4 GATT.⁷⁹⁶ Daraus folgt, dass im Falle der exakten Berechnung der Emissionsmenge bei nationalen Produkten der Rückgriff auf die PMP bei Importwaren nur unter der Prämisse, dass den Importeuren die Möglichkeit des individuellen Nachweises eröffnet wurde, mit dem Gebot der Inländerbehandlung vereinbar ist. Bei der Ausgestaltung eines Grenzausgleichs stellt der Verweis auf die PMP daher keine gleichwertige Variante zur exakten Berechnung der Emissionsmenge dar.⁷⁹⁷ Der Ansatz bildet jedoch eine Rückgriffmöglichkeit, wenn die Importeure die erforderlichen Nachweise über den tatsächlichen CO₂-Fußabdruck nicht erbringen. Diese Reservefunktion entspricht auch der Klimaschutzintention der Maßnahme und dem Verursacherprinzip. Bei primärer Berücksichtigung der PMP entstünde die perfide Situation, dass klimafreundliche Produzenten vis-à-vis klimaschädlicheren Anlagen benachteiligt werden würden. Bringt die Umstellung auf klimafreundliche Alternativen jedoch keine rechenwerten Vorteile für die Produzenten im Ausland, schwinden die Anreize für derartige Maßnahmen.⁷⁹⁸

Nach dem BAT-Ansatz wird stets die geringstmögliche Emissionsmenge eines bestimmten Herstellungsprozesses der Berechnung zugrunde gelegt. Importierte Waren werden inländisch produzierten Produkten dadurch entweder gleichgestellt (wenn diese entsprechend der BAT hergestellt wurden) oder ihnen gegenüber bevorzugt (wenn die inländischen Produkte nicht nach der BAT hergestellt wurden). Der Rückgriff auf den BAT-Maßstab stellt somit keine Schlechterstel-

796 Panel, *US-Gasoline*, para. 6.16; 6.28; AB, *US-Gasoline*, S. 27.

797 So i. E. auch Meyer-Ohlendorf/Pitschas/Görlach, *Weiterentwicklung des Emissionshandels*, S. 46.

798 Houser/Bradley/Childs et al., *Leveling the Carbon Playing Field*, S. 35.

lung und keinen Verstoß gegen Art. III:2 S.1 GATT dar.⁷⁹⁹ Obwohl der BAT-Ansatz daher aus rechtlichen Gesichtspunkten empfehlenswert ist, sprechen gewichtige Argumente gegen ihn. Denn durch diese Berechnungsmethode werden die Höhe und der ausgleichende Effekt eines Grenzausgleichs minimiert. Die Mehrkosten werden nicht angeglichen, sondern bloß angenähert. Das Wettbewerbsniveau bleibt weiterhin unausgeglichen. Wichtiger als diese Wettbewerbsbetrachtungen sind jedoch Umweltschutzgesichtspunkte. Das niedrige Niveau eines solchen Grenzausgleichs verringert nämlich die von einem Grenzausgleich ausgehenden Anreizeffekte. Die Umweltschutzeffizienz des Grenzausgleichs würde dadurch in Frage gestellt. Dies kann seine Glaubwürdigkeit und letzten Endes auch seine WTO-rechtliche Zulässigkeit negativ beeinträchtigen.

Im Hinblick auf die Bemessung der Emissionsmenge stehen die Gestalter eines Grenzausgleichs insofern vor einem Dilemma: Soll die Berechnung nicht anhand der exakten Emissionswerte, sondern vereinfacht erfolgen, müssen sie entscheiden, ob ein Verstoß gegen das Gebot der Inländerbehandlung billigend in Kauf zu nehmen ist, um so die klimaschützende Wirkung des Grenzausgleichs zu stärken⁸⁰⁰, oder ob der Weg des geringsten Widerstands, d. h. die Bemessung anhand der BAT unter Inkaufnahme einer Effektivitätsminderung der Maßnahme, zu bevorzugen ist. Soll ein Grenzausgleich in der Praxis als Klimaschutzinstrument eingesetzt werden empfiehlt sich trotz des besonderen Aufwandes ein zweistufiges Vorgehen. Den Importeuren sollte die Möglichkeit eröffnet werden, den tatsächlichen CO₂-Gehalt ihrer Ware glaubhaft nachzuweisen. Auf diese Weise wird ein Anreiz für den konkreten Entscheidungsträger, den Produzenten, gesetzt, die Produktion klimafreundlich zu gestalten. Erst wenn der Nachweis der erforderlichen Informationen nicht erbracht wird bzw. Grund für die Annahme besteht, dass die Informationen unkorrekt sind, ist für die Berechnung auf die PMP zurückzugreifen. Schließlich müssen auch sämtliche Privilegierungen und Sonderregelungen, wie z. B. die sog. Härtefallregelung des § 6 Abs. 6 ZuG⁸⁰¹ 2012, die potentiell den heimischen Produzenten offenstehen auch den Importeuren zugänglich gemacht werden, um eine Schlechterbehandlung auszuschließen.

799 So auch: Dhar/Das, RIS-DP Nr. 156, Sept. 2009, S. 23; Pauwelyn, NI WP 07/02, S. 31f; UBA (Hg.), Climate Change 05/08, S. 9; Ismer/Neuhoff, CMI Working Paper 36/CWPE 0409, S. 15f.

800 Dies würde zugleich die Chancen auf eine Rechtfertigung über z. B. den Katalog des Art. XX GATT erhöhen. Vgl. ausführlich Kapitel 3. A. II.

801 Gesetz über den nationalen Zuteilungsplan für Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Zuteilungsperiode 2008 bis 2012 (ZuG) v. 7.8.2007, BGBl. 2007 I, 1788; in Kraft seit dem 11.8.2007.

bb) Zertifikatspreis bzw. Besteuerungshöhe

Der zweite Faktor zur Bestimmung der nationalen Besteuerungshöhe ist der Preis, der für jede emittierte Tonne CO₂ zu entrichten ist. Im Hinblick auf einen Ausgleich für eine CO₂-Steuer stellt diese Aufgabe den Gestalter eines Grenzausgleichs vor geringe Schwierigkeiten. Ist der CO₂-Fußabdruck eines bestimmten Gutes erst einmal festgelegt, ist es eine Leichtigkeit, den nationalen Steuersatz auf die importierten Waren zu übertragen.

Weitreichende Probleme verursacht hingegen die Bestimmung des Preises je Emissionseinheit bei der Etablierung eines Zertifikatssystems für die importierten Produkte. Dies ist dadurch bedingt, dass kein fixer Preis pro Zertifikat besteht. Neben der staatlichen (freien) Zuteilung können die Zertifikate vom Staat erworben und auf dem freien Markt gehandelt werden. Dass hierbei Angebot und Nachfrage den Preis pro Zertifikat bestimmen, ist ein wesentliches Merkmal des Emissionshandels. Aufgrund der Vielzahl der maßgeblichen Faktoren (wie z. B. wirtschaftliche Entwicklung und Wachstum der betroffenen Branchen, Höhe der Obergrenze (*cap*)) besteht regelmäßig eine hohe Preisvolatilität.⁸⁰² Um den Anforderungen des Art. III:2 S. 1 GATT zu genügen, darf der Zertifikatspreis für Importeure jedoch nicht höher veranschlagt werden als der Preis im nationalen Emissionshandel. Der nationale Preis muss sich im Preis für die *Internationalen Reserveberechtigung* widerspiegeln. Denkbar ist dies durch die Bildung eines Mittelwerts, in den der staatliche Ersterwerbspreis und der gängige Handelspreis Eingang finden müssen. Da der Handel auf dem sekundären Markt hauptsächlich über Börsen und Makler und nur in wenigen Fällen *over the Counter*, d. h. direkt zwischen den Beteiligten, erfolgt, ist die Ermittlung eines Handelsreferenzpreises möglich. In der EU wird beispielsweise der EEX Carbon Index, kurz Carbix, börsentäglich an der Energiebörse European Energy Exchange (EEX) in Leipzig per Auktion ermittelt.⁸⁰³ Greift man auf diese Werte zurück, muss entschieden werden, ob der Preis für den Kauf von *Internationalen Reserveberechtigungen* täglich aktualisiert oder für eine gewisse Dauer fixiert werden soll. Für die zweite Alternative würde aus den Referenzpreisen ein Mittelwert gebildet, der die durchschnittliche Kostenbelastung pro Emissionsberechtigung für die einheimischen Produzenten widerspiegeln würde. Um bei dieser Vorgehensweise eine Diskriminierung auszuschließen, ist es empfehlenswert, den durchschnittlichen Tagespreis als Obergrenze festzulegen. So wird sichergestellt, dass ein Importeur in keinem Falle einen höheren Preis zu entrichten hat als ein inländischer Produzent.

802 Konzak/Heßler in: Konzak (Hg.), Emissionshandel in der Praxis, Rn. 497-506.

803 Dies Marktdaten sind abrufbar unter: <http://www.eex.com/de/Marktdaten>. Zuletzt besucht am 23. April 2012.

Bei dem Sonderfall der teilweisen kostenfreien Zuteilung⁸⁰⁴ stellt sich die Frage, ob und wie sich dieser Umstand im Preisbildungsmechanismus widerspiegeln muss. Teilweise wird vertreten, dass der Prozentsatz frei zugeteilter Zertifikate durch einen zusätzlichen Faktor Eingang in die Formel zur Bildung des Referenzpreises finden muss.⁸⁰⁵ Bordoff hingegen lehnt die Berücksichtigung ab. Da bei freier Zuteilung Opportunitätskosten entstünden, sei eine Einbeziehung in die Formel nicht nötig.⁸⁰⁶ Diesbezüglich ist jedoch einzuwenden, dass Opportunitätskosten zwar entstehen, diese jedoch außer Acht gelassen werden müssen, da sie nicht exakt bezifferbar sind und fraglich ist, ob sie die Einsparungen tatsächlich aufwiegen. Zudem setzt die Inklusion eines entsprechenden Faktors ein wichtiges Signal: Sie bringt zum Ausdruck, dass es bei dem Grenzausgleich um gerechten Umweltschutz und nicht um den Schutz der einheimischen Wirtschaft geht.

Entscheidend für die Vereinbarkeit mit Art. III:2 S.1 GATT sind zudem die Rahmenbedingungen, unter denen die Importeure die Zertifikate erwerben und nachweisen müssen, da sich schon aus diesen Umständen eine Benachteiligung ergeben kann.

Zunächst ist auf den Zeitpunkt des Nachweises der Zertifikate einzugehen. In der Sache *Argentina – Bovine Hides* stellte das Panel fest, dass sich eine Ungleichbehandlung bereits daraus ergebe, dass die Importeure bei der Einfuhr eine Vorauszahlung leisten mussten, die auf die später festgestellte tatsächliche Steuerschuld angerechnet wurde, während einheimische Produzenten die Steuer erst zu einem späteren Zeitpunkt in der tatsächlichen Höhe entrichten mussten. Durch die Vorauszahlung seien die Importeure faktisch schwerer belastet, da entweder vorhandene finanzielle Mittel gebunden würden bzw. die Mittel für Vorauszahlung aufgenommen werden müssten.⁸⁰⁷ Ähnlich gestaltet sich die Situation im Falle der Verpflichtung zum Zertifikatskauf. Während die einheimischen Produzenten die Zertifikate in der Regel in Höhe der Menge der Emissionen zum Ablauf einer Handelsperiode (meist eines Jahres) einzureichen haben, sind die Importeure verpflichtet, die Zertifikate zum Zeitpunkt der Einfuhr zu erwerben. Bei der Bewertung der tatsächlichen Umstände muss eine dynamische Betrachtung („dynamic view“) unter Berücksichtigung verschiedener Fak-

804 Bei der gänzlich freien Zuteilung handelt es sich nicht um eine ausgleichsfähige Steuer. Vgl. zu dieser Problematik die Ausführungen in Kapitel 3. A. I. 1. b).

805 So Houser/Bradley/Childs et al., *Leveling the Carbon Playing Field*, S. 36; Pauwelyn, NI WP 07/02, S. 22.

806 Bordoff in: Brainard/Sorkin (Hg.), *Climate Change, Trade and Competitiveness*, 35 (45).

807 Panel, *Argentina-Hides and Leather*, para. 11.176-11.191.

toren erfolgen.⁸⁰⁸ Im Zeitpunkt des Zertifikatserwerbs steht, anders als in der Sache *Argentina – Bovine Hides* die endgültige Belastungshöhe der Importe fest. Es besteht kein Risiko einer ungerechtfertigten Geltendmachung als Vorauszahlung mit einer späteren Rückerstattung. Der Zeitpunkt der Abrechnung ist zudem vergleichbar, da sowohl die inländischen als auch importierten Waren im Zeitpunkt der Fälligkeit bereits fertig produziert sind. Da eine jährliche Abrechnung bei Importwaren nicht zu bewerkstelligen ist, ist bei Zugrundelegung der dynamischen Betrachtung die Entrichtung im Zeitpunkt des Imports mit den Anforderungen des Art. III:2 S. 1 GATT vereinbar.

Von dem Zeitpunkt des *Nachweiserfordernisses* der Zertifikate ist die Frage des *Ankaufszeitpunktes* zu unterscheiden. Bei dem Ankauf der Zertifikate können inländische Produzenten von dem Marktmechanismus des Emissionshandels profitieren. Ihnen wird ein weitgehender Spielraum eingeräumt, wann und von wem sie die erforderlichen Zertifikate erwerben wollen. Sie haben die Möglichkeit, auf steigende bzw. fallende Preise zu spekulieren und ihre Verpflichtung durch kaufmännisches Geschick zu einem möglichst geringen Kostenaufwand zu erfüllen. Die Verpflichtung der Importeure, die Zertifikate im Moment der Einfuhr zu erwerben, kann insofern eine Benachteiligung darstellen.⁸⁰⁹ Zwar können die Importeure frei entscheiden, zu welchem Zeitpunkt sie die Waren importieren und somit indirekt den Zeitpunkt des Zertifikatkaufs beeinflussen, der Import von Gütern ist aber mit einem ungleich größeren Aufwand verbunden. Während Emissionszertifikate größtenteils über Börsen gehandelt werden kann, ist der Import, insbesondere von den Waren, für die ein Grenzausgleich in Betracht gezogen wird (wie z. B. Stahl),⁸¹⁰ mit erheblichem Planungsaufwand und Kosten verbunden. Schon aufgrund der erforderlichen Transportmittel und deren effektiver Auslastung muss der Import langfristig geplant und zeitgenau durchgeführt werden. Allein deswegen ist dem Gestalter eines Grenzausgleiches anzuraten, den Erwerbszeitpunkt für die Zertifikate in das freie Ermessen der Importeure zu stellen, damit sich aus dem bloßen Zeitpunkt keine Benachteiligung ergibt.

Alternativ zu einem gesonderten Zertifikatskontingent wäre eine Öffnung des inländischen Handelsmarktes für Importeure oder ein gesonderter Pool als eigenständiger Markt denkbar. Problematisch ist insofern jeweils die Festlegung einer Obergrenze (*Cap*) – für die erste Alternative, da diese in Relation zu der inländischen Produktion steht, und für die zweite Alternative, da ein *Cap* fak-

808 Panel, *Argentina-Hides and Leather*, para. 11.186.

809 Hierin sieht Brink einen Verstoß. Vgl. ders., CJIELP 21 (2010) 1, 85 (104).

810 Vgl. dazu Kapitel 3. A. I. 1. d) aa) (2).

tisch eine nach dem WTO-Recht unzulässige Importbeschränkung in Form eines Mengenkontingentes darstellen könnte. Zu bevorzugen wäre daher eine Mischung aus verschiedenen Ansätzen. Neben dem ordinären Erwerb könnten Importeure ihre Verpflichtung beispielsweise durch den Nachweis von Zertifikaten eines vergleichbaren Emissionsmarktes bzw. des internationalen Emissionsmarkts oder durch Zertifikatsäquivalente im Rahmen der flexiblen Mechanismen des Kyoto-Protokolls⁸¹¹ erfüllen. Dies würde eine den Entscheidungsspielräumen der inländischen Produzenten vergleichbare Flexibilität gewährleisten.

Die Anerkennung von systemfremden Emissionszertifikaten wird in einem weiteren Zusammenhang relevant: Werden Belastungen, die einem Produkt durch Klimaschutzinstrumente im Exportland auferlegt werden, bei der Berechnung eines Grenzausgleichs nicht berücksichtigt, verursacht dies eine wettbewerbs-schädigende Doppelbelastung der betroffenen Waren. Dies kann Staaten von der Umsetzung eigener nationaler Klimaschutzinstrumente abhalten bzw. zu einer Kostenerstattung beim Export bewegen. Berücksichtigt man die jeweiligen nationalen Maßnahmen und dadurch verursachten Kosten bei der Berechnung des Grenzausgleichs, verstärkt dies den Anreiz, vergleichbare Instrumente zu schaffen, die Einnahmen selbst zu generieren und optimalerweise klimafördernd zu investieren.⁸¹² Alternativ zu der Berücksichtigung wäre es denkbar, Staaten mit einem vergleichbaren Klimaschutzniveau von der Verpflichtung zur Entrichtung eines Grenzausgleichs auszunehmen.⁸¹³ Schwierig gestaltet sich allerdings die Bestimmung der nationalen Vorbelastungen bzw. deren Vergleichbarkeit mit dem nationalen Schutzniveau. Selbst wenn grundsätzliche Informationen über die Klimaschutzmaßnahmen verfügbar sind, stellt sich die Frage nach der Wirkung und Effektivität dieser Maßnahmen. Wann ist das Klimaschutzniveau mit den nationalen Bemühungen vergleichbar? Hierfür müssten verschiedene Faktoren, wie z. B. die Form der Maßnahme (fiskalisch oder marktbasiert?), deren rechtlicher Charakter, ihr Umfang (z. B. welche Industrien sind betroffen?) und

811 Vgl. zur Joint Implementation sowie dem Clean Development Mechanism die Ausführungen oben in Kapitel 2. C. V. 2. d).

812 Hufbauer/Charnovitz/Kim, *Global Warming and the World Trading System*, S. 106 (Box 3.2).

813 Dies sah bspw. Sec. 6006 (b) (2) (A) (i) CSA 2008 vor nach dem Staaten, die vergleichbare Maßnahmen ergreifen von der Ausgleichspflicht befreit werden sollten. Vergleichbare Maßnahmen („comparable actions“) wurde hierbei wie folgt definiert: „The term 'comparable action' means any greenhouse gas regulatory programs, requirements, and other measures adopted by a foreign country that, in combination, are comparable in effect to actions carried out by the United States to limit greenhouse gas emissions pursuant to this Act, as determined by the President, taking into consideration the level of economic development of the foreign country.“ (vgl. Sec. 6001 (2) CSA 2008).

ihr Status berücksichtigt werden.⁸¹⁴ Doch selbst wenn man all diese Umstände mit in Erwägung zieht, garantiert dies keine Gerechtigkeit im Einzelfall. Denn die Effektivität verschiedener Maßnahmen kann sich nicht anhand einer einfachen Formel berechnet werden: Wie stark die Wirkungen eines Instruments sind und wann sie sich zeigen, lässt sich kaum vorhersagen.⁸¹⁵ Insofern wäre der Rückgriff auf pauschale Bemessungsgrößen eine in der Praxis gängigere Alternative.⁸¹⁶ Erforderlich wäre dafür die Ermittlung der durchschnittlichen Belastung eines bestimmten Produktes aus einer bestimmten Landeskategorie. Eine solche Regelung birgt jedoch ein hohes Konfliktpotential im Hinblick auf den Regelungsgehalt des Art. I:1 GATT. An dieser Stelle ist insofern nur darauf hinzuweisen, dass eine Berücksichtigung der bereits erfolgten Belastung bzw. Ausnahmeregelungen für Länder mit einem vergleichbaren Schutzniveau zwar unter den Gesichtspunkten Umweltschutz und Fairness wünschenswert, aus WTO-rechtlicher Sicht jedoch nicht geboten ist.⁸¹⁷

g) Modifikation des Ergebnisses durch das CBDR-Prinzip

Die WTO-rechtskonforme Bemessung eines Grenzausgleichs ist eine komplexe Aufgabe, da die Belastung der Waren aus den Importländern die Belastung der Produkte im Empfängerland widerspiegeln muss. Doch inwiefern ist das Erfordernis der Spiegelbildlichkeit mit der Grundidee des CBDR-Prinzips vereinbar?⁸¹⁸ Wie ausführlich in Teil 2 Abschnitt C Kapitel I unter der Überschrift „Begriffsbestimmung“ ausgeführt, setzt sich das Prinzip aus zwei tragenden Erwägungen zusammen: zum einen aus dem Grundsatz der *gemeinsamen* Verantwortung für den Schutz des Klimas und zum anderen aus dem *differenzierten* Beitrag, den jedes Land im Kampf gegen den Klimawandel zu leisten hat. Während Art. III:2 S.1 GATT also grundsätzlich das Erfordernis der Gleichbehandlung statuiert, verlangt das CBDR-Prinzip eine unterschiedliche Behandlung. Im Folgenden ist zu untersuchen, wie sich dies auf die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „taxed in excess“ auswirkt.

aa) Einflussnahme über Art. 31 Abs. 1 WVRK

Eine Einflussnahme von sonstigem Völkerrecht ist über Art. 31 Abs. 1 WVRK denkbar, wenn die Norm ein allgemein gültiges Begriffsverständnis des auszu-

814 Houser/Bradley/Childs et al., *Leveling the Carbon Playing Field*, S. 36;

815 Hufbauer/Charnovitz/Kim, *Global Warming and the World Trading System*, S. 105.

816 UBA (Hg.), *Climate Change* 05/08, S. 9f.

817 Vgl. dazu die Ausführungen in Kapitel 2. II. 3. a) cc).

818 Zhang, IEEP 7 (2010) 2/3, 203 (213f) geht davon aus, dass die Bepreisung von CO₂ mit dem CBDR-Prinzip grundsätzlich nicht vereinbar ist.

legenden Merkmals zum Ausdruck bringt. Es kann dann als Indiz für dessen gewöhnliche Bedeutung dienen.⁸¹⁹ Im Hinblick auf das Merkmal „taxed in excess“ und das CBDR-Prinzip ist dieser Weg nicht sonderlich ergiebig. Denn Einfluss kann sonstiges Völkerrecht auf diesem Wege nur nehmen, wenn es tatsächlich den auszulegenden Begriff näher bestimmt und konkretisiert. Zwar bringen sowohl das Merkmal „taxed in excess“ als auch das CBDR-Prinzip ein Gleichheitsverständnis zum Ausdruck, so dass eine Einflussnahme nicht von vorneherein ausscheidet. Im Rahmen des Art. 31 Abs. 1 WVRK ist jedoch erforderlich, dass der sonstige Völkerrechtssatz ein gewöhnliches, alltägliches Begriffsverständnis zum Ausdruck bringt. Diese Anforderung ist gerade auch in Abgrenzung von Art. 31 Abs. 3 lit. c) WVRK eng zu verstehen. Das CBDR-Prinzip ist in Anbetracht der (nahezu bzw.) universellen Geltung von Klimarahmenkonvention und Kyoto-Protokoll ein weitreichender Kompromiss der Vertragsstaaten im Klima- und Umweltrecht. Nichtsdestotrotz kommt ihm keine allgemein verbreitete Geltung zu. Unter der Begrifflichkeit der Gleichheit wird im alltäglichen Sprachgebrauch die identische Bedeutung verstanden. Das Prinzip konkretisiert daher nicht die allgemeine Bedeutung. Es kann über Art. 31 Abs. 1 WVRK keinen Einfluss auf die Auslegung nehmen.

bb) Einflussnahme über Art. 31 Abs. 3 lit. c) WVRK

Das CBDR-Prinzip kann aber über Art. 31 Abs. 3 lit. c) WVRK Einfluss auf die Auslegung des Merkmals „taxed in excess“ nehmen. Es handelt sich bei dem Prinzip um „relevant rules of international law applicable between the parties“. Wie bereits ausgeführt ist das CBDR-Prinzip als eine „rule of law“ zu bewerten. Des Weiteren ist in Anbetracht der getätigten Ausführungen davon auszugehen, dass es zwischen den Parteien anwendbar ist.⁸²⁰ Näher einzugehen ist an dieser Stelle auf die Frage, ob es sich bei dem Prinzip um eine für die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „relevante“ Regelung handelt. Das Kriterium der „relevance“ bezieht sich auf den sachlichen Regelungsgehalt. Entscheidend ist daher, ob der sonstige Völkerrechtssatz einen Bezug zu dem originären Regelungsgehalt des Tatbestandsmerkmals aufweist,⁸²¹ wobei das Relevanzkriterium vergleichsweise weit gefasst ist. Anders als für eine Einflussnahme über Art. 31 Abs. 1 WVRK ist dazu nicht erforderlich, dass die Norm eine allgemeine Definition des auszulegenden Kriteriums vorgibt. Um die Relevanz zu ermitteln, sind der Regelungsgegenstand der auszulegenden Norm und des CBDR-Prinzips sowie der Streitgegenstand (d. h. der klimaschutzmotivierte Grenzaus-

819 Vgl. dazu die Ausführungen oben in Kapitel 2. D. II. 4. a).

820 Vgl. bereits die in Kapitel 2. D. II. 4. b) cc) gemachten Ausführungen.

821 McGrady, JWT 42 (2008) 4, 589 (591).

gleich) maßgeblich. Art. III:2 S. 1 GATT dient der Sicherstellung gerechter Wettbewerbsbedingungen und verbietet die protektionistische Anwendung inländischen Rechts.⁸²² Der Schaffung eines gerechten Ausgleichs hat sich auch das CBDR-Prinzip verschrieben. Beide Regelungen verwirklichen somit auf unterschiedliche Weise⁸²³ dasselbe Regelungsziel. Die einzubeziehende Regelung zeigt somit einen hinreichenden Bezug zu der auszulegenden Regelung. Das CBDR-Prinzip weist als einzubeziehende Regelung schließlich auch einen hinreichenden Bezug zu der Maßnahme, d. h. dem Streitgegenstand, auf. Zwar steht ein Grenzausgleich im Zusammenhang mit innerstaatlich eingeführten Klimaschutzinstrumenten. Da das Instrument jedoch auf zwischenstaatlicher Ebene wirkt, handelt sich aber nicht um eine inländische Maßnahme ohne Bezug zu den internationalen Verpflichtungen des Klimarechts. Aus diesem Grund und da es sich sowohl bei den innerstaatlichen Maßnahmen als auch dem Grenzausgleich um Maßnahmen handelt, die zumindest partiell die Einhaltung und Erfüllung der aus dem Kyoto-Protokoll bzw. der Klimarahmenkonvention erwachsenden Pflichten bezwecken, ist der erforderliche Bezug zu bejahen.⁸²⁴ Das CBDR-Prinzip besitzt daher Relevanz für die Auslegung des Begriffs „taxed in excess“ in Art. III:2 S.1 GATT. Die Voraussetzungen des Art. 31 Abs. 3 S.1 WVRK sind damit erfüllt.

Auf Rechtsfolgende bedeutet dies, dass das CBDR-Prinzip bei der Auslegung des Merkmals „taxed in excess“ verpflichtend zu berücksichtigen ist. Um die Konsequenzen für die Auslegung zu ermitteln, ist zunächst zu bestimmen, was unter der Formulierung „shall be taken into account“ zu verstehen ist. Art. 31 WVRK ist mit dem Titel „Allgemeine Auslegungsregeln“ überschrieben. Demnach gehört auch der Rückgriff auf extrinsische Rechtssätze zu den allgemeinen Auslegungsregeln, so dass zu Unrecht häufig allein auf die in Abs. 1 genannten Methoden verwiesen wird. Zwar kann nicht geleugnet werden, dass nur in den seltensten Fällen alle Auslegungsmethoden relevant werden, nichtsdestotrotz handelt es sich bei Art. 31 Abs. 3 lit. c) WVRK nicht nur um eine Nothilferegelung oder Kollisionsregel.⁸²⁵ Die Auffassung des Panels in *EC – Biotech*, nach der der einzubeziehende Rechtssatz nur in den Fällen, in denen die anderen Auslegungsmethoden zu keinem eindeutigen Ergebnis kommen, als Entscheidungshilfe dienen soll⁸²⁶, ist daher zu eng gefasst und abzulehnen. Vielmehr ist der

822 Vgl. statt vieler: Panel, US-Superfund, para. 5.1.9.

823 Während nach dem Grundsatz der Inländerbehandlung eine Gleichbehandlung gerecht erscheint, ist unter Anwendung des CBDR-Prinzips eine ungleiche Rechts- und Pflichtverteilung gerecht.

824 Sindico, *European Energy and Environmental Law Review* 17 (2008) 6, 328 (336).

825 Panel, *EC-Biotech*, Fn. 245.

826 Panel, *EC-Biotech*, para. 7.69.

Rückgriff verpflichtender Bestandteil des Auslegungsprozesses. Dies bestätigt auch der Wortlaut der Norm: Durch die Verwendung des Imperatives „shall“ steht das auslegende Gericht in der Pflicht, die sonstigen Völkerrechtsnormen zu berücksichtigen. Die Bedeutung des Art. 31 Abs. 3 lit. c) WVRK geht damit weit über die der ergänzenden Auslegungsmittel des Art. 32 WVRK hinaus.

Fraglich sind damit allein die Auswirkungen einer solchen Berücksichtigung. Entscheidend dafür ist die Auslegung des Merkmals „to take into account“. Hierbei sind die Feinheiten der Formulierung zu beachten. *Philippe Sands* führte insofern aus: „the formulation is stronger than 'take into consideration' but weaker than 'apply'“. ⁸²⁷ Im Rahmen der Auslegung muss der einzubeziehende Rechtssatz daher zwar nicht selbst *angewendet*, jedoch berücksichtigt werden. Dies geht über ein bloßes *In-Betracht-ziehen* hinaus. Sonstige Völkerrechtssätze können daher weder Vorrang vor dem auszulegenden Recht haben noch dessen Gehalt übertünchen. ⁸²⁸ Die Berücksichtigung beeinflusst nichtsdestotrotz die rechtliche Bewertung: Die verschiedenen Anforderungen und Begriffe sind gegeneinander zu lesen, um zu ermitteln, welchen Sinngehalt der sonstige Rechtssatz in die Auslegung des Begriffes einbringen kann. Ganz im Sinne der Idee einer *Systemic Integration* ⁸²⁹ sind die Regeln in einen Gleichklang zu bringen, der schlussendlich eine kohärente und sinnhafte Bewertung des auszulegenden Rechtssatzes zum Vorschein bringen muss.

Wendet man diese Erkenntnisse auf die Auslegung des Merkmals „taxed in excess“ unter Berücksichtigung des CBDR-Prinzips an, ergibt sich Folgendes: Wie mehrfach betont bezweckt Art. III:2 S.1 GATT die Sicherstellung gerechter Wettbewerbsbedingungen („equality of competitiveness conditions“). ⁸³⁰ Auch das Merkmal (not) „taxed in excess“ ist Ausdruck dieses Sinngehalts. Im Rahmen der Auslegung stellt sich daher die Frage, was unter gleichen bzw. gerechten Wettbewerbsbedingungen zu verstehen ist. Für den unvoreingenommenen Betrachter bedeutet Gleichheit zunächst formelle Gleichheit, d. h. Gleichheit vor dem Recht, die durch eine identische Behandlung aller Betroffenen garantiert wird. Genau dieses Verständnis muss den Anknüpfungspunkt für die Einflussnahme des CBDR-Prinzips darstellen, da dieses eine neue Facette des Verständ-

⁸²⁷ Sands, YHRDLJ 1 (1998), 85 (103).

⁸²⁸ ILC, UN Report of the Study Group of ILC on the Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, 58th Sess., UN Doc. A/CN.4/L.682 (2006), para. 473.

⁸²⁹ Vgl. dazu: ILC, UN Report of the Study Group of ILC on the Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, 58th Sess., UN Doc. A/CN.4/L.682 (2006), para. 37-43.

⁸³⁰ Panel, US-Superfund, para. 5.1.9.

nisses des Gleichheitsbegriffs zum Ausdruck bringt. Neben die Idee der einfachen Gleichheit vor dem Recht tritt das Ziel der Schaffung materieller Gleichheit. Das Verständnis von Gleichheit nähert sich dadurch in seinem Gehalt dem Begriff der Gerechtigkeit an. Dadurch werden die Vergleichsparameter verschoben. Während die Übertragung des Belastungsstandards einheimischer Produkte auf importierte Produkte aus Sicht der einheimischen Produzenten eine gerechte Angleichung der Kosten auf ein vergleichbares Niveau darstellen mag,⁸³¹ ist die Gleichheit bzw. Gerechtigkeit der Belastungen aus Sicht der Importländer anzuzweifeln. Was gleich ist, hängt nämlich stets vom Betrachter ab. Zieht man unter Berücksichtigung des CBDR-Prinzips die historisch bedingte Verantwortung und den Entwicklungsstand eines jeden Staates mit in Betracht, wirkt sich eine identische Belastung faktisch ungleich aus. Gleich wäre die Belastung hingegen, wenn alle Länder entsprechend ihren klimarechtlichen Verpflichtungen behandelt werden würden. Wird durch einen einheitlich bemessenen Grenzausgleich eine Ungleichbehandlung im Sinne des Welthandelsrechts, die eine Gleichbehandlung bei Zugrundelegung des Verpflichtungsmaßstabes darstellt, ausgeglichen, führt dies in der Konsequenz zu einer Ungleichbehandlung nach den Maßstäben des Klimarechts. Dementsprechend dürften importierte Waren unter Zugrundelegung des CBDR-Prinzips nicht nur nicht höher besteuert werden, sondern müssten gegebenenfalls besser behandelt werden als einheimische Produkte. In das Tatbestandsmerkmal „taxed in excess“ müsste eine hervorgehobene Stellung der Entwicklungsländer bei der Ausgestaltung eines Grenzausgleiches hineinzulesen sein.⁸³² Möglich ist dies nur unter der Prämisse, dass dadurch der Gehalt des Merkmals nicht gänzlich „überschrieben“ wird. Dies ist nicht zu befürchten. Denn das Merkmal setzt lediglich voraus, dass die importierten Waren nicht höher besteuert werden als die inländischen Waren. Eine Mehrbelastung der inländischen Waren im Vergleich zu den importierten Waren ist hingegen vom Regelungsbereich des Art. III:2 S.1 GATT nicht erfasst. Dies führt im Ergebnis zu einer als indirekte Inländerdiskriminierung beschriebenen Situation,⁸³³ in der die Inländer gegenüber den Ausländern faktisch schlechtergestellt werden. Eine solche ist jedoch vom Regelungsbereich des Art. III:2 S.1 GATT nicht erfasst und steht auch ansonsten nicht im Widerspruch zu dem Regelungsgehalt des GATT⁸³⁴. Eine Auslegung des Merkmals,

831 O'Brien, JWT 43 (2009) 5, 1093 (1105).

832 Dagegen spricht nicht, dass das Welthandelsrecht die Sonderstellung der Entwicklungsländer eigenständig geregelt hat. Allein aus dem Umstand, dass eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt werden kann, lässt sich nicht folgern, dass aus anderen dogmatischen Gründen in einigen Fällen ein Verstoß von vornherein ausgeschlossen sein kann.

833 Hammerl, Inländerdiskriminierung, S. 29f.

834 Problematisch gestaltet sich hingegen die Zulässigkeit einer solchen Differenzierung im Hinblick auf die verschiedenen importierenden Länder. Maßstab im Hinblick auf diese

die den Entwicklungsländern im Vergleich zu dem Importland eine Vorzugsstellung einräumt ist daher nach Art. III GATT nicht unzulässig.

h) Ergebnis zu Art. III:2 S.1 GATT

Es ist festzuhalten, dass Art. III:2 S. 1 GATT die Erhebung eines Grenzsteuerausgleichs nicht kategorisch ausschließt. Um den Anforderungen der Norm und gleichzeitig auch dem CBDR-Prinzip gerecht zu werden, ist bei der Ausgestaltung dieses Instruments achtsam vorzugehen. Um einen Konflikt mit dem geltenden Recht zu vermeiden, sind insbesondere die folgenden Punkte zu berücksichtigen: (1) Die Einführung eines Grenzausgleichs sollte im Hinblick auf den Emissionshandel nur bei einer kostenpflichtigen Zuteilung der Emissionszertifikate erfolgen. (2) Bei der Bestimmung der Besteuerungshöhe ist sicherzustellen, dass sich aus den gesamten Umständen, also auch den Rahmenbedingungen der Erhebung keine Benachteiligung der importierten Waren ergibt. Bei der Bemessung spielen die zwei Faktoren Emissionsmenge und Einheitspreis eine tragende Rolle. Problematisch gestaltet sich hierbei die Ermittlung der Emissionsmenge. Im Sinne der Effektivität der Maßnahme ist den Importeuren zunächst die Möglichkeit zu eröffnen, Informationen zur Berechnung der konkreten Emissionsmenge bereitzustellen, und nur für den Fall der Nichterbringung eines konkreten Nachweises auf die vorherrschende Produktionsmethode abzustellen. (3) Unter Heranziehung des CBDR-Prinzips kann eine Besserstellung der Entwicklungsländer bei der Ausgestaltung eines Grenzausgleichs mit den Anforderungen des Art. III:2 S.1 GATT vereinbar sein.

2. Meistbegünstigungsverpflichtung (Art. I:1 GATT)

Eine weitere Hürde für die Vereinbarkeit eines emissionsbezogenen Grenzausgleichs mit dem WTO-Recht ist die allgemeine Meistbegünstigungsverpflichtung des Art. I:1 GATT, einem Grundpfeiler der WTO-Rechtsordnung.⁸³⁵ Wie der Grundsatz der Inländerbehandlung ist das Meistbegünstigungsprinzip Ausdruck des Prinzips der Nichtdiskriminierung und verwirklicht dies durch die Sicherstellung der Gleichbehandlung nach außen, d. h. zwischen verschiedenen Mitgliedstaaten.⁸³⁶ Art. I:1 GATT verlangt, dass jeder Handelsvorteil, der einem Produkt aus einem Land (das nicht zwingend ein WTO-Mitgliedstaat sein muss) gewährt wird, unverzüglich und unbedingt gleichartigen Produkten aus den übrigen WTO-Mitgliedstaaten eingeräumt werden muss. Unilateral erzielte Libera-

Frage ist Art. I:1 GATT. Auf diesen ist in dem folgenden Abschnitt ausführlich einzugehen.

835 AB, EC-Tariff Preferences, para. 101 m. w. N.

836 UBA (Hg.), Climate Change 05/08, S. 20.

lisierungserfolge werden so automatisch auf sämtliche Mitgliedstaaten erstreckt.⁸³⁷ Zumindest in der Theorie treibt die Meistbegünstigungsverpflichtung so den Abbau von Sonderbehandlungen voran. In der Praxis ist die Durchsetzung des Meistbegünstigungsprinzips aufgrund der stetig steigenden Zahl von regionalen bzw. bilateralen Freihandelszonen und Zollgemeinschaften mittlerweile jedoch eher zur Ausnahme als der Regel geworden.⁸³⁸ Dies ändert indes nichts daran, dass jede Abweichung von dem Grundsatz einer Rechtfertigung bedarf.

In dem folgenden Abschnitt ist der Frage nachzugehen, ob ein klimaschutzmotivierter Grenzausgleich den Anforderungen des Art. I:1 GATT genügen kann. Problematisch ist im Hinblick auf den Regelungsgehalt der Norm nicht die Einführung eines Grenzausgleichs und die damit verbundene Erhebung der Steuer, sondern die konkrete Ausgestaltung seines Anwendungsbereichs. Alle bisherigen Entwürfe eines Grenzausgleichs sahen weitreichende Ausnahmeregelungen vor. Die diskutierten Ausnahmeregelungen lassen sich anhand ihrer Motivationen grob in drei Gruppen unterteilen: Die erste Gruppe soll sicherstellen, dass Waren aus Ländern mit vergleichbarem Klimaschutzniveau keiner Doppelbelastung ausgesetzt werden. Entsprechende Ausnahmeregelungen sehen entweder das Klimaschutzniveau des Herkunftslandes, das „comparable“ bzw. „similar“ zu dem des Importstaates sein muss, oder die Unterzeichnung von Klimaschutzabkommen als Anknüpfungspunkt vor. Die zweite Gruppe richtet sich an Staaten, deren Gesamtemissionen ein gewisses Niveau nicht überschreiten (*de minimis*-Ausnahmen). Diese Ausnahme begründet sich aus der Überlegung, dass ein Grenzausgleich bei den betreffenden Staaten nur geringe Anreizeffekte erzielen kann, so dass Kosten und Nutzen in einer unausgewogenen Relation stehen. Die dritte Gruppe dient der Besserstellung von Entwicklungsländern und den am wenigsten entwickelten Ländern im Sinne der Entwicklungszusammenarbeit.

a) Vereinbarkeit von Ausnahmeregelungen

Art. I:1 GATT findet Anwendung auf Zölle und andere Abgaben jeder Art, die die Einfuhr belasten oder deren Erhebung anlässlich der Ein- oder Ausfuhr erfolgt, sowie auf alle in Art. III:2 und 4 GATT genannten innerstaatlichen Maßnahmen. Auch für klimaschutzmotivierte Grenzausgleichsmaßnahmen ist daher der Anwendungsbereich des Art. I:1 GATT eröffnet. An dessen Maßstab sind daher die den Grenzausgleich näher ausgestaltenden Regelungen, wie z. B. die Ausnahmeregelungen, zu überprüfen.

⁸³⁷ Stoll/Schorkopf, WTO, Rn. 121.

⁸³⁸ WTO (Hg.), The Future of the WTO, para. 60.

Der Anwendungsbereich des Art. I:1 GATT ist zudem auf „gleichartige Waren“ beschränkt. Für den Begriff der Gleichartigkeit besteht keine einheitliche Definition und der Gehalt des Begriffes variiert in Abhängigkeit von dem konkreten Kontext der Norm.⁸³⁹ An dieser Stelle kann nichtsdestotrotz auf die bereits vorgenommenen Ausführungen zur Gleichartigkeit zurückgegriffen werden. Da schon nach dem sehr engen Begriffsverständnis des Art. III:2 S.1 GATT die Gleichheit zu bejahen war, ist im Hinblick auf die verschiedenen CO₂-Emissionsmengen die Gleichartigkeit erst recht im Rahmen des Art. I:1 GATT gegeben.⁸⁴⁰ Klimaschädlich und klimafreundlich produzierte Waren sind demnach „gleich“.

Schließlich muss eine hoheitliche Maßnahme Waren aus einem Staat „Vorteile, Vergünstigungen, Vorrechte oder Befreiungen“ einräumen. Diese Begriffe sind in Anbetracht des der Auflistung vorangestellten „any“ weit auszulegen, eine exakte Abgrenzung der einzelnen Begriffe wird dadurch obsolet.⁸⁴¹ Im Hinblick auf die Erhebung des Grenzausgleichs kann nicht von der Gewährung eines Vorteils gesprochen werden. Einen Vorteil i. S. d. Norm stellt aber die Befreiung von der Ausgleichsbelastung dar. Diesbezüglich führte das Panel in *US-Customs User Fee* aus: „Exemptions from the fee fell within the category of 'advantage, favour, privilege or immunity' which Art. I:1 requires to be extended unconditionally to all other contracting parties.“⁸⁴²

Dieser Vorteil muss nach Art. I:1 GATT unverzüglich und bedingungslos („immediately and unconditionally“), d. h. zeitgleich und ohne weitere Einschränkungen⁸⁴³, sämtlichen WTO-Mitgliedstaaten gewährt werden. Insbesondere dieses Kriterium ist im Folgenden im Hinblick auf die verschiedenen Ausnahmeregelungen ausführlicher zu beleuchten.

aa) Ausnahme für Länder mit vergleichbarem Klimaschutzniveau

Nahezu jeder Entwurf eines klimaschutzbezogenen Grenzausgleichs sah eine Ausnahme für Länder vor, die eine dem Importstaat vergleichbare Klimapolitik

839 AB, Japan-Alcoholic Beverages II, S. 21. Vgl. auch die Ausführungen in Kapitel 3. A. I. 1. d) aa) (1).

840 Vgl. i. B. a. die Möglichkeit dieses Rückschlusses: Panel, Indonesia-Autos, para. 14.108ff. Und dazu ausführlich: Treblicock/Howse, Regulation of International Trade, S. 72.

841 AB, Canada-Autos, para. 79. Verkürzend wird daher im Folgenden von „Vorteilen“ gesprochen werden.

842 Panel, US-Customs User Fee, para. 122.

843 Herrmann/Weiß/Ohler, Welthandelsrecht, Rn. 383.

verfolgen.⁸⁴⁴ Beispielhaft ist auf den US-amerikanischen Entwurf des Lieberman-Warner Climate Security Act von 2008 zu verweisen, der Staaten, die „comparable action“ (d. h. vergleichbare Maßnahmen) ergreifen, von der Grenzausgleichsverpflichtung befreite (Sec. 6006 (b)(2)(A)(i) CSA 2008).

Im Hinblick auf die Vereinbarkeit einer solchen Ausnahmeregelung mit Art. I:1 GATT ist weitläufig auf die bereits getroffenen Ausführungen zu verweisen. Fraglich und maßgeblich für die Vereinbarkeit mit Art. I:1 GATT ist allein, ob der gewährte Vorteil unverzüglich und bedingungslos allen anderen WTO-Mitgliedstaaten gewährt wird. Entscheidend ist die Auslegung des Erfordernisses der *bedingungslosen* Gewährung. Ist der Begriff der Bedingungslosigkeit absolut zu verstehen, so dass er die Gewährung des Vorteils ohne zusätzliche Anforderung voraussetzt? Oder ist ein relatives Verständnis des Begriffes geboten, so dass die Gewährung des Vorteils an gewisse Anforderungen geknüpft werden kann, solange diese Kriterien bedingungslos für alle WTO-Mitgliedstaaten gelten? Mit dieser Frage haben sich verschiedene Streitbeilegungsorgane auseinandergesetzt. Die Panels in den Sachen *Belgium-Family Allowances* und *Indonesia-Autos* legten den Begriff eng aus und bejahten einen Verstoß gegen Art. I:1 GATT, da die Gewährung der vorteilhaften Ausnahme an bestimmte Kriterien geknüpft war.⁸⁴⁵ Dieser Auffassung schloss sich in der neueren Rechtsprechung das Panel in der Sache *EC-Tariff Preferences* an. Unter Verwerfung der Auffassung, dass eine bedingte Gewährung nur im Falle des Austausches für eine bestimmte Gegenleistung vorläge,⁸⁴⁶ entschied es, dass an der gewöhnlichen Bedeutung des Begriffes festzuhalten sei.⁸⁴⁷ Diese sei „not limited by or subject to any conditions“, so dass jede Form der Konditionalität mit einem Verstoß gegen Art. I:1 GATT einhergehe. Legt man dieses enge Begriffsverständnis zugrunde, verstößt die Ausnahmeregelung für Staaten mit einem vergleichbaren Klimaschutzniveau offensichtlich gegen das Erfordernis der Unbedingtheit, da die Gewährung des Vorteils nicht losgelöst von der spezifi-

844 Vgl. Sec. 111 (b)(2)(A)(i) des Climate Market, Auction, Trust & Trade Emissions Reduction System Act of 2008, H.R. 6316, 110th Congress, 2nd Sess. (2008). Im Folgenden: Climate MATTERS Act; Sec. 502 (f)(3)(A)(i) des Low Carbon Economy Act of 2007, S. 1766, 110th Congress, 1st Sess. (2007). Im Folgenden: LCEA. All diese Entwürfe enthielten auch eine Legaldefinition der „comparable action“. Diese wichen kaum von einander ab. Vgl. daher insofern nur: Sec. 101 (6) des Climate MATTERS Act. Einen modifizierten Ansatz verfolgt Sec. 768 (a)(1)(E)(i) i. V. m. Sec. 767 (c)(3) ACES. Dieser setzte voraus, dass die Treibhausgasintensität des betroffenen Sektors „is equal to or less than the energy or greenhouse gas intensity for such industrial sector in the United States“.

845 Panel, *Belgium-Family Allowances*, para. 3; Panel, *Indonesia-Autos*, para. 14.143ff.

846 Vertreten von der EG, vgl. Panel, *EC-Tariff Preferences*, para. 4.52; 4.61.

847 Panel, *EC-Tariff Preferences*, para. 7.59.

sehen Situation und der Verhaltensweise der exportierenden Länder erfolgen würde.

In der Sache *Canada-Autos* wendete das Panel hingegen ein weiteres Begriffsverständnis an. Es führte aus, dass die Bewertung der Bedingungslosigkeit nicht unabhängig von der Frage nach dem Vorliegen einer Diskriminierung bewertet werden könnte. Maßgeblich sei, ob die unterschiedliche Behandlung von der Situation bzw. dem Verhalten der betroffenen Staaten abhängig gemacht werde. Während eine Diskriminierung aufgrund des Herkunftsorts untersagt sei,⁸⁴⁸ könnten *herkunftsneutrale* Kriterien (auch wenn diese außerhalb des Produkts lägen) eine Differenzierung im Einzelfall rechtfertigen. Schließlich mache es einen Unterschied, ob die Gewährung eines Vorteils von Bedingungen abhängig gemacht oder ob ein Vorteil bedingungslos auf alle WTO-Mitgliedstaaten ausgeweitet werde.⁸⁴⁹ Unter Zugrundelegung dieses weiten Begriffsverständnisses folgt allein aus dem Umstand, dass die Befreiung von einem Grenzausgleich nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich ist, noch kein Verstoß gegen den Art. I:1 GATT. Entscheidend ist vielmehr, ob die Unterscheidung herkunftsneutral oder herkunftsbezogen ist. Eine offensichtliche Diskriminierung (*de jure* Diskriminierung) läge vor, wenn die Ausnahmeregelung ausdrücklich anhand des Herkunftsortes differenziert⁸⁵⁰ und nur einige Staaten von vornherein die Möglichkeit hätten, in den Genuss des Vorteils zu kommen. Da die zu diskutierenden Ausnahmeregelungen offen formuliert sind und den Anwendungsbereich nicht auf eine abschließend formulierte Liste von Staaten beschränken, steht die Möglichkeit die vorgegebenen Kriterien zu erfüllen grundsätzlich allen Mitgliedstaaten offen, so dass sie in der Folge den Vorteil in Anspruch nehmen könnten. Anknüpfungspunkt ist nicht der Herkunftsort des Produktes, sondern ein objektives Kriterium, namentlich das der nationalen Politiken und der daher vorherrschenden Produktionsweisen.⁸⁵¹ Dass dieses Kriterium außerhalb des Produktes selbst liegt, ist unerheblich.⁸⁵² Eine *de jure*-Diskriminierung ist demnach abzunehmen. Im Weiteren ist jedoch zu fragen, ob eine sogenannte *de facto*-Diskriminierung vorliegt.⁸⁵³ Eine solche faktische Diskriminierung ist gegeben, wenn gleichartige Waren zwar formal gleichbehandelt werden, tatsächlich aber nur Waren einer bestimmten Herkunft die gewährten Vorteile in Anspruch

848 Panel, *Canada-Autos*, para. 10.23.

849 Panel, *Canada-Autos*, para. 10.29.

850 Ministry of Foreign Affairs (Hg.), *Unilateral Measures Addressing Non-Trade Concerns*, S. 20.

851 Entkräftet von Bordo in: Brainard/Sorkin (Hg.), *Climate Change, Trade and Competitiveness*, 35 (47).

852 Weiß/Hermann/Ohler, *Welthandelsrecht*, Rn. 383.

853 Vgl. nur: AB, *Canada-Autos*, para. 78 m. w. N.

nehmen können.⁸⁵⁴ Das Kriterium des vergleichbaren Klimaschutzniveaus im Herkunftsland der Ware führt dazu, dass in der Praxis nur einige Waren aus wenigen Herkunftsstaaten von dem Grenzausgleich befreit werden. Ausschlaggebend ist die Klimaschutzpolitik des Herkunftsstaates, d. h. dessen Verhalten. Dieses wird der importierten Ware indirekt zugerechnet. Der maßgebliche Anknüpfungspunkt widerspricht daher den Ausführungen des Panels, nach denen die Gewährung des Vorteils nicht „be made subject to conditions with respect to the situation or conduct of those countries“⁸⁵⁵. Da die Produktionsweise des Produktes und der Importeur mithin keinen Einfluss auf die Gewährung des Vorteils nehmen können, ist nach dem relativen Begriffsverständnis eine *de facto*-Diskriminierung zu bejahen.

Unabhängig von dem Begriffsverständnis ist daher eine Ausnahmeregelung für Länder mit einem vergleichbaren Klimaschutzniveau daher nicht mit Art. I:1 GATT vereinbar.⁸⁵⁶

bb) Weitere Ausnahmeregelungen

Mit der Beschränkung des Anwendungsbereiches einer Grenzausgleichsmaßnahme auf Länder, die das Kyoto-Protokoll bzw. dessen potentiell Nachfolgebkommen nicht unterzeichnen oder ratifizieren,⁸⁵⁷ geht die Gewährung einer Ausnahme an die Länder einher, die das entsprechende Abkommen umsetzen. Im Hinblick auf die allgemeinen Anforderungen des Art. I:1 GATT kann daher weitläufig auf die bereits vorgenommenen Ausführungen verwiesen werden. Wiederum ist lediglich das Merkmal der Unbedingtheit an dieser Stelle gesondert zu untersuchen. Nach dem engen Verständnis der Bedingungslosigkeit ist fraglos ein Verstoß gegen Art. I:1 GATT zu bejahen. Legt man das weitere, relative Begriffsverständnis zu Grunde, ist hingegen fraglich, ob eine Diskriminierung aufgrund der Herkunft vorliegt. Werden nur nichtpartizipierende Länder

854 Ehring, JWT 36 (2002) 5, 921 (928).

855 Panel, Canada-Autos, para. 10. 23. In Anbetracht dieser Ausführung kann es für die Verneinung einer Diskriminierung auch nicht ausreichen, dass alle Länder grundsätzlich dieselben Möglichkeiten haben die gesetzten Standards umzusetzen. So jedoch: Mason, Duke Law Journal 54 (2004) 2, 513 (539).

856 So i. E. auch: Bordoff in: Brainard/Sorkin (Hg.), Climate Change, Trade and Competitiveness, 35 (48); Pauwelyn, NI WP 07/02, S. 32; Brink, CJIPL 21 (2010) 1, 85 (104); Veel, JIEL 12 (2009) 3, 749 (785); Meyer-Ohlendorf/Gerstetter, FES Dialogue on Globalization, Occasional Paper Nr. 41 (2009), S. 36.

857 Vgl. Sec. 111 (b)(2)(A)(ii) Climate MATTERS Act, sowie Sec. 768 (a)(1)(E)(i) i. V. m. Sec. 767 (c)(1) ACES. Die ACES-Regelung setzt aber neben der Ratifikation voraus, dass dem Staat auch eine Reduktionsziel „that is as least as stringent as that of the United States“ auferlegt ist.

von dem Grenzausgleich erfasst, ist offensichtlich, dass der Anknüpfungspunkt nicht die Produkteigenschaften oder ein sonstiger zulässiger Umstand, sondern allein das Verhalten des Herkunftslandes ist. Die Waren werden folglich nicht aufgrund ihrer Qualität, sondern alleine aufgrund ihrer Herkunft benachteiligt. Dies ist mit Art. I:1 GATT nicht vereinbar.⁸⁵⁸

Gleiches gilt auch für die Ausnahmeregelungen für sog. *de minimis*-Emittenten⁸⁵⁹ und die Ausnahmeregelungen für die am wenigsten entwickelten Länder (3. Gruppe)⁸⁶⁰, da diese die Gewährung des Vorteils ausdrücklich von der Herkunft der Ware abhängig machen und insofern gleichartige Waren *de jure* diskriminieren.⁸⁶¹

cc) Die Lösung: uneingeschränkte Anwendung des Klimagrenzausgleichs?!

Alle vorgeschlagenen Ausnahmeregelungen verletzen die Meistbegünstigungsverpflichtung des Art. I:1 GATT, da sie den gewährten Vorteil der Befreiung von der Abgabe nicht „unbedingt“ auf alle andere WTO-Mitgliedstaaten ausweiten. Bedeutet dies, dass allein die uneingeschränkte Anwendung des Grenzausgleichs mit dem WTO-Recht vereinbar sein kann, so dass ein Grenzausgleich grundsätzlich immer für alle Produkte aus allen Ländern einzuführen ist?⁸⁶² Diese Frage ist mit einem doppelten Nein zu beantworten: nein zum einen deshalb,

858 So befinden auch: Sindico, *European Energy and Environmental Law Review* 17 (2008) 6, 328 (337); Ruddigkeit in: Tietje/Kraft (Hg.), *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*, Heft 89, S. 25; Quick, *GTCTJ* 3 (2008) 5, 163 (164).

859 Ebenso: Veel, *JIEL* 12 (2009) 3, 749 (785); Brink, *CJIELP* 21 (2010) 1, 85 (104). Eine entsprechende Ausnahme sahen nichtsdestotrotz folgende Gesetzesvorschläge vor: Sec. 111 (b)(2)(A)(iii) *Climate MATTERS Act* (mit einer Definition des *de minimis*-Standards in Sec. 111 (b)(2)(B)); Sec. 502 (f)(3)(A)(i) *LCEA* (mit Def. in Sec. 502 (f)(3)(C)(i) *LCEA*); Sec. 768 (a)(1)(E)(iii) *ACES*.

860 Eine entsprechende Ausnahme sahen nichtsdestotrotz vor: Sec. 111 (b)(2)(A)(iv) *Climate MATTERS Act*; Sec. 502 (f)(3)(A)(ii) *LCEA*; Sec. 768 (a)(1)(E)(iii) *ACES*.

861 So auch: Pauwelyn, *NI WP* 07/02, S. 32 (Fn. 91); Brink, *CJIELP* 21 (2010) 1, 85 (104); Veel, *JIEL* 12 (2009) 3, 749 (785).

862 Ismer/Neuhoff, *EJLE* 24 (2007) 2, 137 (149). Die uneingeschränkte Einführung eines Grenzausgleichs ist mit Art. I:1 GATT vereinbar. Gegen die Vereinbarkeit spricht auch nicht der Umstand, dass einige Staaten doppelt belastet werden. Das Argument die einmalige Entrichtung der Abgabe stelle einen „Vorteil“ i. S. d. Art. I:1 GATT dar, trägt nicht, da die im Herkunftsland zu entrichtenden Kosten bei dem Vergleich außer Acht bleiben müssen. Wird eine Ware aus einem Herkunftsland mit einem vergleichbaren Klimaschutzregime in Folge dessen doppelt belastet, so liegt die Verfehlung nicht auf Seiten des Importstaates, das den Grenzausgleich erhebt, sondern auf Seite des Exportstaates, der die Steuern bei der Ausfuhr nicht zurückerstattet. So Pauwelyn, *NI WP* 07/02, S. 33.

da die Feststellung der Unvereinbarkeit den Umstand verkennt, dass ein Verstoß gegen das WTO-Recht gerechtfertigt werden kann. Zwar verschiebt sich auf der Rechtfertigungsebene die Beweislastverteilung partiell auf den Beklagten,⁸⁶³ so dass die Berufung auf den Ausnahmekatalog des GATT mit praktischen Schwierigkeiten verbunden sein kann. Doch eine Regelung kann ungeachtet dessen „gerettet“ werden. Das zweite Nein resultiert aus dem völkerrechtlichen Umfeld und bezieht sich auf die Frage nach einer Ausnahmeregelung für Entwicklungsländer. Wie bereits mehrfach erwähnt, ist ein Mitglied der WTO nicht nur an das WTO-Recht gebunden, sondern (im Falle der Ratifikation der UNFCCC und des Kyoto-Protokolls) ebenso zu klimarechtskonformen Maßnahmen verpflichtet. Vor dem Hintergrund des CBDR-Prinzips, nach dem die besondere Stellung der Entwicklungsländer hinreichend gewürdigt werden muss, stellt die einheitliche Einführung eines Grenzsteuerausgleichs für alle WTO-Mitgliedstaaten eine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 UNFCCC und des Kyoto-Protokolls dar. Um sich nicht in Konflikt mit dem CBDR-Prinzip zu setzen, der zwar rechtlich schwer zu ahnden wäre, politisch aber eine besonders negative Signalwirkung aufweisen würde, ist in jedem Falle eine Ausnahme für die Entwicklungsländer vorzusehen. Eine Rechtfertigungsmöglichkeit besteht für eine solche Regelung nicht nur nach Art. XX GATT, sondern zusätzlich nach der sogenannten Ermächtigungsklausel. Eine entsprechende Ausnahme entspricht zudem dem Sinngehalt des Art. XXXVII:1 (b) und (c) GATT, der vorsieht, dass Entwicklungsländer nicht mit neuen fiskalischen Maßnahmen konfrontiert werden sollen.⁸⁶⁴

b) Vereinbarkeit von Anrechnungsmöglichkeiten systemfremder Zertifikate

Im Zusammenhang mit Art. I:1 GATT ist zudem die Möglichkeit einer Regelung, die die Berücksichtigung systemfremder Emissionszertifikate vorsieht, näher zu beleuchten. Eine entsprechende Regelung lässt die Berücksichtigung systemfremder Emissionszertifikate zu, sofern das fremde Emissionszertifikat (oder ein vergleichbarer Nachweis) aus einem dem Importstaat vergleichbaren Emissionshandelssystem stammt.⁸⁶⁵ Durch die Anrechnung systemfremder Zertifikate

863 Zunächst muss der sich verteidigende Mitgliedstaat den prima facie Beweis erbringen, dass die Maßnahme gerechtfertigt ist. Vgl. zur Beweislastverteilung ausführlich: Panel, EC-Asbestos, para. 8.177ff.

864 Hierbei handelt es sich jedoch nicht um eine rechtlich bindende Bestimmung. Vgl. Jessen, WTO-Recht und „Entwicklungsländer“, S. 311.

865 Die entsprechenden Regelungen in Sec. 502 (f)(4)(B)(i) LCEA und Sec. 6006 (e)(1)(A) CSA 2008 sahen jeweils die Möglichkeit der Anrechnung vor, wenn das ausländische Emissionshandel mit dem US-amerikanischen vergleichbar („comparable“) ist und

verringern sich die Menge der zusätzlich erforderlichen Zertifikate und damit die Höhe des zu leistenden Grenzausgleichs für den Importeur. Für die Beantwortung der Frage, ob diese Anrechnungsmöglichkeit einen relevanten Vorteil i. S. d. Art. I:1 GATT darstellt, ist entscheidend, ob Leistungen, die im Herkunftsland erbracht wurden, bei dem Vergleich der Situation der verschiedenen Importländer zu berücksichtigen sind. Normadressat des Art. I:1 GATT ist der Einfuhrstaat. Maßgeblich für das Vorliegen eines Vorteils kann daher nur das Verhalten des Staates selbst sein, so dass die finanzielle Belastung der Ware im Herkunftsland außer Acht zu bleiben hat. Dieses Ergebnis entspricht dem Sinn und Zweck des Art. I:1 GATT. Eine Funktion der Meistbegünstigungsverpflichtung ist die Sicherung einer optimalen Ressourcenallokation.⁸⁶⁶ Würden die Bedingungen des Herkunftslandes im Rahmen der Ermittlung des Vorliegens eines Vorteils mit in Betracht gezogen und dadurch an der Grenze ausgeglichen, würde die Ressourcenallokation im Sinne der Theorie der komparativen Kostenvorteile behindert. Die Anrechnungsmöglichkeit systemfremder Zertifikate stellt somit einen relevanten Vorteil i. S. d. Art. I:1 GATT dar.

Für eine unzulässige Ungleichbehandlung müsste dieser Vorteil nicht unverzüglich und bedingungslos an andere Waren weitergegeben werden. Diesbezüglich sind zwei alternative Formen der Anrechnung zu unterscheiden: In der ersten Konstellation verweist die Regelung auf ein vergleichbares geschlossenes Emissionshandelssystem, d. h. ein System, in dem Zertifikate nur von Produzenten des regulierten Marktes erworben werden können. Da die Möglichkeit der Anrechnung systemfremder Zertifikate in diesen Fällen lediglich für Produkte aus Staaten, die ein vergleichbares Emissionshandelssystem etabliert haben, eröffnet ist, stellt die entsprechende Regelung eine *de facto*-Diskriminierung dar. Für Waren aus anderen WTO-Mitgliedstaaten besteht nicht die Möglichkeit, vergleichbare Zertifikate einzureichen. Obwohl die Regelung daher nicht ausdrücklich herkunftsbezogen ist, bringt sie es mit sich, dass nur bestimmte Waren den Vorteil in Anspruch nehmen können. Dies ist mit Art. I:1 GATT nicht vereinbar. In der zweiten Konstellation ist ein offenes Emissionshandelssystem der Bezugspunkt. Anders als in der zuvor beschriebenen Konstellation ist der An- und Verkauf auf einem derartigen Markt grundsätzlich für jederman möglich.⁸⁶⁷

durch den Präsidenten zertifiziert worden ist. Sec. 728 ACES setze demgegenüber voraus, dass das Emissionshandelssystem „as least as stringent“ wie das der Vereinigten Staaten sein müsste.

⁸⁶⁶ Tietje in: Tietje (Hg.) Internationales Wirtschaftsrecht, § 3 Rn. 65f.

⁸⁶⁷ Z. B. Art. 12 Abs. 1 lit. b) der Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 96/61/EG des Rates, ABl. EU L 275, S. 32.

Es steht dann sämtlichen Importeuren von Waren offen, Zertifikate auf diesem Markt zu erwerben und diese bei dem Import anstelle von Zertifikaten des Importstaates einzureichen. In diesen Fällen ist nicht nur die Formulierung, sondern auch die Wirkung der Maßnahme herkunftsneutral. Solange das Verfahren des Weiteren hinsichtlich Preis und Kaufmechanismen parallel ausgestaltet ist, ist ein Verstoß gegen die Meistbegünstigungsverpflichtung daher abzulehnen.⁸⁶⁸

c) Ergebnis zu Art. I:1 GATT

Art. I:1 GATT verlangt die Gleichbehandlung sämtlicher Handelspartner. Dies steht in einem Widerspruch zu dem Leitbild eines Klimaausgleichs, da dieser stets auch bezweckt Anreiz und Bestrafung für Staaten zu sein, die sich (nach Auffassung des agierenden Staates) nicht hinreichend in dem Kampf gegen den Klimawandel engagieren. Ausnahmeregelungen, die aus diesem Grunde eine Befreiung für Staaten vorsehen, die ein „vergleichbares Klimaschutzniveau“ aufweisen, verstoßen gegen Art. I:1 GATT. Gleiches gilt für Ausnahmeregelungen für Entwicklungsländer und die am wenigsten entwickelten Länder, sowie die sog. *de minimis*-Emittenten, da eine entsprechende Regelung unzulässigerweise an den Herkunftsort der Waren anknüpft. Um die Umweltschuttmotivation eines Grenzausgleichs aufrecht zu erhalten, ist es jedoch empfehlenswert, einen entsprechenden Verstoß sehenden Auges in Kauf zu nehmen, da die WTO-rechtliche Zulässigkeit auch auf die Rechtfertigung der Maßnahme gestützt werden kann.

II. Rechtfertigung eines Verstoßes gem. Art. XX GATT

Halten ein Panel oder der Appellate Body einen klimaschutzmotivierten Grenzausgleich an sich oder dessen konkrete Ausgestaltung für inkompatibel mit einer Regelung des GATT, so bedeutet dies nicht, dass die Maßnahme als mit dem GATT unvereinbar zurückgenommen werden muss. Wie bereits mehrfach angesprochen, ist in diesen Fällen der Rückgriff auf die Ausnahmeregelungen, insbesondere auf die allgemeinen Ausnahmen des Art. XX GATT, möglich. Art. XX GATT legt gewisse nichtökonomische Ziele fest, deren Verfolgung durch nationale Schutzpolitiken unter bestimmten Voraussetzungen der Vorrang vor den Verpflichtungen aus dem GATT einzuräumen ist. Die Prüfung des Art. XX GATT erfolgt hierbei in zwei Schritten. Zunächst muss die angegriffene Maßnahme den speziellen Voraussetzungen eines Unterabsatzes genügen. Dazu ist

868 Zu diesem Ergebnis kommt auch Veel, JIEL 12 (2009) 3, 749 (786f).

erforderlich, dass sie in den Katalog zulässiger Schutzziele⁸⁶⁹ fällt und die konkreten *Link*-Anforderungen erfüllt. Maßgeblich ist hierbei die allgemeine Ausgestaltung der Maßnahme (das „general design“).⁸⁷⁰ Auf der zweiten Stufe muss das gewählte Mittel den allgemeinen Anforderungen der Chapeau-Klausel, d. h. des Einleitungssatzes, genügen.⁸⁷¹ Im Gegensatz zu der ersten Stufe wird dort nicht die abstrakte Regelung der Maßnahme selbst, sondern deren praktische Anwendung relevant.⁸⁷²

Bevor konkret auf die Frage eingegangen wird, welche Gestaltungsrichtlinien sich aus den Anforderungen des Art. XX GATT ableiten lassen, ist zu klären, welche Maßnahme Prüfungsgegenstand des Art. XX GATT ist. Insofern bestehen drei Möglichkeiten: Es wäre denkbar, Import- und Exportausgleich gesondert zu untersuchen. Alternativ wäre es möglich, beiden Regelungen als zusammenhängendes Gefüge zu verstehen und eine Gesamtbetrachtung im Hinblick auf die Rechtfertigung vorzunehmen. Schließlich könnten Grenzausgleich und das nationale Klimaschutzinstrument (CO₂-Steuer/Emissionshandel) als Einheit zu betrachten sein. Der Appellate Body führte in *US – Gasoline* aus, dass die im Rahmen des Art. XX GATT zu analysierende Maßnahme diejenige sei, aus der sich der Verstoß gegen die GATT-Norm ergebe. Der Appellate Body konnte insofern auf seine gängige Rechtsprechung verweisen.⁸⁷³ Richtigerweise muss daher im Folgenden stets auf die konkrete Regelung abgestellt werden. Dies macht eine Unterscheidung zwischen der Rechtfertigung eines Verstoßes gegen Art. III:2 S. 1 GATT und Art. I:1 GATT erforderlich. Während in dem ersten Fall die Importregelung des Grenzausgleichs als Ganzes und nicht etwa auf den gesamten Regelungskomplex abgestellt werden muss, ist in dem zweiten Fall die Ausnahmeregelung die zu überprüfende Maßnahme. Außer Acht bleiben müssen hingegen die Exporterstattung und das nationale Klimaschutzinstrument, d. h. die nationale Steuer.⁸⁷⁴

869 Insofern können auch mehrere Schutzziele einschlägig sein. Vgl. Condon, JIEL 12 (4) 2009, 895 (918).

870 AB, *US-Shrimp*, para. 116.

871 AB, *US-Gasoline*, S. 20.

872 Panel, *Brazil-Retreaded Tyres*, para. 7.107; Panel, *US-Spring Assemblies*, para. 56.

873 AB, *US-Gasoline*, S. 13f. m. w. N.

874 So auch De Cendra, RECIEL 15 (2006) 2, 131 (144); Brack/Grubb/Windram, *International Trade and Climate Change Policies*, S. 88. Anders hingegen: Pauwelyn (NI WP 07/02, S. 36) der als Beleg ebenfalls auf die Entscheidung des Appellate Body in der Sache *US-Gasoline* verweist. Die zitierten Ausführungen auf S. 16 beziehen sich jedoch nicht auf die Frage, welche Maßnahme im Lichte des Art. XX zu beleuchten ist, sondern darauf, ob auf den Verstoß, d. h. die Schlechterbehandlung oder die Maßnahme selbst abzustellen ist.

Für den Bereich der Umweltschutzmaßnahmen haben zwei Unterabsätze des Art. XX GATT eine hervorgehobene Bedeutung. Dies ist zum einen Art. XX lit. b) GATT, der Maßnahmen zum Schutz von Menschen, Tieren, Pflanzen und Gesundheit zulässt, und zum anderen lit. g), der Maßnahmen zur Erhaltung erschöpflicher Naturschätze ermöglicht. Diese beiden Vorschriften sind kumulativ anwendbar.⁸⁷⁵

1. Rechtfertigung über Art. XX lit. b) GATT

a) Schutzbereich

Der Schutzbereich des Art. XX lit. b) GATT umfasst Maßnahmen zum Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen. Entscheidend ist daher die Zielsetzung des Grenzausgleiches. Dies ist bei dessen Ausgestaltung stets zu berücksichtigen. Der Schutz des Klimas der Erde muss daher im Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich als Ziel des Vorhabens definiert und hervorgehoben werden. Nur wenn das Gesetz dieses Ziel tatsächlich bezweckt und nicht bloß unter dem Deckmantel des Umweltschutzes protektionistische Ziele fördert, ist eine Rechtfertigung überhaupt denkbar.

Der „Schutz“ („protection“) bestimmter Güter setzt begriffsnotwendig das Bestehen einer objektiven Gefahr für das betroffene Gut voraus.⁸⁷⁶ Diese Gefährdung ist im Streitbeilegungsverfahren durch wissenschaftlich fundierte Expertenaussagen nachzuweisen (sog. *Science-Test*).⁸⁷⁷ Ausreichend ist nicht eine allgemeine Umweltgefährdung, vielmehr muss eine konkrete Gefährdung der genannten Rechtsgüter nachgewiesen werden.⁸⁷⁸ Eine solche Gefährdung durch den Klimawandel wird durch sachverständige Gutachten mit hinreichender wissenschaftlicher Fundiertheit belegt: Die Weltgesundheitsorganisation bestätigt eine Verknüpfung des Klimawandels mit dem steigenden Risiko gravierender Gesundheitsprobleme und Volkskrankheiten.⁸⁷⁹ Auch der Synthesebericht des Weltklimarates der Vereinten Nationen⁸⁸⁰ hat eine Vielzahl von Bedrohungen durch den Klimawandel festgestellt: „Es ist *wahrscheinlich*, dass die Widerstandsfähigkeit zahlreicher Ökosysteme in diesem Jahrhundert [...] überschrit-

875 Herrmann/Weiß/Ohler, Welthandelsrecht, Rn. 527.

876 Panel, EC-Asbestos, para. 8.184.

877 Panel, EC-Asbestos, para. 8.182.

878 Panel, Brazil-Retreaded Tyres, para. 7.46.

879 Bulletin der Weltgesundheitsorganisation, Global Climate Change: Implications for International Public Health Policy (2007). Abrufbar unter <http://www.who.int/bulletin/volumes/85/3/06-039503/en/index.html>. Zuletzt besucht am 24. April 2012.

880 Vgl. zum Eigenverständnis des IPCC: <http://www.de-ipcc.de/de/119.php>. Zuletzt besucht: 24. April 2012.

ten wird“ und „bei einem Anstieg der mittleren globalen Temperatur um mehr als 1,5-2,5 °C ist ein erhöhtes Risiko auszusterben für ca. 20-30 % der bisher untersuchten Tier- und Pflanzenarten wahrscheinlich“. Weiter heißt es: „Es wird projiziert, dass der Gesundheitszustand von Millionen von Menschen in Mitleidenschaft gezogen werden wird durch z. B: wachsende Unterernährung; erhöhte Sterblichkeit, mehr Erkrankungen und Verletzungen aufgrund von extremen Wetterereignissen; erhöhte Belastung von Durchfallerkrankungen [...].“⁸⁸¹ Daneben erkennen auch die Klimarahmenkonvention und das Kyoto-Protokoll an, dass sich die Klimaerwärmung „auf die natürlichen Ökosysteme und die Menschen nachteilig auswirken kann“⁸⁸². Dies dient ebenfalls als Indiz für das Bestehen einer relevanten Gefahr für die genannten Güter.⁸⁸³ Es handelt sich hierbei um wissenschaftliche Erkenntnisse auf der Höhe der Zeit, die nach den einschlägigen Regeln der Kunst gewonnen worden sind. Insofern ist anzuerkennen, dass die Auswirkungen des Klimawandels eine ernstzunehmende Gefahr für Menschen, Tiere und Pflanzen darstellen.

Ist eine Gefährdung der Schutzgüter des Art. XX lit. b) GATT belegt, ist entscheidend, dass der importbezogene Grenzausgleich den Schutz der enummrierten Rechtsgüter bezweckt. Dieser Nachweis kann sich problematisch gestalten, da sich ein Grenzausgleich erst mittelbar als Schutzmechanismus für Menschen, Tieren und Pflanzen auswirkt. In erster Linie bezweckt er die Verhinderung von Klimabelastungen durch CO₂-Emissionen, die Schutzgüter des Art. XX lit. b) GATT profitieren erst über eine zwischengeschaltete Kausalkette von den prognostizierten Effekten eines Grenzausgleichs. Der Appellate Body hat sich in der Sache *US – Shrimp* gegen den (bis dahin umstrittenen)⁸⁸⁴ Auslegungsgrundsatz *singularia non sunt extendenda*⁸⁸⁵ ausgesprochen und betont, dass die miteinander kollidierenden Belange im Wege praktischer Konkordanz im Einzelfall zum Ausgleich zu bringen sind.⁸⁸⁶ Im Sinne einer dynamischen Auslegung sind daher die in der Klimarahmenkonvention und dem Kyoto-Protokoll zum Ausdruck gebrachten Sorgen der Weltgemeinschaft bei der Auslegung des Schutzbereiches zu berücksichtigen. Im Ergebnis sind daher mittel-

881 IPCC (Hg.), Klimaänderungen – Synthesebericht, S. 52f.

882 2. Erwägungsgrund der Präambel der UNFCCC.

883 Zu der Möglichkeit des Rückschlusses von dem Bestehen einer vertraglichen Regelung auf das Bestehen eines Problems vgl. Marceau, JWT 35 (2001) 5, 1081 (1097).

884 Vgl. statt vieler: Puth, WTO und Umwelt, S. 194ff; 296f.

885 Entsprechende Hinweise finden sich in älteren Panel-Berichten (z. B. Panel, Canada-FIRA, para. 5.20; Panel, US-Section 337, para. 5.9) und der Literatur (vgl. z. B. Mattoo/Mavroidis in: Petersmann (Hg.), Studies in Transnational Economic Law, Vol. 11, 325 (334).

886 AB, US-Shrimp, para. 156.

bare Schutzmaßnahmen vom Schutzbereich des Art. XX lit. b) GATT erfasst. Diese Auslegung ist im Sinne des umweltrechtlich verankerten Vorsorgeprinzips⁸⁸⁷ und steht im Einklang mit dem Wortlaut der Norm, der das erforderliche Näheverhältnis zwischen Schutzgut und Maßnahme nicht näher spezifiziert. Diese Vorgehensweise ist auch praktikabel. Im Gegensatz dazu ist es unmöglich, den unmittelbaren Schutz eindeutig von dem mittelbaren abzugrenzen. Dieses umfassende Begriffsverständnis ist daher auch nahezu einhellig anerkannt.⁸⁸⁸ Tragendes Argument dafür ist auch, dass komplexe Umweltprobleme häufig nur durch ein Zusammenspiel verschiedener Maßnahmen wirkungsvoll bekämpft werden könnten und regelmäßig die Synergieeffekte den entscheidenden Beitrag zur Zielerreichung leisten.⁸⁸⁹

Da der Grenzausgleich primär den Schutz der Erdatmosphäre, also eines globalen Umweltgutes, das sich größtenteils auf ein Gebiet außerhalb der Gesetzgebungshoheit des regulierenden Staates erstreckt, bezweckt, stellt sich umfassende Frage nach der räumlichen Reichweite des Schutzbereichs des Art. XX lit. b) GATT. Die diesbezügliche Meinungsvielfalt ist weitreichend und das letzte Wort in dieser Sache ist wohl noch nicht gesprochen. An dieser Stelle sollen nichtsdestotrotz nur knapp die zwei dominierenden gegensätzlichen Auffassungen dargestellt werden. Die restriktive Auffassung⁸⁹⁰, die von einem Verbot extraterritorialer Umweltschutzmaßnahmen ausgeht und einem Staat lediglich das Recht zuspricht, die „eigene“, d. h. inländische Umwelt zu schützen, wird insbesondere mit dem Argument der Staatensouveränität (Art. 2 Ziff. 1 UN-Charta) und dem darin enthaltenen Interventionsverbot für innere Angelegenheiten (sog. *Domaines Réservés*) eines fremden Staates begründet.⁸⁹¹ Die herrschende Gegenauffassung zeichnet sich durch eine großzügigere Sichtweise aus und bejaht die Zulässigkeit des Schutzes extraterritorialer Naturschätze unter der zusätzlichen Voraussetzung des Bestehens einer hinreichenden Verbindung zwischen dem Schutzgut und dem handelndem Staat (sog. *sufficient Nexus*).⁸⁹² Begrün-

887 Epiney, DVBl 2000, 77 (81).

888 Epiney, DVBl 2000, 77 (81); Thiedemann, WTO und Umwelt, S. 116f; Puth in: Hilf/Oeter (Hg.), WTO-Recht, § 25 Rn. 33; UBA (Hg.), Climate Change 05/08, S. 23f; Weiher, Nationaler Umweltschutz und Internationaler Warenverkehr, S. 134. Ablehnend jedoch: Schmidt/Kahl in: Rengeling (Hg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Bd. II, 2.Teilbd., § 89 Rn. 105.

889 AB, Brazil-Retreaded Tyres, para. 151.

890 Puth in: Hilf/Oeter (Hg.), WTO-Recht, § 25 Rn. 31; Jackson, The World Trading System, S. 236f; Panel, EC-Tariff Preferences, para. 7.210.

891 Puth in: Hilf/Oeter (Hg.), WTO-Recht, § 25 Rn. 31.

892 Vertreten durch: Altemöller, RabelsZ 64 (2000), 213 (243f); Schmidt/Kahl in: Rengeling (Hg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Bd. II, 2.Teilbd.,

den lässt sich diese Auffassung mit einer Vielzahl von Argumenten: Auf der allgemeinen völkerrechtlichen Argumentationsebene wird vorgebracht, dass dem Grundsatz der territorialen Souveränität der Grundsatz der territorialen Integrität des regulierenden Staates gegenübersteht. Die Interessen beider Staaten seien daher, sofern ein Anknüpfungspunkt zwischen dem Regelungsgegenstand und der Regelung besteht, in Einklang und zu einem Ausgleich zu bringen.⁸⁹³ Daneben dient der Wortlaut des Art. XX lit. b) GATT, dem sich kein Hinweis für eine Einschränkung des Schutzes auf „nationale“ Güter entnehmen lässt, für die weite Auslegung. Verwiesen wird zudem auf die Vielzahl verschiedener Wechselwirkungen von Umweltverschmutzungen. Aufgrund der Komplexität der Ökosysteme sind von diesen potentiell verschiedene Staaten betroffen, da die Auswirkungen nicht an der Grenze halt machen, sondern regelmäßig grenzüberschreitende oder sogar globale Folgen verursachen.⁸⁹⁴ Da schließlich das Prinzip der nachhaltigen Entwicklung Eingang in die Präambel des WTO-Übereinkommens gefunden hat, muss die Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen außerhalb des eigenen Territoriums vom Schutzbereich des Art. XX lit. b) GATT erfasst sein.

Die zur Einbeziehung extraterritorialer Güter erforderliche hinreichende Verbindung zwischen Schutzgut und dem regulierenden Staat ist zu bejahen, wenn ein Global Common, wie das Weltklima, betroffen ist und sich die Folgen dieser Umweltschädigung langfristig auch auf die Gesundheit und das Leben von Menschen, Tieren und Pflanzen in dem regulierenden Staat auswirken.⁸⁹⁵ Der Verweis auf die Souveränität des Verschmutzerstaates erscheint in diesen Fällen schon deshalb verfehlt, da in diesen Fällen auch der durch die Klimaverschmutzung betroffene Staat seine Souveränitätsrechte geltend machen und daraus das Recht zur Festsetzung eigener Umweltstandards ableiten kann.

Nach all dem ist davon auszugehen, dass im Falle des Rückgriffs auf Art. XX lit. b) GATT zur Rechtfertigung eines klimaschutzbezogenen Grenzausgleichs der Schutzbereich eröffnet ist.

§ 89 Rn. 110; Epiney, DVBl. 2000, 77 (82); Diem, Freihandel und Umweltschutz, S. 115f; UBA (Hg.), Climate Change 05/08, S. 23f.

893 Kluttig in: Tietje/Kraft (Hg.), Arbeitspapiere aus dem Institut für Wirtschaftsrecht, Heft 12, S. 26.

894 Epiney, DVBl. 2000, 77 (82).

895 So auch Ministry of Foreign Affairs (Hg.), Unilateral Measures Addressing Non-Trade Concerns, S. 95f.

b) *Link-Anforderung („necessary“)*

Eine größere Herausforderung ist im Rahmen der Rechtfertigung eines klimaschutzmotivierten Grenzausgleichs durch Art. XX lit. b) GATT die Etablierung der Notwendigkeit der Maßnahme. Das Tatbestandsmerkmal der Notwendigkeit setzt voraus, dass Maßnahme und verfolgtes Schutzziel nicht beziehungslos nebeneinanderstehen, sondern einen Bezug zueinander aufweisen. Gefordert wird nicht die Notwendigkeit der politischen Zielsetzung,⁸⁹⁶ sondern die Notwendigkeit der ergriffenen Maßnahme, um die im Ermessen des Staates stehende Zielsetzung, d. h. den Schutz von Leben und Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen, zu erreichen.⁸⁹⁷

Die Auslegung des Tatbestandsmerkmals war Gegenstand verschiedener WTO-Verfahren und hat sich im Laufe der Zeit zunehmend gewandelt. Anerkannt, wenn auch nicht unumstritten,⁸⁹⁸ ist das Begriffsverständnis, das der Appellate Body seinen Ausführungen in der Sache *Brazil – Retreaded Tyres* zugrunde legte: „[...] in order to determine whether a measure is 'necessary' within the meaning of Article XX(b) of the GATT 1994, a panel must consider the relevant factors, particularly the importance of the interests or values at stake, the extent of the contribution to the achievement of the measure's objective, and its trade restrictiveness. If this analysis yields a preliminary conclusion that the measure is necessary, this result must be confirmed by comparing the measure with possible alternatives, which may be less trade restrictive while providing an equivalent contribution to the achievement of the objective. This comparison should be carried out in the light of the importance of the interests or values at stake. It is through this process that a panel determines whether a measure is necessary.“⁸⁹⁹ Kurz zusammengefasst werden für die Bestimmung der Notwendigkeit demnach drei Kriterien relevant: erstens die Bedeutung des gefährdeten Rechtsgutes, zweitens der Beitrag, den die ergriffene Maßnahme zur Erreichung des Ziels leisten kann und drittens das Ausmaß der handelsbeschränkenden Wirkung der Maßnahme. Diese drei Faktoren sind mit- und gegeneinander abzuwägen. Sollte eine Alternative denkbar sein, die zur Zielerreichung gleich geeignet aber weniger handelsbeschränkend ist und deren Ergreifen vernünftigerweise erwartet

896 Die Angemessenheit der Schutzpolitik und des Schutzniveaus wird durch die Streitbeilegungsorgane nicht überprüft. Insofern steht den Mitgliedstaaten ein weitreichender Gestaltungsfreiraum zu. Vgl. AB, EC-Asbestos, para. 168.

897 Panel, US-Gasoline, para. 6.22.

898 A. A. vertreten z. B. durch Puth in: Hilf/Oeter (Hg.), WTO-Recht, § 25 Rn. 34 der einen weiteren Ansatz der Notwendigkeit in Form einer Geeignetheitsprüfung vertritt und die genauere Überprüfung in den Chapeau verlagert.

899 AB, Brazil-Retreaded Tyres, para. 178 mit Verweis auf AB, US-Gambling, para. 307.

werden kann, ist die Notwendigkeit der Maßnahme zu verneinen. Integriert in das Notwendigkeitskriterium ist dadurch der sog. *Least Trade-Restrictive Test*, der zu Zeiten des GATT 1949 als strikte Ausformung der Notwendigkeit Bestand hatte.⁹⁰⁰ Insgesamt gestaltet sich die Überprüfung somit als ein „weighting and balancing process“⁹⁰¹ zur Herstellung einer angemessenen Zweck-Mittel-Relation. Das dadurch ein flexibler Maßstab geschaffen wird, verdeutlichte der Appellate Body in *Korea – Beef* mit folgenden Worten: „We believe that, as used in the context of Article XX (d), the reach of the word 'necessary' is not limited to that which is 'indispensable' or 'of absolute necessity' or 'inevitable'. [...] As used in Article XX(d), the term 'necessary' refers, in our view, to a range of degrees of necessity. At one end of this continuum lies 'necessary' understood as 'indispensable'; at the other end, is 'necessary' taken to mean as 'making a contribution to.'“⁹⁰² Diese Ausführungen bezogen sich zwar originär auf das Notwendigkeitserfordernis des Art. XX lit. d) GATT, lassen sie sich jedoch auch auf Art. XX lit. b) GATT übertragen. So verwies der Appellate Body in *EC – Asbestos*⁹⁰³ auf die in *Korea – Beef* zu Art. XX lit. d) getroffene Aussage, dass „the more vital or important those common interests or values are, the easier it would be to accept as 'necessary' a measure designed as an enforcement instrument“.⁹⁰⁴

Zur Überprüfung der Notwendigkeit eines klimaschutzmotivierten Grenzausgleichs für den Schutz der genannten Rechtsgüter ist der Reihe nach auf die drei genannten Kriterien einzugehen:

Zunächst ist die Bedeutung des gefährdeten Gutes festzulegen. Der Klimawandel ist eine „ernsthafte globale Bedrohung“ und „beeinflusst die Grundelemente des Lebens der Menschen in der ganzen Welt – Zugang zu Wasser, Lebensmittelproduktion, Gesundheit und die Umwelt. Hunderte Millionen Menschen könnten Hunger, Wasserknappheit und Küstenüberflutungen erleiden, während sich die Welt erwärmt.“⁹⁰⁵ Bedroht sind die Lebensgrundlagen der gesamten Menschheit und zugleich die Ökosysteme von Tieren und Pflanzen. Da der Ap-

900 Z. B. in Panel, *Thailand-Cigarettes* (GATT), para. 75; Panel, *US-Section 337*, para. 5.26. Diese enge Auslegung des Erfordernisses erscheint allein deshalb unangebracht, da die Anforderungen zum Schutz von Menschenleben dann höher wären als die für den Schutz von natürlichen Ressourcen i.S.d. Art. XX lit. g) GATT. Vgl. Chow/Schoenbaum, *International Trade Law*, S. 516.

901 AB, *Korea-Beef*, para. 166.

902 AB, *Korea-Beef*, para. 161.

903 AB, *EC-Asbestos*, para. 172.

904 AB, *Korea-Beef*, para. 162.

905 Stern, *Stern Review on the Economics of Climate Change*, Zusammenfassung der Schlussfolgerungen, S. vi.

pellate Body in der Sache *EC – Asbestos* den Lebensschutz als einen Wert „both vital and important in the highest degree“ beschrieb,⁹⁰⁶ stellt der Schutzzweck eines klimaschutzmotivierten Grenzausgleichs, der langfristig die Sicherung der natürlichen Lebensgrundlagen und damit den Lebensschutz von Mensch, Tier und Pflanzen bezweckt, ein besonders bedeutungsvolles Schutzziel dar. Zudem ist der Umweltschutz als „important“, d. h. wichtiges Schutzziel durch das Panel und den Appellate Body in *Brazil – Retreaded Tyres* bewertet worden.⁹⁰⁷

Das zweite maßgebliche Element ist der Beitrag der Maßnahme zur Erreichung des Schutzzweckes. Es wird vorausgesetzt, dass die Maßnahme das Ziel fördert. „A contribution exists when there is a genuine relationship of ends and means between the objective pursued and the measure at issue. [...] [The] contribution to the achievement of the objective must be material, not merely marginal or insignificant [...]“. ⁹⁰⁸ Entscheidend ist unter Berücksichtigung dieser Ausführungen des Appellate Body die ökologische Effizienz eines klimaschutzbedingten Grenzausgleichs. Tatsächlich lassen sich fünf potentielle positive ökologische Effekte eines Grenzausgleiches nennen. So kann ein Grenzausgleich u. a. Anreize für Exportstaaten und die dort ansässigen Produzenten setzen, anspruchsvollere Klimaschutzinstrumente einzusetzen bzw. klimaschonender zu produzieren. Hervorgehobene Bedeutung wird dabei stets dem Argument der Verhinderung der Gefahr des *Carbon Leakage* zugesprochen. Doch die Wirkungsweise eines Grenzausgleichs ist nicht unumstritten. Inwiefern ein Grenzausgleich wirklich zur Verhinderung des Phänomens *Carbon Leakage* beitragen kann ist nicht abschließend geklärt. Selbst wenn man *Carbon Leakage* grundsätzlich als ökologische Gefahr bewertet, lässt sich keine allgemein gültige Aussage über die Wirkungsweise des Grenzausgleichs treffen, da seine Effizienz von einer Vielzahl von Faktoren bei der konkreten Ausgestaltung (wie z. B. der Berechnungsmethode und des Anwendungsbereichs) beeinflusst wird und daher von Fall zu Fall variiert.⁹⁰⁹ Berechnungen zu den verschiedenen Konstellationen haben gezeigt, dass Emissionsverlagerungen nur partiell durch einen Grenzausgleich verhindert werden können. Gerade in Fällen einer sektoralen Anwendung eines Grenzausgleichs sind tendenziell solche Produkte betroffen, die nicht primär *Carbon Leakage*-gefährdet sind.⁹¹⁰ Obwohl die ökologische Effizienz nach all dem nicht überbewertet werden darf, besteht Einigkeit, dass ein Grenzausgleich bei ange-

906 AB, *EC-Asbestos*, para. 172.

907 AB, *Brazil-Retreaded Tyres*, para. 179 mit Verweis. auf den Panel Report, *Brazil-Retreaded Tyres*, para. 7.112

908 AB, *Brazil-Retreaded Tyres*, para. 210.

909 Vgl. nur: Reinaud, *Issues behind Competitiveness and Carbon Leakage*, S. 88.

910 McKibben/Wilcoxon in: Brainard/Sorkin (Hg.), *Climate Change, Trade and Competitiveness*, S. 2.

messener Ausgestaltung einen wirksamen Beitrag zur Verhinderung des Problems darstellen kann.⁹¹¹ Daher ist zu bejahen, dass der Grenzausgleich zur Verbesserung des weltweiten Klimas geeignet ist und langfristig einen Beitrag zum Schutz von Leben und Gesundheit der genannten Rechtsgüter leistet. Die weiterhin bestehenden Ungewissheiten bezüglich der Wirkungsweise können in Anbetracht der Komplexität des Klimawandels nicht zu hoch bewertet werden. So führte der Appellate Body in *Brazil – Retreaded Tyres* aus: „We recognize that certain complex [...] environmental problems may be tackled only with a comprehensive policy comprising a multiplicity of interacting measures. In the short-term, it may prove difficult to isolate the contribution to [...] environmental objectives of one specific measure from those attributable to the other measures that are part of the same comprehensive policy. Moreover, the results obtained from certain actions – for instance, measures adopted in order to attenuate global warming and climate change [...] can only be evaluated with the benefit of time.“⁹¹² Da es sich bei dem klimaschutzmotivierten Grenzausgleich nur um einen Teil einer komplexen Klimaschutzpolitik handelt und sich die (Miss-)Erfolge der einzelnen Maßnahmen erst im Laufe der Zeit offenbaren werden, darf kein allzu strenger Maßstab hinsichtlich der Effizienz der Maßnahme angelegt werden. Schließlich ist zu bedenken, dass ein Grenzausgleich die Einführung stringenter nationaler Klimaschutzpolitiken politisch erleichtert und damit indirekt Folgeeffekte auslöst.⁹¹³ Da nach dem Stern Review „eine gut durchgedachte Klimapolitik [...] zur Reduzierung von Krankheiten und Sterblichkeit aufgrund von Luftverschmutzung und zur Erhaltung von Wäldern [...], die einen erheblichen Anteil an der Biodiversität der Welt haben können“⁹¹⁴, beitragen kann, ist das Bestehen eines Beitrages zur Erreichung des Schutzzieles des Art. XX lit. b) GATT zu bejahen.

Während sich das Kriterium des prognostizierten Beitrages anhand der ökologischen Effizienz eines Grenzausgleichs bemaß, wird für das dritte Kriterium die ökonomische Wirkungsweise des Instrumentes relevant. Beide Faktoren sind eng miteinander verknüpft. Es ist daher nicht verwunderlich, dass auch die handelsbeschränkende Wirkung von der konkreten Ausgestaltung abhängt und ebenso umstritten ist. Während beispielsweise *McKibben* und *Wilcoxon* zu dem

911 McKibben/Wilcoxon in: Brainard/Sorkin (Hg.), *Climate Change, Trade and Competitiveness*, S. 23; Reinaud, *Issues behind Competitiveness and Carbon Leakage*, S. 87 m.w.N.; Peterson/Schleich, *Working Paper Sustainability and Innovation* Nr. S1/2007, S. 18ff; Ismer/Neuhoff, *EJLE* 24 (2007) 1, 137 (142ff).

912 AB, *Brazil-Retreaded Tyres*, para. 151.

913 Vgl. dazu Kapitel 2. B. I. 2. („price for passage“).

914 Stern, *Stern Review on the Economics of Climate Change*, Zusammenfassung der Schlussfolgerungen, S. xviii.

Ergebnis kommen, Grenzausgleiche „have little effect on import-competitive industries“⁹¹⁵, besteht nach dem OECD-Roundtable Bericht Ungewissheit darüber, ob ein Grenzausgleich die wettbewerblichen Nachteile inländischer Industrien tatsächlich minimieren kann.⁹¹⁶ Wenn jedoch die positiven Effekte für die einheimische Wirtschaft nur gering sind, kann auch die handelsverzerrende und -beschränkende Wirkung eines Grenzausgleichs nicht stark ins Gewicht fallen. Der Grenzausgleich stellt zudem „lediglich“ ein tarifäres Hemmnis und keine mengenmäßige Beschränkung dar. Solange die Abfertigung bei der Einfuhr keine besonderen administrativen Hindernisse bereitet, dürften die handelsbeschränkenden Wirkungen der Maßnahme daher insgesamt als nur durchschnittlich bewertet werden.

Um das Kriterium der Notwendigkeit abschließend beurteilen zu können, müssen die bisher gesondert untersuchten drei Kriterien in Relation zueinander gesetzt werden. Wie herausgearbeitet handelt es sich bei den gefährdeten Rechtsgütern um solche mit enormem Stellenwert. Ein Grenzausgleich ist geeignet ist, Schutz dieser Güter zu fördern und zeigt dabei eine verhältnismäßig geringe handelsbeschränkende Wirkung. Diese drei Faktoren erzeugen einen vergleichsweise niedrige Hürde,⁹¹⁷ so dass die Einführung des klimaschutzmotivierten Grenzausgleichs grundsätzlich als notwendige Maßnahme zur Erreichung des Schutzzweckes des Art. XX lit. b) GATT zu bewerten ist. Dieses vorläufige Ergebnis ist nunmehr der Kontrolle zu unterziehen: Kann von dem regulierenden Staat vernünftigerweise erwartet werden, eine andere, gleichermaßen geeignete Maßnahme zu ergreifen, die weniger handelsbeschränkend ist?⁹¹⁸ Weniger handelsbeschränkend wird hierbei in den Ausführungen der Streitbeilegungsorgane mit „in stärkerem Einklang mit dem GATT stehend“ gleichgesetzt. Vernünftigerweise kann vom handelnden Staat eine Alternativmaßnahme erwartet werden, solange diese unter Berücksichtigung der staatlichen finanziellen und technischen Ressourcen als zumutbar und sinnvoll zu bewerten ist.⁹¹⁹

915 McKibben/Wilcoxon in: Brainard/Sorkin (Hg.), *Climate Change, Trade and Competitiveness*, S. 23.

916 OECD, *OECD Round Table on Sustainable Development – Border Carbon Adjustment and Free Allowances: Responding to Competitiveness and Leakage Concerns*, SG/SD/RT (2009) 8 v. 23.7.2009, Rn. 175.

917 AB, *Korea-Beef*, para. 163: „Another aspect is the extent to which the compliance measure produces restrictive effects on international commerce, that is, in respect of a measure inconsistent with Article III:4, restrictive effects on imported goods. A measure with a relatively slight impact upon imported products might more easily be considered as "necessary" than a measure with intense or broader restrictive effects.“

918 AB, *Brazil-Retreaded Tyres*, para. 178; AB, *US-Gambling*, para. 307; AB, *EC-Asbestos*, para. 172; Panel, *Brazil-Retreaded Tyres*, para. 7.152 mit Fn. 1279.

919 UBA (Hg.), *Climate Change 05/08*, S. 3.

Der agierende Staat ist daher nicht verpflichtet, Abstriche hinsichtlich des angestrebten Schutzniveaus zu vollziehen. In dessen Bestimmung ist er gänzlich frei.⁹²⁰ Die Beweislast für das Bestehen der Alternativmaßnahme liegt zudem bei der klagenden Seite.⁹²¹

Weitergehende nationale Maßnahmen zur Verteuerung von CO₂ stellen keine taugliche Alternative zum Grenzausgleich dar. Sie sind nicht vernünftigerweise zu erwarten. Durch eine zusätzliche Preissteigerung vor Ort würde der Anreiz für *Carbon Leakage* gesteigert. Zudem ist fraglich, ob entsprechende Maßnahmen der Regierung politisch überhaupt durchsetzbar wären.

Als taugliche Maßnahme kommen somit allein Maßnahmen in Betracht, die zu einer Preisangleichung bzw. einem *level playing field* führen. Besser geeignet in diesem Sinne wäre der Abschluss eines ambitionierten Nachfolgeabkommens für das Kyoto-Protokoll, in dem sich alle Staaten verbindlich zu einschneidenden CO₂-Einsparungen und damit implizit zu einer Bepreisung verpflichten.⁹²² Ein solcher Abschluss und die Durchsetzung des Übereinkommens stehen jedoch nicht in der Macht eines einzelnen Staates. Die Schwierigkeiten der Implementierung einer Maßnahme müssen bei deren Bewertung als Gegenvorschlag mit in Betracht gezogen werden.⁹²³ Im Hinblick auf den Abschluss eines multilateralen Vertrages führte der Appellate Body aus: „the conclusion of an international agreement might nevertheless not be possible despite the serious, good faith efforts [...]. Requiring that a multilateral agreement be *concluded* [...] would mean that any country party to the negotiations [...] would have, in effect, a veto [...]. Such a requirement would not be reasonable.“⁹²⁴ Diese Feststellung des Appellate Bodys erfolgte im Rahmen der Überprüfung der *Chapeau*-Klausel, hat aber nichtsdestotrotz allgemeine Gültigkeit. Der Verweis auf eine internationale Lösung darf den Klimaschutz nicht langfristig hemmen. Ansonsten wäre es möglich, dass einzelne Staaten durch ihre Weigerung ein Handeln der Weltgemeinschaft dauerhaft blockieren können. Dies ist nicht zielführend. Die Frage nach der Durchführung von Einigungsverhandlungen auf internationaler Ebene ist daher im Rahmen der *Chapeau*-Klausel zu behandeln.⁹²⁵

920 AB, Brazil-Retreaded Tyres, para. 156 mit Verweis auf AB, US-Gambling, para. 308.

921 AB, Brazil-Retreaded Tyres, para. 156 mit Verweis auf AB, US-Gambling, para. 311.

922 Die bessere Eignung der Maßnahme würde auch davon abhängen, wie handelsbeschränkend ein solches multilaterales Klimaabkommen ausgestaltet ist.

923 AB, EC-Asbestos, para. 174.

924 AB, US-Shrimp (21.5), para. 123.

925 Dies entspricht auch der Vorgehensweise des Appellate Body in US-Shrimp und US-Gasoline. Andererseits prüfte der Appellate Body ein solches Kriterium nicht in EC-Asbestos und US-Gambling. Daraus wird teilweise eine Unterscheidung des Maßstabes

Auch die Möglichkeit von Kennzeichnungen und Zertifizierungen von staatlicher Seite ist zu überprüfen. Bei Kennzeichnungen und Zertifizierungen handelt es sich um marktorientierte Instrumente, die den Konsumenten Informationen über die Umweltwirkungen bzw. das Produktionsverfahren einer Ware liefern können.⁹²⁶ Die handelsbeschränkende Wirkung hängt von der konkreten Ausgestaltung der Umweltkennzeichnungen im Einzelfall ab. Kennzeichnungen stellen jedoch unabhängig von der Größe der handelshemmenden Wirkung keine taugliche Alternative dar. Da die Kennzeichnung allein an das Umweltbewusstsein der Verbraucher appelliert und keine Angleichung der Kosten zur Folge hat, ist nicht belegt, dass sie eine vergleichbare Wirkung erzielt. Untersuchungen haben gezeigt, dass trotz steigendem Umweltbewusstsein, bei der Kaufentscheidung regelmäßig der Preis der entscheidende Faktor ist.⁹²⁷ Eine Maßnahme, die allein an das Bewusstsein des Verbrauchers appelliert, kann daher nicht die gleiche Wirkungskraft wie die Internalisierung des CO₂-Verbrauchs mit der eine Preissteigerung einhergeht entfalten.

Auch die Einführung von technischen Mindeststandards für Importprodukte stellt keine taugliche Handlungsalternative zu einem Grenzausgleich dar. Die Einführung von Mindeststandards bildet faktisch ein Importverbot für Waren, die den Anforderungen nicht genügen. Mindeststandards stellen daher eine schwerwiegende Markteintrittsbarriere dar,⁹²⁸ die den internationalen Handel stärker beschränken als eine Grenzausgleichsmaßnahme.

Auch im Lichte möglicher Handlungsalternativen kann daher daran festgehalten werden, dass die Einführung eines Grenzausgleichs als eine „notwendige“ Maßnahme i. S. d. Art XX lit. b) GATT zu bewerten ist. Es kann davon ausgegangen werden, dass ein Klimaschutzmotivierter Grenzausgleich ein notwendiges Mittel zur Erreichung der in Art. XX lit. b) GATT genannten Schutzziele ist. Er kann daher bei sorgsamer Ausgestaltung vorläufig gerechtfertigt sein.

2. Rechtfertigung über Art. XX (g) GATT

Nach Art. XX lit. g) GATT können Maßnahmen zur Erhaltung erschöpflicher natürlicher Ressourcen gerechtfertigt werden, wenn sie im Zusammenhang mit inländischen Beschränkungen der Produktion oder des Verbrauchs der betreffenden Ressourcen stehen. Die Rechtfertigung eines klimaschützenden Grenz-

des Chapeau im Hinblick auf Art. XX lit. g) und lit. b) GATT hergeleitet. Vgl. hierzu Condon, JIEL 12 (2009) 4, 895 (917ff.).

926 UBA (Hg.), UBA-Texte 75/03, S. 27.

927 Krapf/Wehlau, Artec-Paper Nr. 161, Mai 2009, S. 10.

928 UBA (Hg.), UBA-Texte 75/03, S. 21.

ausgleichs nach dieser Vorschrift setzt dreierlei voraus: erstens, das betroffene Rechtsgut muss eine erschöpfliche natürliche Ressource darstellen, zweitens, die Maßnahme muss in einem bestimmten Verhältnis zur Erhaltung des Gutes stehen („relates to“) und drittens, die Maßnahme muss einen Zusammenhang zu einer inländischen Beschränkung aufweisen.

a) Schutzbereich

Der Begriff der natürlichen Ressourcen bezeichnet den erschöpfbaren Reichtum der Natur und ist nach der Rechtsprechung des Appellate Body dynamisch auszulegen. Bei der Subsumption unter diesen Begriff sind daher die gegenwärtigen Interessen der Gesellschaft, deren Bestehen durch ihre Anerkennung in völkerrechtlichen Verträgen belegt werden kann, zu berücksichtigen.⁹²⁹ Dies bedingt eine insgesamt weite Auslegung. Auch lebende, d. h. erneuerbare bzw. sich reproduzierende Ressourcen (sog. *living resources*) können in den Schutzbereich des Art. XX lit. g) GATT fallen.⁹³⁰ Sogar reine Luft („clean air“) wurde von den Streitbeilegungsorganen als „erschöpfliche natürliche Ressource“ gewertet.⁹³¹ In Anbetracht der Bedeutung des Klimawandels, dem gleich mehrere internationale Abkommen mit nahezu universeller Geltung gewidmet sind, besteht weitgehende Einigkeit, dass die Erdatmosphäre, d. h. die gasförmige Hülle oberhalb der Erde, in den Schutzbereich des Art. XX lit. d) GATT fällt.⁹³² Weitere betroffene Schutzgüter sind die Rechtsgüter, die langfristig durch die Folgen des Klimawandels bedroht sind. Hierzu gehören beispielsweise die Wälder, die Artenvielfalt und die Vielfalt der Ökosysteme (sog. Biodiversität).

Diese Rechtsgüter weisen einen hinreichenden territorialen Bezug zu dem regulierenden Staat auf. Dass sie nur partiell dem staatseigenen Hoheitsgebietes zuzuordnen sind ist insofern unschädlich. Ein hinreichender Bezug bzw. *sufficient nexus* ist zumindest im Hinblick auf globale Umweltgüter, d. h. beispielsweise die Erdatmosphäre und die Artenvielfalt, anerkannt, da diese Güter alle Staaten gemeinsam betreffen und jedem einzelnen Staat an diesen ein legitimes nutzungsrechtliches Interesse zukommt.⁹³³

929 AB, US-Shrimp, para. 129ff.

930 AB, US-Shrimp, para. 128ff.

931 AB, US-Gasoline, S. 13.

932 Pauwelyn, NI WP 07/02, S. 35; Wiers, CCLR 2008 (1), 18 (25); Quick, GTCJ 3 (2008) 5, 163 (172); Bordoff, in: Brainard/Sorkin (Hg.), Climate Change, Trade and Competitiveness, 35 (50); O'Brien, JWT 43 (2009) 5, 1094 (1110); Condon, JIEL 12 (2009) 4, 895 (912). Bacchus, Questions in Search of Answers: Trade, Climate Change, and the Rule of Law, S. 11. Hierbei handelt es sich auch um etwas anderes als die Ozonschicht.

933 Puth in: Hilf/Oeter (Hg.), WTO-Recht, § 25 Rn. 35.

b) *Link-Anforderung („relates to“)*

Die Rechtfertigung nach Art. XX lit. g GATT setzt des Weiteren einen Zusammenhang zwischen der Maßnahme und dem Schutzzweck voraus („relating to“). Vorausgesetzt wird, dass das primäre Ziel der Maßnahme der Erhalt der benannten Schutzgüter ist („primarily aimed at conservation“).⁹³⁴ Konkret bedeutet dies, dass die Verbindung von Maßnahme und Schutzgut nicht rein zufällig oder bloß unbeabsichtigt sein darf („not merely incidentally or inadvertently“).⁹³⁵ Vielmehr ist ein nahes und echtes Verhältnis zwischen Mittel und Ziel („close and genuine relationship of ends and means“) erforderlich.⁹³⁶ Insgesamt ist die notwendige Zweck-Mittel-Korrelation im Rahmen des Art. XX lit. g) GATT somit geringer als im Hinblick auf Art. XX lit. b) GATT.

Die Rechtfertigung eines klimaschutzmotivierten Grenzausgleichs ist danach nur denkbar, wenn er primär auf die Erhaltung der Erdatmosphäre gerichtet ist und dies hinreichend zum Ausdruck bringt. Die Bewertung der Beziehung zwischen Mittel und Ziel erfolgt im Einzelfall, wobei Design und Struktur der Regelung zu berücksichtigen sind.⁹³⁷ Für die Ausgestaltung einer Grenzausgleichsmaßnahme ist es daher essentiell, dass der Anwendungsbereich eng gefasst und dem Schutzziel angepasst ist. Der Regelungszweck muss sich aus Struktur und Formulierung der Norm herauslesen lassen. Zwar wird im Regelfall von dem „declared purpose“ einer Maßnahme ausgegangen,⁹³⁸ Abweichungen sind aber gerade bei multiplen Zielsetzungen denkbar. In diesen Fällen ist es die Aufgabe der Streitbeilegungsorgane, auf normative Weise die Hauptintention der Maßnahme herauszuarbeiten.⁹³⁹ Gerade in Anbetracht des klassischen Verständnisses von Grenzausgleichsmaßnahmen als fiskalische, nicht aber als umweltpolitische Maßnahmen,⁹⁴⁰ muss daher der Hauptzweck des Ausgleichs als Klimaschutzinstrument intensiv betont werden.⁹⁴¹ Die Ausgestaltung muss klar erkennen lassen, dass die Verhinderung von *Carbon Leakage* in den Fokus der Gesetzgeber gerückt ist⁹⁴² und zugleich verfolgte wettbewerbspolitische Zie-

934 Panel, Canda-Herring and Salmon, para. 4.6.

935 AB, US-Gasoline, S. 19.

936 AB, US-Shrimp, para. 136.

937 AB, US-Shrimp, para. 141.

938 AB, US-Shrimp, para. 149.

939 Qin, Boston University International Law Journal 23 (2005) 2, 215 (237).

940 GATT, Working Party Report on Border Tax Adjustments, L/3464 (1970), para. 4.

941 Der Schutz der einheimischen Wirtschaft wird teilweise als einzige Motivation eines Grenzausgleichs gesehen und die Rechtfertigungsmöglichkeit daher grundsätzlich angezweifelt. Vgl. beispielsweise: Brack/Grubb/Windram, International Trade and Climate Change Policies, S. 88; Quick, GTCT 4 (2009) 11/12, 353 (354).

942 Ismer/Neuhoff, International Cooperation to Limit the Use of Border Adjustment, S. 3f.

len in den Hintergrund getreten sind. Die klimaschützende Motivation sollte daher ausdrücklich als primärer Beweggrund in die Gesetzesbegründung aufgenommen werden. Hierbei sollte eine neutrale Formulierung gewählt werden. Wertende Stellungnahme hinsichtlich der Klimaschutzbemühungen anderer Staaten sollten hingegen vermieden werden. Entsprechende Äußerungen könnten den Schluss zulassen, dass eine Abstrafung dieser Staaten motivations-schenkend gewesen sein könnte. Die Klimaschutzintention sollte auch in der Verwendung der Steuereinnahmen zum Ausdruck kommen. Während eine Investition der Gelder in Umwelt- oder Klimaschutzprojekte vor Ort oder in Entwicklungsländern eindeutig für eine umweltpolitische Zielsetzung spricht, würde die Subventionierung einheimischer Industrien eine protektionistische Grundhaltung des Gesetzgebers nahelegen. Die klimaschützende Verwendung der Einnahmen sollte daher gesetzlich festgeschrieben werden. Im Hinblick auf die konkrete Ausgestaltung der Regelung ist anzuraten, den Anwendungsbereich der Maßnahme auf bestimmte Produkte zu beschränken und diese Auswahl hinreichend zu begründen. Es muss für einen objektiven Dritten ersichtlich sein, wieso gerade die Erhebung eines Ausgleichs auf diese Waren dem Schutz der Erdatmosphäre dient. Durch die Auswahlkriterien sollte verdeutlicht werden, dass nicht die wettbewerbliche Stellung des Produktes, sondern dessen klimaschädliche Produktionsweise ausschlaggebend für die Aufnahme in die Liste ist. Schließlich kann die Anerkennung systemfremder Emissionszertifikate als positives Zeichen aufgefasst werden.⁹⁴³ Abschließend ist anzumerken, dass die Glaubwürdigkeit eines Grenzausgleichs als Instrument des Klimaschutzes auch von dem Engagement des Landes für den Klimaschutz im Allgemeinen abhängt. Nimmt ein Staat ohnehin eine Vorreiterrolle im Kampf gegen die globale Erwärmung ein und engagiert sich stringent auf unilateraler und multilateraler Ebene, wird es einem Streitbeilegungsorgan leichterfallen, in dem Grenzausgleich den Teil eines klimaschützenden Gesamtpaketes zu sehen. Führt jedoch ein Staat, der wirtschaftspolitische Schwerpunkte setzt und in den multilateralen Klimaverhandlungen durch Zurückhaltung auffällt, einen Grenzausgleich ein, wird es schwerer sein, ein Streitbeilegungsorgan von der hehren klimaschützenden Intention des Grenzausgleichs zu überzeugen.

Werden diese Hinweise bei der Ausarbeitung der Regelung beachtet, wird eine hinreichende Verbindung zwischen Mittel und Ziel zu bejahen sein. Unschädlich ist dann die begrenzte Wirkungskraft der Maßnahme, da ausreichend ist, dass sie überhaupt einen Beitrag zur Zielerreichung leistet. Es ist daher festzu-

943 Pauwelyn, Testimony Before the Subcommittee on Trade of the House Committee on Ways and Means, S. 14.

halten, dass es grundsätzlich denkbar ist, dass ein Klimaschutzmotivierter Grenzausgleich das Erfordernis des „relating to“ erfüllen kann.⁹⁴⁴

c) Ausgewogenheit der Maßnahme

Art. XX lit. g) GATT erfordert darüber hinaus, dass die konkrete Maßnahme im Zusammenhang mit inländischen Beschränkungen der Produktion oder des Verbrauchs der geschützten Ressource angewendet wird. Der Appellate Body hat hierin das Erfordernis der „even-handedness“ der Maßnahme gesehen, was sich mit Ausgewogenheit oder auch Unparteilichkeit der Maßnahme übersetzen lässt. Nicht nur die importierten, sondern auch inländische Waren müssen danach einer vergleichbaren Beschränkung, nicht jedoch einer identischen Behandlung, unterliegen.⁹⁴⁵

Auch die Einführung eines Grenzausgleichs muss mit entsprechenden innerstaatlichen Beschränkungen korrespondieren. Innerstaatliche Vorschriften müssen in einem vergleichbaren Umfang gelten und ihre Anwendung muss in der Praxis eine dem Grenzausgleich vergleichbare Wirkung erzeugen. Entscheidend ist die Internalisierung der CO₂-Kosten. Doch das Vorliegen einer vergleichbaren Beschränkung darf nicht allein vor dem Hintergrund der Hauptmotivation der Maßnahme, der Verhinderung von *Carbon Leakage*, bejaht werden. Zwar stellt sich das Problem der Emissionsabwanderung erst aufgrund der nationalen Bepreisung von CO₂,⁹⁴⁶ so dass die Ratio eines Grenzausgleichs praktisch voraussetzt, dass die Emissionen auch im Importland besteuert werden. Sofern das Ausgleichssteuerniveau der nationalen Belastung vergleichbar ist, spricht dies für die Ausgewogenheit der Maßnahme. Dass geringe Unterschiede in der Höhe unschädlich sind, folgt schon aus dem Regel-Ausnahme-Verhältnis von Art. III zu Art. XX lit. g) GATT. Würde eine Ungleichbehandlung i. S. d. Art. III GATT stets die Unausgewogenheit i. S. d. lit. d) GATT bedingen, könnte ein Verstoß gegen das Gebot der Inländerbehandlung niemals nach Art. XX lit. g) GATT gerechtfertigt werden. Aufgrund dieses flexiblen Vergleichsmaßstabes, der auf die Wirkung der Maßnahme abstellt, ist es auch unschädlich, dass die

944 So z. B. auch: Howse/Eliason in: Cottier/Nartova/Bigdeli (Hg.), *International Trade Regulation and the Mitigation of Climate Change*, 48 (72); UBA (Hg.), *Climate Change* 05/08, S. 27; Khrebtukova, *Washington & Lee Journal of Energy, Climate & the Environment* 1 (2010) 1, 107 (145); Bordoff in: Brainard/Sorkin (Hg.), *Climate Change, Trade and Competitiveness*, 35 (46); Pauwelyn, *NI WP* 07/02, S. 36.

945 AB, *US-Gasoline*, S. 21.

946 Daher sei es abwegig in den nationalen Instrumenten (Emissionshandel / CO₂-Steuer) keine entsprechende inländische Beschränkung zu sehen. Vgl. Holzer, *NCCR Climate Research Paper* 2010/06, S. 12; Bacchus, *Questions in Search of Answers: Trade, Climate Change, and the Rule of Law*, S. 11.

Belastung der inländischen Waren auf einer Produktionsstufe erfolgt, während die importierten Waren als Endprodukt belastet werden.⁹⁴⁷ In den Fällen der kostenpflichtigen Zertifikatszuteilung und der CO₂-Besteuerung im Inland ist bei einer angemessenen Ausgestaltung die endgültige Belastung vergleichbar.⁹⁴⁸

Anders gestaltet sich dies hingegen in den Fällen einer kostenfreien Zuteilung von Emissionszertifikaten. In *US – Gasoline* führte der Appellate Body aus: „if no restrictions on domestically-produced like products are imposed at all, and all limitations are placed upon imported products *alone*, the measures cannot be accepted [...]“⁹⁴⁹ Entscheidend ist daher auf der ersten Stufe, ob überhaupt eine Beschränkung der inländischen Produktion vorliegt. Nur wenn dies zu bejahen ist, ist auf der zweiten Stufe zu untersuchen, ob diese in ihren Wirkungen mit der Importbeschränkung vergleichbar ist. Die Verpflichteten sind unter einem Emissionshandelssystem verpflichtet, die erforderliche Anzahl von Emissionszertifikaten zum Ablauf einer Handelsperiode einzureichen. Auch bei kostenfreier Zuteilung stellt diese rechtliche Pflicht, deren Nichteinhaltung mit Strafzahlungen geahndet werden kann, eine Beschränkung dar. Dies belegt der Vergleich mit der Situation *ex ante*. Dass durch die kostenfreie Zuteilung nur Opportunitätskosten entstehen, ist auf der ersten Stufe außer Betracht zu lassen. Gleiches gilt für den Umstand, dass die Emittenten ihre Verpflichtung auch durch Emissionsreduktionen erfüllen können, da auch damit ein Aufwand verbunden ist. Erst auf der zweiten Stufe ist die Vergleichbarkeit der Beschränkung zu untersuchen. Werden den importierten im Gegensatz zu den intern produzierten Waren die Zertifikate kostenpflichtig zugeteilt, geht damit eine nicht vergleichbare Mehrbelastung einher. Zwar entstehen auch bei der kostenfreien Zuteilung gewisse Opportunitätskosten. Die Höhe dieser Kostenbelastung bleibt aber weit hinter der Belastung der importierten Waren zurück.⁹⁵⁰ Das Bestehen einer vergleichbaren inländischen Beschränkung ist insofern in diesen Fällen abzulehnen.

3. Zwischenergebnis

Eine vorläufige Rechtfertigung eines Klimagrenzausgleichs ist denkbar. Sowohl der Schutzbereich des Art. XX lit. b) GATT, als auch der des Art. XX lit. d)

947 Dies merkt Wiers an, vgl. ders., CCLR 1 (2008), 18 (25).

948 Wiers, CCLR 2 (2008) 1, 18 (25); Quick, GTCJ 3 (2008) 5, 163 (173); Ruddigkeit in: Tietje/Kraft (Hg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 89, S. 27; Pauwelyn, NI WP 07/02, S. 36; Shoyer, Background Analysis, S. 10f.

949 AB, US-Gasoline, S. 22.

950 Auch Quick, GTCJ 3 (2008) 5, 163 (173) lehnt daher die „even-handedness“ der Maßnahme ab.

GATT sind grundsätzlich eröffnet. Entscheidend ist jeweils die Zielsetzung des Grenzausgleichs. Der Schutz des Klimas der Erde muss daher im Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich als Ziel des Vorhabens definiert und hervorgehoben werden. Das Bestehen einer objektiven Gefährdung der nummerierten Güter wird u. a. durch den Synthesebericht des Weltklimarates der Vereinten Nationen festgestellt. Dass der Schutz erst mittelbar bezweckt wird, stellt kein Hindernis dar. Denn nur durch das Zusammenspiel verschiedener Handlungsansätze können komplexe Umweltprobleme wirkungsvoll bekämpft werden.

Die entscheidende Herausforderung bei der Ausgestaltung einer rechtfertigungsoffenen Regelung ist die Etablierung des erforderlichen Links zwischen Maßnahme und angestrebten Zweck („necessary“ bzw. „relates to“-Erfordernis).

Das Tatbestandsmerkmal der Notwendigkeit fordert die Notwendigkeit der ergriffenen Maßnahme, um die im Ermessen des Staates stehende Zielsetzung zu erreichen. Bei dieser Bewertung werden nach dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung drei Kriterien relevant: die Bedeutung des gefährdeten Rechtsgutes, der Beitrag, den die ergriffene Maßnahme zur Zielerreichung leisten kann und die handelsbeschränkende Wirkung der Maßnahme. Insgesamt gestaltet sich die Überprüfung als eine Abwägung zur Herstellung einer angemessenen Zweck-Mittel-Relation. In Anbetracht des besonders bedeutungsvollen Schutzziels des Grenzausgleichs, der die Sicherung der natürlichen Lebensgrundlagen und damit den Lebensschutz von Mensch, Tier und Pflanzen bezweckt, dürfen die Zweifel an den potentiellen positiven ökologischen Effekten nicht überbewertet werden. Da es sich bei einem klimaschutzmotivierten Grenzausgleich regelmäßig nur um einen Teil einer komplexen Klimaschutzpolitik handelt und sich die (Miss-)Erfolge der einzelnen Maßnahmen erst im Laufe der Zeit offenbaren werden, darf nämlich kein allzu strenger Maßstab hinsichtlich der Effizienz der Maßnahme angelegt werden. Da die handelsbeschränkende Wirkung der Maßnahme begrenzt ist, weil eine Grenzausgleichsmaßnahme „lediglich“ ein tarifäres Hemmnis darstellt, ergibt die abstrakte Abwägung, dass die Einführung eines Klimagrenzausgleichs grundsätzlich als notwendige Maßnahme zur Erreichung des Schutzzweckes des Art. XX lit. b) GATT zu bewerten sein kann. Eine Alternativmaßnahme, die unter Berücksichtigung der staatlichen finanziellen und technischen Ressourcen als zumutbar und sinnvoll zu bewerten ist, ist nicht ersichtlich. Insbesondere kann nicht der Abschluss eines ambitionierten Klimaschutzabkommens gefordert werden, da dessen Zustandekommen nicht im Machtbereich des regulierenden Staates steht.

Im Rahmen des Art. XX lit. g) GATT darf die Verbindung von Maßnahme und Schutzgut ebenfalls nicht rein zufällig oder bloß unbeabsichtigt sein. Vielmehr ist ein nahes und echtes Verhältnis zwischen Mittel und Ziel erforderlich. Inse-

samt sind die Anforderungen an die notwendige Zweck-Mittel-Korrelation aber geringer als im Hinblick auf Art. XX lit. b) GATT. Bei der Bewertung sind Design und Struktur der Regelung maßgeblich. Der Regelungszweck muss sich aus Struktur und Formulierung der Norm herauslesen lassen. Die Ausgestaltung der Grenzausgleichsmaßnahme muss daher klar erkennen lassen, dass die Verhinderung von *Carbon Leakage* im Mittelpunkt steht und wettbewerbspolitische Zielsetzungen verdrängen. Die klimaschützende Motivation sollte daher ausdrücklich als primärer Beweggrund in die Gesetzesbegründung aufgenommen werden. Art. XX lit. g) GATT erfordert darüber hinaus die Ausgewogenheit der Maßnahme: Nicht nur die importierten, sondern auch inländische Waren müssen einer vergleichbaren Beschränkung, nicht jedoch einer identischen Behandlung, unterliegen. Entscheidend bei der Bewertung ist die Internalisierung der CO₂-Kosten. Sofern das Ausgleichssteuerniveau der nationalen Belastung vergleichbar ist, spricht dies für die Ausgewogenheit der Maßnahme. Dass geringe Unterschiede in der Höhe unschädlich sind, folgt schon aus dem Regel-Ausnahme-Verhältnis von Art. III zu Art. XX lit. g) GATT. Werden die Zertifikate den inländisch produzierten Waren die Zertifikate hingegen kostenfrei zugeteilt, bleibt die Kostenbelastung trotz der Opportunitätskosten weit hinter der Belastung der importierten Waren zurück. Das Bestehen einer vergleichbaren inländischen Beschränkung und daher einer Rechtfertigungsmöglichkeit ist in diesen Fällen abzulehnen.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass bei achtsamer Ausgestaltung, bei der die umweltschützende Motivation des Instruments hinreichend zum Ausdruck gebracht wird, die Einführung eines Grenzausgleichs vorläufig gerechtfertigt sein kann. Die endgültige Rechtfertigung steht jedoch unter dem Vorbehalt, dass auch die Voraussetzungen des Einleitungssatzes (*Chapeau*) erfüllt sind.

4. Anforderungen des Einleitungssatzes

Der Einleitungssatz des Art. XX GATT bildet die zweite Ebene der Rechtfertigungsprüfung im Rahmen der allgemeinen Ausnahmen und ist entscheidend für die endgültige Rechtfertigung einer Maßnahme. Maßnahmen, die den jeweiligen Anforderungen eines einzelnen Absatzes entsprechen, sind danach nur gerechtfertigt, wenn ihre Anwendung weder zu einer willkürlichen noch einer ungerechtfertigten Diskriminierung zwischen Staaten, in denen die gleichen Verhältnisse bestehen, führt und ihre Anwendung zudem keine verschleierte Beschränkungen des internationalen Handels darstellt. Der Einleitungssatz enthält damit drei verschiedene Standards, die grundsätzlich getrennt voneinander zu prüfen sind. Da die drei Standards in einem engen Abhängigkeitsverhältnis stehen und sich gegenseitig Inhalt verleihen, hielt der Appellate Body in dem Fall *US –*

Gasoline eine exakte Abgrenzung nichtsdestotrotz für entbehrlich. Die einzelnen Anforderungen sind nicht isoliert, sondern zusammen zu lesen.⁹⁵¹ Erfüllt eine Maßnahme die Voraussetzungen nicht, liegt *ipso facto* ein Verstoß gegen Art. XX GATT vor und eine Rechtfertigung ist ausgeschlossen.

Sinnstiftender Zweck der *Chapeau*-Klausel ist die Schaffung eines gerechten Ausgleichs zwischen den Rechten und Pflichten der WTO-Mitgliedstaaten. Der Appellate Body verdeutlichte dies in der Sache *US – Shrimp* mit folgenden Worten: „The task of interpreting and applying the chapeau is, hence, essentially the delicate one of locating and marking out a line of equilibrium between the right of a Member to invoke an exception under Article XX and the rights of the other Members under varying substantive provisions [...], so that neither of the competing rights will cancel out the other and thereby distort and nullify or impair the balance of rights and obligations constructed by the Members themselves in that Agreement.“⁹⁵² Die *Chapeau*-Klausel ist Ausdruck des völkerrechtlichen Grundsatzes von Treu und Glauben⁹⁵³ in Form eines Rechtsmissbrauchsverbots.

Der WTO-Jurisprudenz lassen sich einige Hinweise im Hinblick auf die Auslegung der *Chapeau*-Klausel entnehmen. Während lange Zeit die konkreter formulierten Voraussetzungen der Ausnahmetatbestände das Haupthindernis einer Rechtfertigung darstellten,⁹⁵⁴ ist mittlerweile der unbestimmte Einleitungssatz verstärkt in den Fokus der Rechtsprechung gerückt und stellt nunmehr zunehmend die Crux im Rahmen der Rechtfertigung dar.⁹⁵⁵ Obwohl Sinn und Zweck der *Chapeau*-Klausel weitgehend geklärt sind, besteht aufgrund der nebulösen Fassung der Standards weithin Unklarheiten hinsichtlich seiner exakten Anforderungen. Ausgangs- und Orientierungspunkt für die Anwendung und Auslegung der *Chapeau*-Klausel ist daher primär die feststehende Ratio des Merkmals: Die Schaffung eines gerechten Interessenausgleichs. Einen solchen haben die Parteien der Klimarahmenkonvention bzw. des Kyoto-Protokolls im Hinblick auf unilaterale Handelsbeschränkungen zum Zwecke des Klimaschutzes

951 AB, *US-Gasoline*, S. 24f.

952 AB, *US-Shrimp*, para. 159. Bestätigt wird diese Rechtsprechung in: AB, *US-Gasoline*, S. 22; AB, *Brazil-Retreaded Tyres*, para. 215.

953 AB, *US-Shrimp*, para. 158.

954 Die Rechtfertigung von Maßnahmen mit Umweltbezug scheiterte vor der Schaffung des GATT 1994 an den Voraussetzungen der einzelnen Buchstaben. Vgl. Dukgeun, *Michigan Journal of International Law* 20 (1998/1999) 4, 819 (825f).

955 So Pauwelyn, NI WP 07/02, S. 37 („In all cases where the Appellate Body found that the GATT Article XX exception was not met, it did so under this introductory phrase.“). Kritisch wird dieser „Shift“ im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung von Zane, B.C. *Int'l & Comp. L. Rev.* 34 (2011) 1, 199 (215ff) beurteilt.

bisher weder durch eine negative noch eine positive Handelsregelung vorweggenommen. Art. 3 Abs. 5 UNFCCC lässt vielmehr unilaterale Klimaschutzmaßnahmen unter denselben Voraussetzungen wie auch die *Chapeau*-Klausel zu. Maßnahmen sind insofern in vollem Umfang an den einzelnen Standards der *Chapeau*-Klausel des Art. XX GATT zu messen.

a) Diskriminierungsverbot

Die Anwendung eines Klimagrenzausgleichs darf weder zu einer ungerechtfertigten noch zu einer willkürlichen Diskriminierung zwischen Ländern, in denen die gleichen Verhältnisse herrschen, führen.⁹⁵⁶ Zur näheren Bestimmung des Gehalts dieser Voraussetzungen ging der Appellate Body in der Sache *US – Shrimp* von dem Wortlaut der Norm aus und leitete aus diesem drei Voraussetzungen ab. Er führte aus: „First, the application of the measure must result in *discrimination*. [...] Second, the discrimination must be *arbitrary* or *unjustifiable* in character. [...] Third, this discrimination must occur *between countries where the same conditions prevail*.“⁹⁵⁷ Legt man diese Herangehensweise zugrunde, ist zunächst der Diskriminierungsbegriff des Art. XX GATT näher zu beleuchten. Diskriminierung wird allgemein definiert als die ungleiche Behandlung vergleichbarer Objekte oder Sachverhalte, wodurch ein Nachteil für den Betroffenen entsteht.⁹⁵⁸ Tatsächlich ist das Konzept der Diskriminierung und Nichtdiskriminierung jedoch komplexer. Da in der WTO-Rechtsordnung verschiedene Ausformungen und Konkretisierungen existieren, beschreibt Qin beschreibend es zutreffend als „highly elastic and context-dependent“.⁹⁵⁹

In der *Chapeau*-Klausel ist der Diskriminierungsbegriff weit gefasst. Er umfasst sowohl die Diskriminierung nach außen, d. h. zwischen verschiedenen Exportländern (vergleichbar mit der Art der Diskriminierung nach Art. I GATT), als auch nach innen, d. h. zwischen Import- und Exportland (wie i. R. d. Art. III GATT).⁹⁶⁰ Nichtsdestotrotz spiegelt der Begriff der Diskriminierung den Gehalt der Verbotsvorschriften des GATT nicht wider. Vielmehr ist es denknotwendig ausgeschlossen, dass die Art untersagter Diskriminierungen gleichbedeutend

956 Der deutsche Text übersetzt den authentischen Vertragstext fälschlicherweise mit „willkürlicher und ungerechtfertigter Diskriminierung“. Richtig wäre die Übersetzung mit „willkürlichen oder ungerechtfertigten Diskriminierung“, da schon das Vorliegen einer Diskriminierungsart einen Verstoß gegen Art. XX darstellt.

957 AB, *US-Shrimp*, para. 150.

958 Kewenig, *Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung*, Bd. I, S. 196.

959 Qin, *Boston University International Law Journal* 23 (2005) 2, 215 (218).

960 Panel, *Argentina-Hides and Leather*, para. 11.134; AB, *US-Shrimp*, para.150; AB, *US-Gasoline*, S. 23ff.

auszulegen ist.⁹⁶¹ Um der Rechtfertigungsvorschrift einen eigenständigen Gehalt zu verleihen, muss das Konzept der Nichtdiskriminierung in Art. XX GATT einen abweichenden Regelungsgehalt aufweisen. Dieser wird durch das Zusammenspiel der verschiedenen Anforderungen der ersten Alternative konkretisiert. Entgegen den Ausführungen des Appellate Body's in der Sache *US – Shrimp* lassen sich die drei Merkmale „Diskriminierung“, „Willkürlichkeit“ bzw. „Unrechtfertigbarkeit“ und „in Ländern, in denen dieselben Verhältnisse bestehen“, nicht strikt getrennt voneinander untersuchen. Hängt das Vorliegen einer Diskriminierung davon ab, welche Verhältnisse in dem Ländervergleichspaar bestehen, ist die Definition der relevanten Verhältnisse als Bestimmung der jeweiligen Vergleichsobjekte einer potentiellen Diskriminierung der denknotwendig erste Schritt eines Vergleichs.⁹⁶² Nur wenn die Verhältnisse gleich sind, kann eine Ungleichbehandlung eine Diskriminierung darstellen. Sind die Verhältnisse in den Ländern hingegen ungleich, ist vielmehr die Gleichbehandlung diskriminierend und unzulässig.⁹⁶³ Das Vorliegen einer Diskriminierung kann somit unter Berücksichtigung der relevanten Verhältnisse überprüft werden.

aa) Bestimmung der maßgeblichen Verhältnisse

Bezugsobjekte, oder in anderen Worten „die zu vergleichenden Objekte“, sind im Rahmen des Diskriminierungsverbots der *Chapeau*-Klausel Länder, in denen die gleichen Verhältnisse bestehen. Die Bestimmung der Bezugsobjekte über den Vergleich der gegebenen Verhältnisse stellt bildlich gesprochen den Schlüssel zur Definition der Diskriminierung dar. Aufgrund der unbestreitbaren Heterogenität der Länder diese Erde ist es ausgeschlossen, dass sämtliche Verhältnisse eines Staates denen eines anderen Mitgliedstaates entsprechen. Im Sinne einer effektiven Vertragsauslegung muss den einzelnen Voraussetzungen der *Chapeau*-Klausel jedoch eine eigenständige Bedeutung zukommen können. Es stellt sich daher zum einen die Frage, welche „Verhältnisse“ für die Bestimmung des Vergleichsmaßstabs maßgeblich sind, und zum anderen, wie sehr diese Verhältnisse einander entsprechen müssen, um als „gleich“ bewertet zu werden. In Anbetracht der Bedeutung dieser Problemfelder ist es verwunderlich, dass es sich hierbei um ein „underdeveloped concept“ in dem Sinne handelt, dass sich die Rechtsprechung nicht maßgeblich mit ihm auseinandergesetzt

961 AB, *US-Shrimp*, para. 150; AB, *US-Gasoline*, S. 23.

962 Qin, *Boston University International Law Journal* 23 (2005) 2, 215 (219; 261); Gaines, *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* 22 (2001) 4, 739 (775); Davies, *JWT* 43 (2009) 3, 507 (514).

963 AB, *US-Shrimp*, para. 164.

hat.⁹⁶⁴ Der Appellate Body hat die Frage, welche Verhältnisse in den betroffenen Ländern für die Bestimmung der Gleich- bzw. Ungleichartigkeit relevant werden, bisher offen gelassen. Aufgrund der weiten Fassung des Wortlautes („conditions“/„Verhältnisse“), könnten unter diese Tatbestandsvoraussetzung sowohl rechtliche als auch tatsächliche Verhältnisse subsumiert werden. In jedem Fall setzt die Ratio der Chapeau-Klausel voraus, dass es sich um objektive Kriterien handelt. Nur durch objektiv messbare Kriterien kann die missbräuchliche Berufung auf Art. XX GATT verhindert werden. Richtungsweisend sind die Ausführungen des Appellate Body in der Sache *EC – Tariff Preferences*. Nach § 3 lit. c) der *Enabling Clause*⁹⁶⁵ ist für eine Differenzierung u. a. das Vorliegen eines relevanten, anhand von objektiven Kriterien ermitteltes „Bedürfnisses“ erforderlich.⁹⁶⁶ Dieses Objektivitätserfordernis der Ermächtigungsklausel lässt sich auf die Auslegung der *Chapeau*-Klausel übertragen, da beide Regelungen in einem vergleichbaren Kontext stehen.

Eine weitergehende Begrenzung der maßgeblichen Verhältnisse ergibt sich aus dem Wortlaut der *Chapeau*-Klausel selbst zunächst nicht.⁹⁶⁷ Daraus wird teilweise der Schluss gezogen, dass alle objektiven Faktoren, wie z. B. die Entwicklungs-, Finanz- oder Handelssituation in einem Land, maßgebliche Verhältnisse darstellen können, die bei der Beurteilung des Vorliegens einer Diskriminierung mit berücksichtigt werden müssen, solange sie sich tatsächlich auf die Situation des Landes und nicht auf die Herkunft des Produktes beziehen.⁹⁶⁸ Diese Herangehensweise würde die Tür für eine differenzierte Behandlung von Entwicklungs- und Industrieländern öffnen und stünde nicht nur im Einklang mit der im WTO-Recht verankerten Idee des *Special and Differential Treatment*

964 Qin, Boston University International Law Journal 23 (2005) 2, 215 (258ff m.w.N.), die dies zum einen mit prozessualen, aber auch substanziellen Gesichtspunkten begründet.

965 WTO, Decision on Differential and More Favourable Treatment, Reciprocity and Fuller Participation of Developing Countries, 28.11.1979, L/4903. Im Folgenden: *Enabling Clause*.

966 AB EC-Tariff Preferences, para. 163.

967 Diem, *Freihandel und Umweltschutz*, S. 72.

968 So auch: Klabbers, JWT 26 (1992) 2, 63 (90); Pauwelyn, *Testimony Before the Subcommittee on Trade of the House Committee on Ways and Means*, S. 12. Diese Herangehensweise weist gewisse Parallelen zu dem Argumentationsmuster der EG in der Sache *EC-Tariff Preferences* auf. Die EG vertrat im Zusammenhang mit dem Merkmal „non-discriminatory“ der *Enabling Clause* ein „negatives“ Begriffsverständnis. Eine Diskriminierung läge nicht vor, solange ein legitimer Zweck verfolgt werde und eine hinreichende Verknüpfung zwischen dem Zweck und der Natur der Differenzierung gegeben sei. Vgl. Panel, *EC-Tariff Preferences*, para. 4.66 und 4.154f. Dazu ausführlich: Eberhard, *Diskriminierende Gleichbehandlung von Entwicklungsländern in der WTO?*, S. 122.

für Entwicklungsländer, sondern auch mit der Präambel des ÜWTO, in der sich die Mitgliedstaaten dafür aussprechen, „both to protect and preserve the environment and to enhance the means for doing so in a manner consistent with *their respective needs and concerns* at different levels of economic development (Hervorh. d. Verf.)“⁹⁶⁹. Doch während auf den ersten Blick die Differenzierung von Entwicklungs- und Industrieländern als ein Gewinn für die bedürftigen Staaten der Erde erscheint, darf die Kehrseite der Medaille nicht außer Acht gelassen werden. Durch die breit gefassten Differenzierungsmöglichkeiten wird eine Unterscheidung zu Lasten der Entwicklungsländer zulässig, da in der *Chapeau*-Klausel (anders als in den Vorschriften, die eine Besserstellung der Entwicklungsländer ausdrücklich vorsehen) eine positive Bevorzugung nicht vorgegeben ist. Vielmehr können sich verschiedene Faktoren, wie z. B. die Berücksichtigung des Umweltschutzniveaus, in ihrer praktischen Anwendung zu Lasten der Entwicklungsländer auswirken. Da die Berücksichtigung aller objektiven Faktoren daher eine Schlechterstellung der Entwicklungsländer im Vergleich zum *status quo* bedingen kann, erscheint das Argument, diese Herangehensweise würde zwangsläufig dem Grundsatz des *Special and Differential Treatment* zur Geltung verhelfen, verfehlt. Schließlich ist zu würdigen, dass eine weite Auslegung des Merkmals nicht nur den Differenzierungen zwischen Entwicklungs- und Industrieländern Tür und Tor öffnen würde, sondern vielmehr Diskriminierungen grundsätzlich leichter zu rechtfertigen wären. Werden quasi sämtliche Begebenheiten zu maßgeblichen Kriterien bei der Zusammenstellung der Vergleichsgruppen, rückt die Frage, wann diese als gleich zu bewerten sind, verstärkt in den Fokus. Da die Verhältnisse in einem Land denen in einem anderen Land ebenso wenig entsprechen können, wie ein Ei dem anderen gleicht, läuft dies im Ergebnis darauf hinaus, dass entweder das Erfordernis der Gleichheit entschärft wird oder schlussendlich kein Land einem anderen mehr gleichgestellt werden kann. Dies ist mit dem Sinn und Zweck der *Chapeau*-Klausel nicht vereinbar. Das Missbrauchverbot wäre letztlich seines Anwendungsbereichs beraubt. Bestätigt hat dies auch indirekt das Panel in der Sache *US – Shrimp*, in der es zu Recht ausführte, dass die Verhältnisse in den Ländern zwar berücksichtigt werden müssen, diese jedoch nicht dazu führen können, dass jedem Land eine eigene Sonderbehandlung zukommen muss.⁹⁷⁰

Mit gutem Grund ist die *Chapeau*-Klausel daher im Zusammenhang mit den einzelnen Absätzen des Art. XX GATT zu sehen. In Anbetracht von Sinn und Zweck der *Chapeau*-Klausel, die der Verhinderung einer missbräuchlichen Be-

969 So auch: Low/Marceau/Reinaud, The interface between the trade and climate change regimes, S. 20f.

970 AB, US-Shrimp (21.5), para. 149.

rufung auf die legitimen Schutzziele dient, ist es folgerichtig, eine Beschränkung der maßgeblichen Verhältnisse herzuleiten. Es sind nur solche Verhältnisse in Betracht zu ziehen, die in einem Bezug zu der politischen Zielsetzung der Maßnahme (und damit einem der Ziele der Buchstaben a)-j)) stehen.⁹⁷¹ *Qin* beschreibt dies mit den Worten „in order to determine what conditions prevailing in the countries invoked are relevant to the comparison, one must first identify the *purpose* for which the comparison is to be made (Hervh. d. Verf.)“⁹⁷². Maßgeblich ist der Zweck des Vergleichs, der sich zunächst aus dem Sinn und Zweck der *Chapeau*-Klausel, also dem Missbrauchsverbot, ergibt. Da es aber ohne das Wissen um die zulässigen Politikziele nicht bewertbar sei, ob ein Missbrauch vorliege, sind auch die konkreten Schutzziele der einzelnen Absätze zu berücksichtigen.⁹⁷³ Letzten Endes ist daher der Zweck der Maßnahme maßgeblich. Nur wenn das Kriterium in Relation zu dieser Zielsetzung steht, ist dieses „Verhältnis“ ein zulässiges Unterscheidungskriterium. Ist der Zustand hingegen im Hinblick auf die nichtökonomische Zielsetzung der Maßnahme irrelevant, muss er bei der Bestimmung der Vergleichsgruppen außer Acht bleiben.

Für die Frage nach den Differenzierungsmöglichkeiten zwischen Staaten durch einen klimaschutzbezogenen Grenzausgleich, bedeuten diese Überlegungen, dass für die Bildung der maßgeblichen Vergleichsgruppen allein solche Verhältnisse maßgeblich sein dürfen, die für die Zweckerreichung der Maßnahme relevant sind. Abzustellen ist hierbei nicht auf die abstrakte Zielsetzung, die durch die Formulierung der Ausnahmeregelungen vorgegeben ist (z. B. der Schutz erschöpflicher Naturschätze), sondern auf die Intention der konkreten Maßnahme (z. B. Bekämpfung des Klimawandels).⁹⁷⁴ Dass die Zielsetzung in den Anwendungsbereich des Ausnahmekatalogs fällt, hat die der *Chapeau*-Klausel vorgeschaltete Prüfung⁹⁷⁵ belegt. Während dort die Zweck-Mittel-Relation anhand der jeweiligen Voraussetzungen geprüft wurde (z. B. in Form

971 *Qin*, Boston University International Law Journal 23 (2005) 2, 215 (265); Davies, JWT 43 (2009) 3, 507 (513); Gaines, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law 22 (2001) 4, 739 (779); Diem, Freihandel und Umweltschutz, S. 72f; Abzulehnen ist hingegen die noch engere Auffassung, nach der nur potentiellen Umstände, die durch die Gefährdung des Schutzgutes verursacht werden, maßgeblich sind (so vertreten von Ozbirn, Loyola University Chicago International Law Review 7 (2009/2010) 1, 53 (69)). Dies ergibt sich m. E. schon aus der Pluralform des Begriffs „conditions“.

972 *Qin*, Boston University International Law Journal 23 (2005) 2, 215 (262).

973 *Qin*, Boston University International Law Journal 23 (2005) 2, 215 (262f).

974 Problematisch gestaltet sich dieses Ergebnis in Anbetracht der neueren Rechtsprechung, vgl. AB, Brazil-Retreaded Tyres.

975 Die Prüfungsreihenfolge der Voraussetzungen des Art. XX sind durch seine Struktur und Logik zwingend vorgegeben. Vgl. AB, US-Shrimp, para. 119f.

der *necessity*-Prüfung), ist im Rahmen der *Chapeau*-Regelung der Zweck der Maßnahme nur für die Bestimmung der Vergleichsgruppen relevant. Eine Überlagerung der Prüfung der einzelnen Absätze ist daher ausgeschlossen.

Nur unter Berücksichtigung der konkreten Zielsetzung ist eine hilfreiche Eingrenzung der maßgeblichen Verhältnisse denkbar. Unter den weit gefassten Anwendungsbereich der abstrakten Zielsetzung ließe sich eine Vielzahl verschiedener konkreter Politiken subsumieren. Ein Umstand, der für eine legitime Politik (z. B. den Schutz von Schildkröten) von großer Bedeutung sein kann (wie z. B. die Verwendung bestimmter Fangtechniken), muss jedoch nicht zwingend Relevanz für den Erfolg eines anderen Zieles (z. B. von Klimaschutzmaßnahmen) besitzen.⁹⁷⁶ Ließe man es ausreichen, dass ein Umstand relevant für den „Schutz erschöpflicher natürlicher Ressourcen“ ist, worunter nach der hier vertretenen Auffassung sowohl Schildkröten als auch das Klima fallen, müssten jedoch auch die Fangtechniken der verschiedenen Länder ein potentiell-les Unterscheidungskriterium bei Klimaschutzmaßnahmen darstellen. Die Willkürlichkeit dieses Ergebnisses ist offenbar. Es ist nicht haltbar, so dass auch nach Sinn und Zweck der *Chapeau*-Klausel auf die Zielsetzung der *konkreten* Maßnahme abzustellen ist.

bb) Eingrenzung des Diskriminierungsverbots

Die Existenz der zusätzlichen Anforderung „willkürlich“ oder „ungerechtfertigt“ impliziert, dass bestimmte Diskriminierungen, wenn sie unwillkürlich und gerechtfertigt sind, mit der *Chapeau*-Klausel des Art. XX GATT vereinbar sind.⁹⁷⁷ Doch wann ist eine Diskriminierung als „willkürlich“ oder „ungerechtfertigt“ oder gegenteilig zu bewerten? Die Entscheidungspraxis der Streitbeilegungsorgane konnte das insofern bestehende Wissensvakuum lange Zeit nicht hinreichend ausfüllen. Zwar rückten die Anforderungen der *Chapeau*-Klausel in der neueren Rechtsprechung vermehrt in den Fokus der Überprüfung durch die Streitbeilegungsorgane, die maßgeblichen Entscheidungen des Appellate Body konzentrierten sich jedoch eher auf die Schaffung von Einzelfallgerechtigkeit als auf die Definition klarer Maßstäbe. Auch der lange Zeit bedeutendste Auslegungsstandard der *Chapeau*-Klausel, die Entscheidung des Appellate Body in der Sache *US – Shrimp*, gab lediglich teleologisch orientierte Anhaltspunkte für

⁹⁷⁶ Qin, Boston University International Law Journal 23 (2005) 2, 215 (264).

⁹⁷⁷ Gleiches ergibt sich aus dem Zusammenspiel mit Art. I und III GATT. So setzt die Anwendbarkeit des Art. XX setzt das Vorliegen einer Diskriminierung voraus, da nur in diesen Fällen ein Verstoß gegen eine der Regelungen gegeben ist. So auch Diem, Freihandel und Umweltschutz, S. 73; Klabbers, JWT 26 (1992) 2, 63 (90); Weiher, Nationaler Umweltschutz und internationaler Warenverkehr, S. 145.

die Auslegung und Anwendung der *Chapeau*-Klausel vor, konnte aber die Schwierigkeiten, die abstrakt formulierten Anforderungen der *Chapeau*-Klausel textuell angebunden zu definieren, nicht überwinden.⁹⁷⁸ Verworfen wurde der Ansatz, dass „an alleged 'discrimination between countries where the same conditions prevail' is not 'unjustifiable' where the policy goal of the Article XX exception being applied provides a rationale for the justification“.⁹⁷⁹ Danach war für die Bewertung einer Diskriminierung folgende Überlegung entscheidend: „If a measure differentiates between countries based on a rationale legitimately connected with the policy of an Article XX exception, rather than for protectionist reasons, the measure does not amount to an abuse of the applicable Article XX exception.“⁹⁸⁰ Der Appellate Body brachte gegen diesen Ansatz, der den Zweck der Maßnahme in den Mittelpunkt der Rechtfertigungsüberlegungen rückte, vor, dass dies die Anforderungen der sog. *Link*-Analyse der einzelnen Absätze mit denen der *Chapeau*-Klausel vermischen würde.⁹⁸¹ Einen rein teleologisch orientierten Ansatz vertretend überprüfte er die Maßnahme auf ihre missbräuchliche Anwendung und gab diesbezüglich eine Art „Checkliste“ vor, die auf eine Gesamtabwägung aller betroffenen Interessen hinauslief und in der Flexibilität,⁹⁸² Kooperation⁹⁸³ und Fairness⁹⁸⁴ bei der Ausgestaltung und Anwendung der zu rechtfertigenden Maßnahme die Prüfungskriterien darstellten. Der Appellate Body sprach in diesem Zusammenhang zwar nicht ausdrücklich von einem verhältnismäßigen Ausgleich, nichtsdestotrotz wurde sein Vorgehen vielfach als Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips gesehen. Danach müsste die konkrete Anwendung der Maßnahme zur Zielerreichung geeignet, erforderlich und angemessen sein, um der *Chapeau*-Regelung zu genügen.⁹⁸⁵

978 Ponnambalam, *Georgetown Journal of International Law* 40 (2008/2009) 1, 261 (276).

979 United States appellant's submission, para. 28. Zitiert von dem Panel, *US-Shrimp*, para. 148.

980 United States appellant's submission, para. 53. Zitiert von dem Panel, *US-Shrimp*, para. 148.

981 AB, *US-Shrimp*, para. 149.

982 AB, *US-Shrimp*, para. 161ff

983 AB, *US-Shrimp*, para. 166ff.

984 AB, *US-Shrimp*, para. 180f.

985 Tietje, *Normative Grundstrukturen der Behandlung nichttarifäre Handelshemmnisse in der WTO/GATT-Rechtsordnung*, S. 313f; Appleton, *JIEL* 2 (1999), 477 (492); Epiney, *DVBl.* 2000, 77 (83f); Hilf/Puth in: v. Bogdandy/Mavroidis/Mény (Hg.), *European Integration and International Co-ordination*, 199 (215f); Hansen, *VJIL* 39 (1999), 1017 (1048f). Ablehnend: Diem, *Freihandel und Umweltschutz*, S. 92f; Desmedt, *JIEL* 4 (2001) 3, 441 (insb. 473ff). Skeptisch auch: v. Bogdandy, *EuZW* 1992, 243 (247); Mavroidis, *JWT* 34 (2000) 1, 73 (79); Howse, *Columbia Journal of Environmental Law* 27 (2002) 2, 491 (503f).

Zusätzliches Licht in das Dunkel haben die Entscheidungen in der Sache *Brazil – Retreaded Tyres* gebracht. Gegenstand dieses Streits war ein brasilianisches Importverbot für rezyklierte und gebrauchte Pneus (Reifen), das nach dem Vortrag Brasiliens aus gesundheits- und umweltschutzpolitischen Gründen eingeführt worden war. Die entsorgten und im freien gelagerten Pneus seien aufgrund des sich ansammelnden Brackwassers eine ideale Brutstätte für Moskitos. Diese seien maßgeblich für die Verbreitung und Übertragung von Krankheiten, wie Dengue-, Geld- und Malariafieber, verantwortlich. Zudem verursache die endgültige Entsorgung der Pneus im Wege der Verbrennung krebserregende Emissionen. Die Zahl der Abfall-Pneus müsse daher durch ein Importverbot für die besonders kurzlebigen, bereits gebrauchten Pneus reduziert werden. Ausgenommen von diesem Verbot wurden zum einen aufgrund eines entsprechenden Schiedsgerichtsentscheids Waren aus den *Mercosur*-Ländern⁹⁸⁶ und zum anderen Waren, deren Import gerichtlich bewilligt wurde.⁹⁸⁷ Das Panel bewertete den Verstoß gegen Art. XI:1 GATT als provisorisch unter Art. XX lit. b) GATT gerechtfertigt und setzte sich sodann mit den Anforderungen der *Chapeau*-Klausel auseinander. Hierbei legte es den von Art. 3.2 DSU vorgegebenen sog. *textual approach* zugrunde und erläuterte die allgemeine Bedeutung der Begriffe „arbitrary“ und „unjustifiable“ anhand ihrer Definition durch das *The Shorter Oxford English Dictionary*. In diesem wird „arbitrary“ als „1 Dependent on will or pleasure; 2 Based on mere opinion or preference as opp. to the real nature of things; capricious, unpredictable, inconsistent; 3 Unrestrained in the exercise of will or authority; despotic, tyrannical“ erklärt.⁹⁸⁸ Der Begriff „unjustifiable“ wird mit „Not justifiable, indefensible“⁹⁸⁹ und damit als Gegenpart zu der Begriff „justifiable“, der so viel bedeutet wie „able to be legally or morally justified; able to be shown to be just, reasonable, or correct; defensible“, definiert.⁹⁹⁰ Die Begriffe „willkürlich“ und „ungerechtfertigt“ sind demnach materiell insofern gleichbedeutend,⁹⁹¹ als unter beiden eine Handlung, die einer sachlichen Grundlage entbehrt, zu verstehen ist. Daraus zog das Panel das Erfordernis eines „need to be able to "defend" or convincingly explain the rationale for any discrimination in the application of the measure“⁹⁹². Da die Ausnahmeregelung auf äußeren und nachvollziehbaren Faktoren, wie dem für Brasilien verbindlichen

986 Mercosur ist die Abkürzung für Mercado Común del Sur (Gemeinsamer Markt des Südens).

987 Vgl. zu den Einzelheiten des Streitgegenstands: Panel, *Brazil-Retreaded Tyres*, para. 2.1ff.

988 Panel, *Brazil-Retreaded Tyres*, para. 7.257 m. w. N.

989 Panel, *Brazil-Retreaded Tyres*, para. 7.259 m. w. N.

990 Panel, *Brazil-Retreaded Tyres*, para. 7.259 m. w. N.

991 Klabbers, JWT 26 (1992) 2, 63 (89); Diem, *Freihandel und Umweltschutz*, S. 74.

992 Panel, *Brazil-Retreaded Tyres*, para. 7.260.

Schiedsgerichtsentscheid, beruhe, sei sie weder „capricious“ noch „random“ und im Ergebnis nicht als „willkürlich“ zu bewerten.⁹⁹³ Zur Klärung der Frage, ob die Diskriminierung „ungerechtfertigt“ sei, legte er einen anderen Maßstab an und entwickelte einen „trade effect-test“, um festzustellen, ob die legitime Zielrichtung der Maßnahme durch das Ausmaß der Diskriminierung signifikant unterwandert („significantly undermined“) werde.⁹⁹⁴ Da dies aufgrund der Menge von gerichtlich bewilligten Ausnahmegenehmigungen der Fall sei, stelle diese entsprechende Regelung eine „ungerechtfertigte“ Diskriminierung dar.⁹⁹⁵ Gegen dieses Urteil legten die Europäische Union Berufung ein.

In der Berufungsinstanz verwarf der Appellate Body die Herangehensweise des Panels. Er führte aus: „Analyzing whether discrimination is arbitrary or unjustifiable usually involves an analysis that relates primarily to the cause or the rationale of the discrimination.“⁹⁹⁶ Die Erklärungsgrundlage für die Diskriminierung müsse daher nicht bloß rational nachvollziehbar sein, sondern darüber hinaus einen hinreichenden Bezug zu dem Zweck der Maßnahme aufweisen.⁹⁹⁷ Stehe die Begründung hingegen ohne rationale Verbindung zu der Zielsetzung des Absatzes oder richte sich sogar gegen vorgegebenen Schutzzweck der Maßnahme, sei sie mit den Anforderungen der *Chapeau*-Klausel nicht zu vereinen.⁹⁹⁸ Angewendet auf die Ausnahmeregelungen des brasilianischen Importverbotes bedeutete dies, dass die Ausnahmeregelung für Pneus aus Mercosur-Staaten, ebenso wie die Ausnahmen aufgrund gerichtlicher Anordnung, als willkürliche und ungerechtfertigte Diskriminierung zu bewerten seien, da die Gewährung von Ausnahmen dem Zweck des Importverbotes, dem Umwelt- und Gesundheitsschutz, zuwiderlaufen.⁹⁹⁹ Der Ansatz des Panels, nach dem der quantitative wirtschaftliche Effekt der Diskriminierung maßgeblich für die Bewertung sei, werde hingegen weder vom Wortlaut des Art. XX GATT noch von der bisherigen Rechtsprechung getragen. Nicht die eingetretenen Auswirkungen, sondern allein die potentiellen Wirkungen seien maßgebend.¹⁰⁰⁰ Nach dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung liegt daher eine „willkürliche“ oder „ungerechtfertigte“ Diskriminierung vor, wenn ihre Begründung keinen hinreichenden

993 Panel, Brazil-Retreaded Tyres, para. 7.280; 7.294.

994 Panel, Brazil-Retreaded Tyres, para. 7.287f; 7.295-7.306.

995 Panel, Brazil-Retreaded Tyres, para. 7.306.

996 AB, Brazil-Retreaded Tyres, para. 225.

997 AB, Brazil-Retreaded Tyres, para. 232.

998 AB, Brazil-Retreaded Tyres, para. 227.

999 AB, Brazil-Retreaded Tyres, para. 228; 246.

1000 AB, Brazil-Retreaded Tyres, para. 229. Kritisch: Qin, AB in Tyres and the Chapeau Jurisprudence. Abrufbar unter: <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2007/12/ab-in-tyres-and.html>. Zuletzt besucht am 23. April 2012.

Bezug zu dem Schutzziel des einschlägigen Absatzes des Art. XX GATT aufweist.

cc) Zwischenergebnis: Ein zweiteiliger Überprüfungsmaßstab

Betrachtet man die Ergebnisse zur Bestimmung der verschiedenen Merkmale der Chapeau-Klausel ergibt sich, dass diese in einem engen Abhängigkeitsverhältnis stehen. Zur Klärung der Frage des Vorliegens einer *Diskriminierung* ist die Bestimmung der relevanten Vergleichsgruppen anhand der „in den Ländern bestehenden Verhältnisse“ Grundvoraussetzung. Die beiden Kriterien informieren sich gegenseitig, sie können nur zusammen und niemals eigenständig bestimmt werden. Daraus folgt nicht zwangsläufig, dass die Prüfung der *Chapeau*-Klausel zweistufig, d. h. erst im Hinblick auf das Vorliegen einer Diskriminierung zwischen Ländern, in denen die gleichen Verhältnisse bestehen und dann auf deren Willkürlichkeit bzw. Unrechtfertigbarkeit, zu erfolgen hat. Da maßgebliche Verhältnisse nur solche sein können, die in einem bestimmten Zusammenhang mit dem Schutzzweck der Maßnahme stehen, stellen zulässige Differenzierungskriterium zugleich eine rationale Begründung für die Diskriminierung dar, die einen hinreichenden Bezug zu dem legitimen Ziel der Maßnahme aufweist. Ein solcher Bezug soll nach den Ausführungen des Appellate Body in *Brazil – Retreaded Tyres* zur Folge haben, dass die Diskriminierung als unwillkürlich bzw. gerechtfertigt zu bewerten ist. Im gegenteiligen Fall, in dem ein Verhältnis zur Bestimmung der Vergleichsgruppen irrelevant ist, kann dies nicht als sachlich relevante Begründung für die Diskriminierung dienen. Eine unterschiedliche Behandlung ist dann willkürlich bzw. ungerechtfertigt. Vor diesem Hintergrund ist ein zweistufiges Vorgehen tautologisch. Es erscheint daher zutreffend, die Anforderungen der Chapeau-Klausel in einer Art Gesamtschau, als „single chapeau test“, zu untersuchen.¹⁰⁰¹

Dieses Ergebnis stößt auf Bedenken.¹⁰⁰² In entsprechender Anwendung des vom Appellate Body wiederholt aufgegriffenen völkerrechtlichen Grundsatzes der effektiven Vertragsauslegung, nach dem „interpretation must give meaning and effect to all the terms of a treaty“, so dass „an interpreter is not free to adopt a reading that would result in reducing whole clauses or paragraphs of a treaty to

1001 Gaines, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law 22 (2001) 4, 739 (775); Davies, JWT 43 (2009) 3, 507 (538).

1002 Vgl. beispielsweise: Qin, AB in Tyres and the Chapeau Jurisprudence: „In short, I believe that the Appellate Body failed to conceptually distinguish the first step from the second step in defining „arbitrary or unjustifiable“ discrimination, and this distinction is critical for the chapeau analysis.“ Abrufbar unter: <http://worldtradelaw.typepad.com/ielpblog/2007/12/ab-in-tyres-and.html>. Zuletzt besucht am 23. April 2012.

redundancy or inutility“¹⁰⁰³, ist ein Ziel der Auslegung, den einzelnen Tatbestandsmerkmalen weitestgehend eigenständige Bedeutung zuzumessen. Nur ein zweistufiges Vorgehen kann dem überschießenden eigenständigen Bedeutungsgehalt der Tatbestandsmerkmale „willkürlich“ und „ungerechtfertigt“ Rechnung tragen. Diese beschreiben im Gegensatz zu den übrigen Merkmalen die Einstellung, d. h. den „intent“, des Gesetzgebers und geben als subjektive Kriterien die Richtung der zulässigen Differenzierung vor. Während auf der ersten Stufe bloß ein hinreichender Bezug des Unterscheidungskriteriums zu dem Schutzgut gefordert wird, ist auf der zweiten Ebene zu fragen, ob die Art der Diskriminierung dem Schutzzweck zuwiderläuft. In anderen Worten: Während das Merkmal „Diskriminierung zwischen Ländern, in denen die gleichen Verhältnisse bestehen“, nur der Bestimmung dienen kann, wer gleich und wer anders behandelt werden darf und muss, erklären „arbitrary“ und „unjustifiable“ durch den positiven Bezug zu dem Schutzgut, in welche Richtung die Sonderbehandlung zulässig ist. Verdeutlichen lässt sich dies abstrakt anhand des Beispiels einer beliebigen Ausnahmeregelungen: Auf der ersten Stufe ist zu fragen, ob die Regelung anhand eines zulässigen Kriteriums zwischen den Staaten differenziert. Der Umstand, dass Ausnahmeregelungen den klimaschützenden Sinn und Zweck in jedem Fall schmälern, indem sie den von der Abgabe befreiten Handelspartnern den Anreiz nehmen, das Klimaschutzniveau anzuheben, kann hierbei außer Acht bleiben. Entscheidend ist allein, ob das Kriterium einen Bezug zu dem Schutzzweck aufweist. Dies ist bei einer Ausnahmeregelung grundsätzlich denkbar. Ist dies der Fall, liegt keine Diskriminierung vor, ein Verstoß gegen die *Chapeau*-Klausel ist ausgeschlossen. Anders ist dies hingegen, wenn anhand eines unzulässigen Kriteriums differenziert wird. Es stellt sich dann die Frage, ob diese Diskriminierung den Schutz des Gutes fördert oder ihm entgegensteht. Im Hinblick auf die Ausnahmeregelungen wird auf dieser zweiten Stufe deren Richtung und Wirkungsweise relevant. Nur wenn sie die Erreichung des Schutzzweckes nicht untergraben, können sie als unwillkürlich oder gerechtfertigt nach der *Chapeau*-Klausel zulässig sein. Für Ausnahmeregelungen wird dies grundsätzlich schwer zu belegen sein, rein hypothetisch sind jedoch auch Ausnahmen denkbar, die mit der Schutzintention der Maßnahme im Einklang stehen, z. B. in Fällen, in denen von den ausgenommenen Staaten keine Gefahr für das Schutzgut ausgeht. Beispielhaft sei hierfür auf die Ausnahmeregelungen der Section 609 verwiesen, nach der Staaten, in denen Meeresschildkröten nicht vorkommen, von dem Importverbot befreit waren.¹⁰⁰⁴

1003 AB, US-Gasoline, S. 23.

1004 AB, US-Shrimp, para. 138f.

Lässt sich bei Zugrundelegung eines solchen zweistufigen Maßstabes die Einführung eines Grenzausgleiches rechtfertigen? Und kann eine Schlechterstellung der importierenden Länder gegenüber dem Importland bei der Berechnung des Grenzausgleiches nach Art. XX GATT zulässig sein? Handelt es sich bei den Ausnahmeregelungen für Länder mit einem vergleichbaren Klimaschutzniveau, für Länder, die ein Klimaschutzabkommen unterzeichnet haben, für Entwicklungs- bzw. die am wenigsten entwickelten Länder und für Länder mit besonders geringen Emissionen um zulässige Sonderbehandlungen? Entscheidend ist jeweils der Bezug zu dem Zweck der Maßnahme, d. h. dem Grenzausgleich. Abzustellen ist hierbei auf den „declared purpose“¹⁰⁰⁵, mithin den vorgetragenen Sinn und Zweck. Dieser ist bei einem Klimagrenzausgleich der Schutz des Klimasystems der Erde, soweit dies durch Struktur und Design der Regelung hinreichend zum Ausdruck gebracht wird.

(1) Einführung des Grenzausgleichs für alle Importländer

Bejaht man einen Verstoß gegen die Regelungen des GATT durch die Einführung eines klimaschutzbezogenen Grenzausgleichs als solchen, stellt sich die Frage, ob der Grenzausgleich zwischen Ländern, in denen die gleichen Verhältnisse bestehen, willkürlich und ungerechtfertigt diskriminiert. Eine solche Diskriminierung könnte entweder in der Gleichbehandlung von Ungleichem oder der Ungleichbehandlung von Gleichem zu sehen sein. Die verschiedenen denkbaren Konstellationen sollen der Übersichtlichkeit halber jedoch nicht an dieser Stelle diskutiert werden, sondern einzeln im Rahmen der Zulässigkeit von Ausnahmeregelungen für bestimmte Staaten. Letztlich handelt es sich hierbei nämlich um die Kehrseite derselben Medaille: Sollte eine Gleichbehandlung unzulässig sein, ist die Ausnahmeregelung nicht nur zulässig, sondern erforderlich. Stellt jedoch die Ungleichbehandlung eine unzulässige Diskriminierung unter der *Chapeau*-Klausel dar, unterbindet dies die Gewährung einer Befreiung von der Abgabe. Bezüglich der Reichweite soll daher auf die noch folgenden Ausführungen verwiesen werden.

Einzugehen ist an dieser Stelle somit lediglich auf die allgemeine Frage, unter welchen Voraussetzungen dem sog. Kooperationsgebot Genüge getan wird. Das Kooperationsgebot leitete der Appellate Body in der Sache *US – Shrimp* aus den Anforderungen der *Chapeau*-Klausel her. Er führte aus: „Another aspect [...] that bears heavily in any appraisal of justifiable or unjustifiable discrimination is the failure of the United States to engage the appellees, as well as other Members exporting shrimp to the United States, in serious, across-the-board negoti-

1005 AB, *US-Shrimp*, para. 149.

ations with the objective of concluding bilateral or multilateral agreements for the protection and conservation of sea turtles, before enforcing the import prohibition against the shrimp exports of those other Members.”¹⁰⁰⁶ Die Wahrnehmung der Ausnahmen des Art. XX GATT steht nicht grundsätzlich unter einem allgemeinen Kooperationsgebot. Vielmehr bedarf jede Kooperationsanforderung einer besonderen sachlichen Rechtfertigung. Diese ergibt sich vorliegend zum einen aus dem wohlfahrtsökonomischen Argument, nach dem eine optimale Intervention möglichst nah an der örtlichen Belegenheit des Problems (d. h. möglichst im Ursprungsland selbst) zu erfolgen hat, und zum anderen aus dem Konzept der nachhaltigen Entwicklung. So heißt es in Grundsatz 12 der Rio-Erklärung über Umwelt und Entwicklung: „Environmental measures addressing transboundary or global environmental problems should, as far as possible, be based on international consensus“. Während der Schutz von räumlich auf das eigene Staatsgebiet begrenzbaren Umweltgütern lediglich unter dem Vorbehalt zur Konsultation steht, besteht daher in Bezug auf den Schutz internationaler Umweltgüter, die sich auch auf andere Staatsgebiete ausdehnen, eine Kooperationspflicht.¹⁰⁰⁷ Da der Grenzausgleich primär den Schutz des globalen Gemeinguts „Klima“ bezweckt, hat ein Importstaat vor der Einführung einer entsprechenden Abgabe mit allen beteiligten und betroffenen Staaten in Verhandlungen zu treten und ernsthaft eine für alle Parteien annehmbare Lösung anzustreben, um eine Diskriminierung auszuschließen. Diese Kooperationsanstrengungen müssen nicht erfolgreich sein. Es besteht keine Erfolgspflicht. Doch erst, wenn die Bemühungen um eine einvernehmliche, multilaterale Einigung gescheitert sind, wird der Rückgriff auf einseitige handelsbeschränkende Maßnahmen zulässig.¹⁰⁰⁸ Im Zusammenhang mit den Klimaverhandlungen besteht der Sonderfall, dass mit der Klimarahmenkonvention und dem nunmehr für eine zweite Handelsperiode fortgeltenden Kyoto-Protokoll zwei multilaterale Abkommen bestehen. Dies legt den Schluss nahe, dass sämtliche Staaten, die diesen Abkommen beigetreten sind, dem Kooperationserfordernis genüge getan haben könnten. Gegen diese Schlussfolgerung spricht jedoch, dass die Abkommen den Einsatz unilateraler Maßnahmen nur rudimentär regeln. Es ist daher entscheidend, ob die Verhandlungen im Hinblick auf diese Fragestellung als gescheitert zu bezeichnen sind. Aufgrund des festen Verhandlungsrahmens, der durch die Klimarahmenkonvention vorgegeben ist, sind höhere Anforderungen an das „Scheitern“ des Prozesses zu stellen.¹⁰⁰⁹ Der Einsatz unilateraler Maßnahmen

1006 AB, US-Shrimp, para. 166.

1007 Vgl. AB, US-Shrimp, para. 168 ff, sowie ausführlich: Puth, WTO und Umwelt, S. 332ff. m.w.N.

1008 AB, US-Shrimp (Art. 21.5), para. 123.

1009 Marumiyama, Trade and WTO Aspects of US Climate Change Legislation, S. 32.

stellte bei den Verhandlungen einen der maßgeblichen Knackpunkte dar, an dem sich die divergierenden Auffassungen entlang dem sog. Nord- und Südgefälle drastisch offenbarten. Es ist nicht zu erwarten, dass die Parteien zeitnah einen expliziten Kompromiss ausarbeiten werden. Betrachtet man die Verhandlungen infolgedessen als gescheitert, wird das Verhalten der jeweiligen Staaten in den Verhandlungen maßgeblich. Es ist zu hinterfragen, ob sich der konkrete Staat in den Verhandlungen ernsthaft und unter Berücksichtigung der betroffenen Interessen nach Treu und Glauben um eine einvernehmliche Übereinkunft bemüht hat oder nur scheinbar für eine Lösung gekämpft hat. Es kann daher förderlich sein, dass Interesse an einer einvernehmlichen Lösung in dem Gesetz zur Einführung eines Grenzausgleichs zum Ausdruck zu bringen.¹⁰¹⁰ Auch wenn ein bloßes Lippenbekenntnis zu einer multilateralen Lösung nicht ausreichend ist, kann der nationale Gesetzgeber dadurch zum Ausdruck bringen, dass er sich mit den Handlungsalternativen auseinandersetzt hat und untermauern, dass keine protektionistischen Motive richtungsweisend waren. Bei der Verhandlungsführung muss ein Staat, um dem Kooperationsgebot zu genügen, dem CBDR-Prinzip Rechnung tragen. Es hat den Entwicklungsstand und den Verursachungsbeitrag seiner Verhandlungspartner mitzuberücksichtigen. Den Entwicklungsländern ist, beispielsweise durch positive Anreize, besonders entgegenzukommen.¹⁰¹¹ Die Kooperationsbereitschaft ist allerdings eine Frage des Einzelfalls und kann an dieser Stelle nicht abschließend geklärt werden.

(2) Klimaschutzniveau der Staaten

Bei Ausnahmeregelungen für Staaten, die ein dem Importstaat vergleichbares Klimaschutzniveau aufweisen, kann es sich nur um eine zulässige Diskriminierung handeln, sofern das Klimaschutzniveau ein zulässiges Differenzierungskriterium darstellt. Das Klimaschutzniveau muss dafür einen hinreichenden Bezug zu dem Zweck der Maßnahme des Grenzausgleichs, namentlich dem Schutz des Klimas, zeigen. Die Anreizfunktion von Grenzausgleichsmaßnahmen zielt auf eine Anhebung des nationalen Klimaschutzniveaus in den importierenden Staaten, um deren Schutzniveau langfristig dem Inländischen anzugleichen. Das Klimaschutzniveau ist daher eine relevante Bedingung in den Staaten. Um eine Diskriminierung auszuschließen, dürfen nur Länder, die ein vergleichbares Ni-

1010 Vgl. bspw. Sec. 6003 (a) CSA: „Congress finds that the purpose described in section 6002 [insb. die Reduktion der Treibhausgasemissionen, Anm. d. Verf.] can be most effectively addressed and achieved through agreements negotiated between the United States and foreign countries.“

1011 Puth, WTO und Umwelt, S. 337.

veau aufweisen, gleich behandelt werden. Länder mit divergierenden Standards sind hingegen zwingend ungleich zu behandeln um einen Verstoß zu vermeiden.

Da eine Diskriminierung nach der *Chapeau*-Klausel zwischen Export- und Importland ebenso wenig vorliegen darf wie zwischen Exportländern,¹⁰¹² bildet das nationale Klimaschutzniveau die Obergrenze. Es ist zwingend erforderlich, eine Ausnahmeregelung für sämtliche Länder vorzusehen, die ein identisches Klimaschutzniveau aufweisen. Der Appellate Body erklärte es in der Sache *US – Shrimp* für unzulässig, exakt identische Schutzmaßnahmen von den Exportnationen zu verlangen. Er führte aus: „The actual *application* of the measure [...] *requires* other WTO Members to adopt a regulatory program that is not merely *comparable*, but rather *essentially the same*, as that applied to the United States [...]. Thus, the effect of the application of Section 609 is to establish a rigid and unbending standard [...]. Other specific policies and measures that an exporting country may have adopted for the protection and conservation of sea turtles are not taken into account, in practice, by the administrators making the comparability determination.“¹⁰¹³ Dies bedingte das Ergebnis, dass „[...] it is not acceptable, in international trade relations, for one WTO Member to use an economic embargo to require other Members to adopt essentially the same comprehensive regulatory program, to achieve a certain policy goal, as that in force within that Member's territory, without taking into consideration different conditions which may occur in the territories of those other Members.“¹⁰¹⁴ Die nationalen Anstrengungen der Handelspartner müssen daher zwingend berücksichtigt werden und könnten eine Befreiung von dem Abgabenerfordernis erforderlich machen. Um in den Vorteil der Ausnahme zu kommen, darf von einem anderen Staat nicht verlangt werden, den nationalen Regelungsstandard „eins zu eins“ zu übernehmen. Nicht nur in Anbetracht der Regelungshoheit eines jeden Staates, sondern insbesondere auch vor dem Hintergrund der Zielsetzung der Maßnahme ist es irrelevant, auf welche Art und Weise ein Staat den Schutz eines Rechtsgutes fördert, solange er dies effektiv tut. Insofern besteht Gestaltungsfreiheit. Die auf die Entscheidung *US – Shrimp* folgenden Modifikationen der Regularien der USA sahen in Umsetzung der gemachten Vorgaben vor, dass auch Länder mit Programmen, die „comparable in effectiveness“ sind, d. h. eine vergleichbare Effektivität aufweisen, von dem Importverbot ausgenommen wurden. Diese Neugestaltung der Regelung hielt der Appellate Body für mit den Anforderungen der *Chapeau*-Klausel vereinbar.¹⁰¹⁵ Es ist demnach zulässig, Wirkungsgrad

1012 Panel, *Argentina-Hides and Leather*, para. 11.134; AB, *US-Shrimp*, para.150; AB, *US-Gasoline*, S. 23f.

1013 AB, *US-Shrimp*, para. 163.

1014 AB, *US-Shrimp*, para. 164.

1015 AB, *US-Shrimp* (21.5), para. 144.

und Ziel einer Maßnahme vorzugeben, solange den Handelspartnern die Freiheit belassen wird, die Mittel zur Zweckerreichung frei zu wählen. Solange die Effektivität der alternativen Vorgehensweise gewährleistet ist, ist es hingegen unzulässig, Methoden oder Standards vorzugeben.

Doch kann auch unter Berücksichtigung der Klimarahmenkonvention und des Kyoto-Protokolls die Vergleichbarkeit der Effektivität Kriterium für die Gewährung einer Befreiung von der Grenzausgleichsverpflichtung sein? Die Vergleichbarkeit der Effektivität setzt sich aus zwei Parametern zusammen: Zu unterscheiden ist der Gegenstand des Vergleichs (die Effektivität) und der Maßstab (die Vergleichbarkeit). Diese zwei Merkmale sind getrennt voneinander auf ihre Anwendbarkeit hin zu untersuchen.

Der Maßstab der Vergleichbarkeit eröffnet Spielräume und Flexibilität bei der Bewertung verschiedener Systeme. Anders als das Konzept der Gleichheit basiert das Konzept der Vergleichbarkeit auf der Idee der Proportionalität und ermöglicht dadurch die Berücksichtigung divergierender Ausgangspositionen in verschiedenen Staaten. Die Möglichkeit der flexiblen Bewertung ist Grund für die Vereinbarkeit dieser Herangehensweise mit dem Klimarechtsregime. Zumindest dieser Teil des Konzepts genügt damit in der Theorie sowohl den Anforderungen des Welthandelsrechts als auch denen des Klimarechts. Eine Modifikation des Bewertungsmaßstabes ist nicht erforderlich.

Problematisch gestaltet sich auch die Frage nach dem tauglichen Vergleichsgegenstand. Stellt der Gesetzgeber i. S. d. *Shrimp*-Rechtsprechung, wie z. B. verschiedene Entwürfe für ein US-amerikanisches Klimagesetz auf die Vergleichbarkeit der Effektivität der nationalen Maßnahmen ab,¹⁰¹⁶ stellt sich bereits die Frage nach der praktischen Handhabung dieses Kriteriums. Wie schon an ande-

1016 Ausschlaggebend ist hierfür die Definition des Begriffs der vergleichbaren Maßnahme („comparable action“). Dies definiert der Sec. 6001 (2) CSA 2008 wie folgt: „The term 'comparable action' means any greenhouse gas regulatory programs, requirements, and other measures adopted by a foreign country that, in combination, are comparable in effect to actions carried out by the United States to limit greenhouse gas emissions pursuant to this Act, as determined by the President, taking into consideration the level of economic development of the foreign country.“ Denselben Ansatz verfolgt Sec. 502 (a)(2) LCEA, der zusätzlich aber bestimmt, dass dem Präsidenten die Entscheidung zugewiesen wird. Einen dezidiierteren Ansatz beschreibt Sec. 114 des Climate MATTERS Act. Danach liegt eine „comparable action“ vor, wenn die dafür eingerichtete „Commission determines that the percentage change in greenhouse gas emissions in the WTO participant during the relevant period is equal to, or better than, the percentage change in greenhouse emissions in the United States during that same period“ (Sec. 114 (a)(2)(A)). Zugleich sind aber auch andere Determinatoren vorgesehen. Vgl. dazu Sec. 114 (a)(2)(A).

rer Stelle ausgeführt, lassen sich die Wirkungen von Klimaschutzmaßnahmen kaum vorhersagen und bewerten.¹⁰¹⁷ Eine Vielzahl von verschiedenen Faktoren, wie z. B. die Form (fiskalisch oder marktbasiert), der rechtliche Charakter (verbindlich oder freiwillig), der Umfang (sektorabhängig oder flächendeckend) und der Umsetzungsstatus einer Maßnahme sind ausschlaggebend für deren Wirkungsweise und Wirkungsgrad.¹⁰¹⁸ Insbesondere die langfristigen Auswirkungen einer Maßnahme lassen sich kaum mit Gewissheit vorhersagen.¹⁰¹⁹ In Anbetracht dieser Ungewissheiten müssen wertende Entscheidungen Einfluss auf die Begriffsbestimmung nehmen und die bestehenden Bewertungsspielräume ausfüllen. Bedeutsam für die Vereinbarkeit einer Ausnahmeregelung mit der *Chapeau*-Regelung ist vor dem Hintergrund dieser Feststellung die Festlegung der determinierenden Faktoren. Wünschenswert wäre es, diese Entscheidung auf einen internationalen unabhängigen Entscheidungskörper zu übertragen. Da es in Anbetracht der weitreichenden Bedeutung dieser Entscheidungskompetenz dem regulierenden Staat schwerfallen könnte, diese Kompetenz abzutreten, ist es empfehlenswert, zumindest die Standards so weit wie möglich im Rahmen eines Post-Kyoto-Abkommens zwischenstaatlich zu vereinbaren. Dies wäre im Sinne der völkerrechtlichen Homogenität,¹⁰²⁰ und würde die vom WTO- und Klimarecht geforderte Objektivität gewährleisten.

Ein denkbarer Ansatz ist es, auf die konkreten Emissionseinsparungen oder den Einsatz bestimmter Technologien abzustellen. Im Endeffekt wird dadurch von allen Handelspartnern ein identisches Klimaschutzniveau verlangt. Dies steht in einem immanenten Widerspruch zu dem CBDR-Prinzip nach dem kein international einheitliches Klimaschutzniveau vorausgesetzt werden darf, sondern jedes Land einen individuell adäquaten Beitrag zu leisten hat. Dies bringt das gesamte Klimarechtsregime auch durch die Betonung des Erfordernisses der Angemessenheit unmissverständlich zum Ausdruck. Der Maßstab der vergleichbaren Effektivität ist somit im Lichte des CBDR-Prinzips nicht geeignet den verschiedenen Interessen und Bedürfnissen der Länder der Erde Rechnung zu tragen. Ist, um den Grundsätzen des Klimarechts gerecht zu werden, daher ein alternativer Vergleichsgegenstand zu ermitteln? Zwar hat der Appellate Body vertragsfremde Prinzipien bisher weder im Rahmen der Auslegung noch bei der Anwendung der *Chapeau*-Klausel herangezogen. In der Sache *US – Shrimp* wurde lediglich

1017 Vgl. dazu schon Kapitel 3. A. I. 1. d) bb) (2).

1018 Vergleiche ausführlich zu den Problemen der Bemessung: Low/Marceau/Reinaud, The interface between the trade and climate change regimes, S. 12 f; Houser/Bradley/Childs et al., Leveling the Carbon Playing Field, S. 36.

1019 Hufbauer/Charnovitz/Kim, Global Warming and the World Trading System, S. 105.

1020 Werksman in: UNEP/ADAM (Hg.), Climate and Trade Policies in a Post-2012 World, 27 (31).

zur Klärung von Tatsachenfragen auf internationale Umweltabkommen verwiesen.¹⁰²¹ Der Einleitungssatz nimmt jedoch, abgesehen von seiner herausragenden Bedeutung, keine rechtliche Sonderstellung im GATT ein. Insofern kann auf die bereits vorgenommenen Ausführungen verwiesen werden: Das CBDR-Prinzip ist bei der Auslegung der Anforderungen der *Chapeau*-Klausel zu berücksichtigen.¹⁰²² Da Form¹⁰²³ und Effektivität der Maßnahmen als Anknüpfungspunkt für die Vergleichbarkeit ausscheiden, ist ein anderer Bezugspunkt zu ermitteln, der sowohl im Einklang mit Welthandels- als auch Klimarecht steht. Richtungsweisend sind die Ausführungen des Bali Action Plans. Dort werden im Hinblick auf die Zielsetzungen eines Nachfolgeabkommens auch nationale Maßnahmen angesprochen. Es heißt: „Enhanced national/international action on mitigation of climate change, including, inter alia, consideration of: (i) Measurable, reportable and verifiable nationally appropriate mitigation commitments or actions, including quantified emission limitation and reduction objectives, by all developed country Parties, while ensuring the comparability of efforts among them, taking into account differences in their national circumstances“ (§ 1 lit. b) i) BAP). Diese Ausführungen beziehen sich zwar nur auf entwickelte Länder (an die Entwicklungsländer werden keine entsprechenden Anforderungen gestellt), sind aber von grundlegender Bedeutung, als dass die „comparability of efforts“ gefordert wird. Anders als in der WTO-Rechtsprechung wird nicht auf die *Wirkungen* einzelner Maßnahmen abgestellt, sondern auf die *Bemühungen* der einzelnen Staaten, wobei deren nationale Begebenheiten zu berücksichtigen sind. Die Bemessung und Bewertung der Klimaschutzbemühungen von Industrieländern waren daher Gegenstand verschiedener Untersuchungen, wobei auch vielfältige Bemessungsmodelle entwickelt wurden.¹⁰²⁴ Hervorzuheben ist an dieser Stelle der Vorschlag der Europäischen Kommission in der durch den Rat modifizierten Fassung (sog. *Multi-Criteria Approach*). Hiernach sind folgende Indikatoren für die Bewertung der Bemühungen eines Staates relevant: Die *ability to pay*, die anhand des Bruttoinlandsproduktes pro Kopf bestimmt wird, das Reduktionspotential des Staates, dessen Verantwortlichkeit für den Klimawandel sowie die nationalen Bedingungen (z. B. die jeweilige Bevölkerungswachs-

1021 Ekardt/Susnjar/Steffenhagen in: Hendler/Marburger/Reiff/Schröder (Hg.), *Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts* 2008, 225 (255).

1022 So auch: Hertel, *JWT* 45 (2011) 3, 653 (677); Maruyama, *Trade and WTO Aspects of U.S. Climate Change Legislation*, S. 36; Veel, *JIEL* 12 (2009) 3, 749 (790ff).

1023 Ausgeschlossen in Anbetracht der Ausführungen des Appellate Body in *US-Shrimp*, para. 164.

1024 Vgl. Elzen/Höhne/Hagemann et al. in: PBL (Hg.), *Sharing Developed Countries' Post 2012 Greenhouse Gas Emission Reductions*, S. 17ff.

tumsrate).¹⁰²⁵ Weitere Indikatoren bei der Bewertung können daneben beispielsweise die durchschnittliche Pro-Kopf-Emissionsmenge, die Zugangsmöglichkeit zu alternativen Energiequellen und die historische Emissionsmenge darstellen.¹⁰²⁶ Dieses Modell wurde zwar zur Bewertung der Bemühungen von Industrieländern bzw. zur Herleitung angemessener Reduktionsziele entwickelt, lässt sich aber ohne Modifikation auf die Bewertung der Bemühungen von Entwicklungsländern und Industrieländern übertragen und ausbauen, da das Konzept auf der Idee beruht, dass nur Staaten mit einem vergleichbaren sozioökonomischen Entwicklungsstand denselben Beitrag im Kampf gegen den Klimawandel zu leisten haben.¹⁰²⁷ Während Emissionseinsparungen für einen hochentwickelten, fortschrittlichen Industriestaat aufgrund seiner finanziellen und technischen Begebenheiten mit einem vergleichsweise geringfügigen Aufwand möglich sind, kann dieselbe Zielvorgabe ein Entwicklungsland mit dringenden anderen Prioritäten und geringeren Mitteln jedweder Art vor unüberwindbare Schwierigkeiten stellen. Vor diesem Hintergrund ist der Begriff der Bemühung als der subjektiv zu betreibende Aufwand zu verstehen. Dieser Ansatz trägt den verschiedenen Ausgangspositionen der Länder dieser Erde hinreichend Rechnung, da es sich bei der Vergleichbarkeit der Bemühungen um einen variablen Maßstab handelt. Diese Vorgehensweise steht im Einklang mit dem CBD-Prinzip und dem damit einhergehenden Gedanken „angemessener“ nationaler Maßnahmen. Für die Bestimmung der Vergleichbarkeit verschiedener nationaler Klimaschutzmaßnahmen ist daher auf den „effort“ der verschiedenen Staaten abzustellen. Wird für die Gewährung der Ausnahmebefreiung auf diesen abgestellt, so widerspricht dies nicht dem Sinn und Zweck der Schutzmaßnahme. Eine solche Ausnahme würde insofern keine Diskriminierung zwischen Ländern, in denen die gleichen Verhältnisse bestehen, darstellen. Da insofern schon keine Diskriminierung gegeben ist, ist auf die Willkürlichkeit und fehlende Rechtfertigung nicht weiter einzugehen.

Da nach der Rechtsprechung des Appellate Body nicht nur die Richtlinien der Bewertung, sondern auch die tatsächliche Entscheidungspraxis maßgeblich für die Bewertung einer Regelung ist,¹⁰²⁸ erlangt die Bestimmung eines möglichst unabhängigen und objektiven Entscheidungsträgers besondere Bedeutung. Nur wenn der Gesetzgeber sichergestellt, dass dieser die Vorgaben objektiv bewertet und umsetzt, kann er den Anforderungen der *Chapeau*-Klausel gerecht werden.

1025 So beschreibt dies Elzen/Höhne/Hagemann et al. in: PBL (Hg.), *Sharing Developed Countries' Post 2012 Greenhouse Gas Emission Reductions*, S. 18.

1026 Werksman/Bradbury/Weischer, WRI WP Dez. 2009, S. 7.

1027 Elzen/Höhne/Hagemann et al. in: PBL (Hg.), *Sharing Developed Countries' Post 2012 Greenhouse Gas Emission Reductions*, S. 13.

1028 AB, US-Shrimp, para. 161ff.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass es erforderlich ist sicherzustellen, dass den anderen Staaten eine gewisse Zeitspanne einzuräumen ist, bevor nicht vergleichbare Klimaschutzbemühungen mit dem Einsatz von Grenzausgleichsmaßnahmen quasi sanktioniert werden. In *US – Shrimp* führte der Appellate Body aus: „The length of the „phase-in“ period is not inconsequential for exporting countries desiring certification. That period related directly to the onerousness of the burdens of complying with the requisites of certification and the practical feasibility of locating and developing alternative export markets for shrimp. The shorter that period, the heavier the burdens of compliance [...]“¹⁰²⁹ Die Zeitspanne muss verhältnismäßig sein und sich insbesondere an dem Entwicklungsstand eines Staates orientieren. Eine einheitliche Einleitungsphase kann insofern in Anbetracht der bestehenden Unterschiede in den Staaten diskriminierend sein.

(3) Unterzeichnung eines Klimaschutzabkommens

Aus der Zulässigkeit einer Differenzierung anhand des Klimaschutzniveaus lässt sich nicht ohne Weiteres der Schluss ziehen, dass die Unterzeichnung bzw. Ratifikation eines Klimaschutzabkommens, wie des Kyoto- oder eines Post-Kyoto-Protokolls, ebenfalls einen zulässigen Differenzierungsgrund darstellt. *Diem* geht zwar allgemein davon aus, dass sich aus der Übernahme gewisser vertraglicher Verpflichtungen schließen lasse, dass „in den Vertragsstaaten nicht die gleichen Verhältnisse bestehen, wie in Nichtvertragsstaaten“, so dass Länder, die keinen vertraglichen Verpflichtungen unterliegen, zulässigerweise anders behandelt werden dürften als die Vertragsstaaten.¹⁰³⁰ Richtigerweise stellt die Ratifikation für sich alleine genommen aber keinen hinreichenden Indikator für das Bestehen eines bestimmten Klimaschutzniveaus dar. Aus einem Vertragsschluss kann kein zwingender Rückschluss auf die tatsächlichen Begebenheiten in einem Staat gezogen werden.¹⁰³¹ Der Abschluss modifiziert allein die rechtlichen Verpflichtungen eines Staates. Mangelnde Verbindlichkeit bestimmter Ziele und Maßnahmen geht nicht zwangsläufig mit der faktischen Ablehnung der entsprechenden politischen Zielsetzung durch die Nichtvertragsstaaten einher. Es ist hypothetisch denkbar, dass ein Staat ein Abkommen nicht ratifiziert, obwohl sein Handeln den darin statuierten Anforderungen entspricht und er dessen Grundsätze und Ideale umsetzt. Ebenso lässt sich aus der Verbindlichkeit für die Vertragsstaaten nicht zwingend schließen, dass diese die Verpflichtungen praktisch umsetzen. Dies ergibt sich schon aus dem Bestehen verschiedener Sankti-

¹⁰²⁹ AB, *US-Shrimp*, para. 174.

¹⁰³⁰ Diem, *Freihandel und Umweltschutz*, S. 73.

¹⁰³¹ I. E. zustimmend: Puth, *WTO und Umwelt*, S. 326.

onsmechanismen in vielen internationalen Abkommen. Auf politischer Ebene nimmt eine Vielzahl von Faktoren Einfluss auf die zwischenstaatlichen Verhandlungen. Die Ratifikation eines Klimaschutzabkommens ist daher kein ausreichender Indikator für das Bestehen gleicher bzw. ungleicher Verhältnisse in den Vertrags- bzw. Nichtvertragsparteien.¹⁰³² Werden Staaten allein vor dem Hintergrund ihrer klimarechtlichen Verpflichtungen unterschiedlich behandelt, ist nicht sichergestellt, dass dadurch Staaten, in denen die gleichen Verhältnisse bestehen, nicht ungleich behandelt werden, d. h. keine Diskriminierung vorliegt.

Ist das Vorliegen einer Diskriminierung im Einzelfall zu bejahen, ist in einem zweiten Schritt zu fragen, ob diese vor dem Hintergrund des Schutzzweckes der Maßnahme legitimiert ist. Dies ist der Fall, wenn die Ausnahme den Zweck der Maßnahme fördert. Der klimaschützende Sinn und Zweck der Maßnahme wird durch die Befreiung bestimmter Staaten in seiner Effizienz und Effektivität geschmälert, da die Ausnahmeregelung den befreiten Handelspartnern den Anreiz nimmt, das Klimaschutzniveau anzuheben. Da das Klimaschutzniveau derzeit in jedem einzelnen Staat verbesserungswürdig ist, lässt sich die Ausnahme auch nicht mit dem Argument begründen, von den befreiten Staaten gehe keine Gefahr für das geschützte Gut aus. Die Ausnahme läuft dem Zweck der Maßnahme zuwider, so dass sie als willkürliche bzw. ungerechtfertigte Diskriminierung zwischen Staaten, in denen die gleichen Verhältnisse bestehen, zu bewerten ist.¹⁰³³

(4) Entwicklungsstand

Ein weiteres Unterscheidungskriterium könnte der Entwicklungsstand der Länder dieser Erde darstellen. Für die Bewertung ausschlaggebend ist die Zielsetzung des klimaschutzbezogenen Grenzausgleichs. Betrachtet man dessen abstrakte Klimaschutzintention, bildet der Entwicklungsstand eines Staates ein taugliches Differenzierungskriterium, da der Schutz des Klimas effektiver erfolgen kann, wenn „die Inhaber des Gegenmittels“, d. h. die Staaten, die aufgrund ihrer wirtschaftlichen und technologischen Fähigkeiten zu effektiven Schutzmaßnahmen tatsächlich in der Lage sind, rechtlich verbindlich „in die Pflicht

1032 So auch Goh, JWT 38 (2004) 3, 395 (418); Ruddigkeit in: Tietje/Kraft (Hg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 89, S. 28 (Fn. 143); Sindico, European Energy and Environmental Law Review 17 (2008) 6, 328 (335); Gaines, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law 22 (2001) 4, 739 (782). Dagegen Bhagwati/Mavroidis, WTR 6 (2007) 2, 299 (307).

1033 I. E. zustimmend: Meyer-Ohendorf/Pitschas/Görlach, Weiterentwicklung des Emissionshandels, S. 56.

genommen werden“¹⁰³⁴. Aufgrund der höheren Gesamtemissionsmengen besteht in den Industrieländern zudem ein größeres Einsparungspotential als in den Entwicklungsländern. Auch die weitere Aufschlüsselung der Zielsetzung des Grenzausgleichs unterstreicht dieses Ergebnis. Die Anreizfunktion der Maßnahme setzt nämlich denknotwendig voraus, dass dem „gereizten“ Handelspartner das erwünschte Verhalten möglich ist. Kann dem Reiz aufgrund äußerer Rahmenbedingungen hingegen nicht gefolgt werden, aktiviert er lediglich ein Bedürfnis, führt aber nicht zu dem intendierten Verhalten. Der Reiz *muss* in diesen Fällen ins Leere gehen. Auch ein Grenzausgleich kann seine Wirkung nur entfalten, wenn die jeweilige Handelspartner, die durch den Ausgleich belastet werden, über eine reale Entscheidungsmöglichkeit verfügen. Er muss die Option haben, entweder die Belastung durch den Grenzausgleich in Kauf zu nehmen oder die Belastung durch ein nationales Vorgehen abzustellen. Ist der Staat hingegen aufgrund mangelnder wirtschaftlicher und technologischer Mittel nicht in der Lage, national höhere Klimastandards einzuführen, verfehlt die Maßnahme zwingend ihren Zweck. Ein Anreiz für wirtschaftlich oder technisch unmögliche Maßnahmen bzw. Schutzinstrumente, die im Hinblick auf akute dringende Bedürfnisse unverhältnismäßig sind, ist daher nicht geeignet das Klima zu schützen.¹⁰³⁵ Der Entwicklungsstand ist demnach ein Kriterium, das auf die Erreichung des Zwecks Einfluss nehmen kann.

Doch wie verhält sich die Bedingung des Entwicklungsstandes im Verhältnis zu der zweiten Zielsetzung einer Grenzausgleichsmaßnahme, der Verhinderung von *Carbon Leakage*? Auch wenn das Phänomen des *Carbon Leakage* umstritten ist, setzt diese Untersuchung seine Existenz voraus. In dem bereits geschilderten Szenario sind Entwicklungs- und Schwellenländer aufgrund ihres vergleichsweise niedrigen Regulierungsniveaus und der daraus resultierenden Kostenvorteile Zielpunkt für abwandernde Industrien. Um die Abwanderung von CO₂-intensiven Industrien in solche Regionen zu vermeiden, könnte es notwendig sein, insbesondere die potentiellen *pollution havens* mit einer Grenzausgleichsabgabe zu belasten. Dies würde es erforderlich machen Entwicklungsländer in den Adressatenkreis miteinzubeziehen. Daraus ergibt sich jedoch nicht, dass der Entwicklungsstand als Differenzierungskriterium zwingend ausscheiden muss. Bei genauerer Betrachtung stützt dieser Umstand vielmehr den bereits ermittelten positiven Befund. Es ist nämlich nicht maßgeblich, auf welche Art und in welche Richtung sich ein Kriterium auf die Zielerreichung auswirkt. Vielmehr ist entscheidend, dass es überhaupt Einfluss nimmt. Es ist daher

1034 Epiney/Scheyli, Umweltvölkerrecht, S. 45; Kreuter-Kirchhof, Neue Kooperationsformen im Umweltvölkerrecht, S. 526.

1035 Kreuter-Kirchhof, Neue Kooperationsformen im Umweltvölkerrecht, S. 526.

unerheblich, dass der effektive Schutz des Klimas durch die Verhinderung von *Carbon Leakage* den Einsatz von Grenzausgleichsmaßnahmen gerade gegenüber Ländern mit niedrigem Entwicklungsstand erfordert, da der Entwicklungsstand ein Indikator für die Gefahr ist, als potentieller *pollution haven* ge- bzw. missbraucht zu werden. Ausschlaggebend ist vielmehr, dass das Entwicklungsniveau Einfluss auf die Wirkungsweise eines Grenzausgleichs, auch im Zusammenhang mit der Verhinderung von *Carbon Leakage*, nimmt.

Insgesamt sprechen daher Sinn und Zweck der Maßnahme für die Berücksichtigung des Entwicklungsstandes im Rahmen der Überprüfung des Vorliegens einer Diskriminierung.¹⁰³⁶ Dieses Ergebnis steht auch in Einklang mit dem CBDR-Prinzip.

Die Klassifizierung des Entwicklungsstandes als taugliches Differenzierungskriterium bedeutet in die Praxis, dass ein Grenzausgleich die sozioökonomische Situation eines Landes nicht außer Acht lassen darf. *De facto* hat dies zur Folge, dass eine Diskriminierung i. S. d. *Chapeau*-Klausel zwischen Industrie- und Entwicklungsländern vorliegt, wenn diese beiden Gruppen gleich behandelt werden. Dies ist jedoch irrelevant, da in diesen Fällen gar kein Verstoß gegen Art. I:1 GATT gegeben ist, so dass für eine Rechtfertigung über Art. XX GATT ohnehin keine Notwendigkeit besteht. Differenziert eine Grenzausgleichsmaßnahme hingegen aufgrund des Entwicklungsstandes der Handelspartner, stellt sich vor dem Hintergrund der komplexen Heterogenität der Entwicklungsstufen die Anschlussfrage, mit welchen Abstufungen eine Sonderbehandlung zu gewähren ist bzw. wo eine Grenzziehung zu erfolgen hat. Praktisch kaum umsetzbar und rechtlich nicht erforderlich¹⁰³⁷ ist das eine Extrem, eine speziell angepasste Sonderbehandlung für jedes einzelne Land. Das andere Extrem, eine Ausnahmeregelung nur für die am wenigsten entwickelten Länder, wird hingegen dem Anspruch der Berücksichtigung des Entwicklungsniveaus nicht gerecht. Die Begrenzung der Ausnahme auf die kleine Gruppe der ärmsten Staaten verkennt die prekäre Situation der übrigen Entwicklungsländer und würde insofern eine Gleichbehandlung von Ungleichen (Entwicklungsländern und Industrieländern) zur Folge haben. Ein denkbarer Mittelweg wäre es, alle Entwicklungsländer von dem Grenzausgleich zu befreien. Maßgeblich wäre dann die Unterscheidung zwischen Industrie- und Entwicklungsländern. Problematisch ist die

1036 Zu diesem Ergebnis kommen auch: Pauwelyn, NI WP 07/02, S. 39f; Ruddigkeit in: Tietje/Kraft (Hg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 89, S. 28; Low/Marceau/Reinaud, The interface between the trade and climate change regimes, S. 20. Bordoff in: Brainard/Sorkin (Hg.), Climate Change, Trade and Competitiveness, S. (53). Ablehnend: Goh, JWT 38 (2004) 3, 395 (419f).

1037 AB, US-Shrimp (21.5), para. 149.

ser Anknüpfungspunkt, da weder im Recht der WTO noch im sonstigen Völkerrecht eine allgemein verbindliche Definition des Begriffs des Entwicklungslandes existiert. Während die Mitgliedstaaten der WTO nach dem Prinzip der Selbstkategorisierung verfahren, d. h. jedes Land seinen Status als Entwicklungs- oder Industrieland selbstständig bestimmt, versuchen internationale Organisationen anhand verschiedener wissenschaftlicher Methoden den Entwicklungsstand eines Landes abzubilden. Dazu greifen sie auf möglichst objektive Kriterien zurück und gewichten diese unterschiedlich.¹⁰³⁸ Prominente Beispiele sind zum einen die weitverbreitete Länder-Liste des *Development Assistance Committee* (DAC List of Aid Recipients) der OECD¹⁰³⁹ sowie der *Human Development Index* (HDI) des UNDP¹⁰⁴⁰. Während es sich bei der Länder-Liste der OECD um eine einkommensorientierte Klassifikation handelt, stellt der HDI einen breiter aufgestellten Wohlstandsindikator dar, der neben der ökonomischen auch die soziale Dimension (Lebenserwartung, Bildungsstand) der Entwicklung berücksichtigt.¹⁰⁴¹ Die Beispielsliste verschiedener Definitionsansätze und Beurteilungsmethoden ließe sich beliebig fortführen. In Anbetracht der unterschiedlichen Ansätze stellt sich die Frage, auf welche Klassifizierung die Ausnahmeklausel eines Grenzausgleichs verweisen sollte. Stellt ein Staat für die Erhebung eines Grenzausgleichs auf die zwei eingeführten Standards (Länder-Liste und *HDI*) ab, ist diese Differenzierung in Anbetracht ihrer weiten Verbreitung und ihres objektiven Ansatzes schwer zu beanstanden. Die Realität, in der die Entwicklung eines Staates einen stetig fortschreitenden Prozess darstellt, der verschiedene Stufen durchläuft, wird nichtsdestotrotz nur unzureichend gewürdigt. Problematisch ist zudem, dass die individuelle Verpflichtung eines Staates nach dem CBDR-Prinzip nicht zwangsläufig mit dessen Klassifizierung anhand der internationalen Standards übereinstimmt. Dieses Dilemma kann optimal durch die Verknüpfung der Ausnahmeregelung mit dem CBDR-Prinzip gelöst werden. Eine Ausnahme ist all den Staaten zu gewähren, für die dies unter Zugrundelegung des CBDR-Prinzips angemessen wäre. Sämtliche Staaten, die in Anbetracht ihres Verursachungsbeitrags bzw. ihrer finanziellen Kapazitäten eine geringe Verantwortung tragen wären daher von dem Grenzausgleich befreit bzw. hätten einen niedrigeren Satz zu entrichten. Hervorzuheben ist hierbei, dass nicht die Unterzeichnung und auch nicht die Klassifizierung eines Entwick-

1038 Vgl. dazu ausführlich: Sangmeister, Entwicklung und internationale Zusammenarbeit, S. 48.

1039 Die DAC-Liste wird alle drei Jahre überarbeitet und ist abrufbar unter: http://www.oecd.org/document/45/0,3746,en_2649_34447_2093101_1_1_1_1,00.html.

1040 Der HDI wird im jährlich erscheinenden Human Development Report der UNEP veröffentlicht und ist abrufbar unter: <http://hdr.undp.org/en/>.

1041 Eberhard, Diskriminierende Gleichbehandlung von Entwicklungsländern in der WTO?, S. 93.

lungsstaates durch das Kyoto-Protokoll ausschlaggebend für die Gewährung der Ausnahme ist. Bei den befreiten Staaten kann es sich um einen Unterzeichner des Kyoto-Protokolls bzw. eines Nachfolgeabkommen, aber auch um einen Staat handeln, der dies verweigert hat. Das CBDR-Prinzip ist insofern grundsätzlich offen formuliert. Ausschlaggebend sind allein das bisherige Verhalten und die aktuelle Situation des einzelnen Staates. In Anbetracht der fortschreitenden Entwicklung, gerade der Schwellenländer wie China und Indien, wäre es daher angebracht, diese den Grenzausgleich zumindest partiell entrichten zu lassen. Eine solche Abstufung berücksichtigt den zurückliegenden Entwicklungsstand dieser Staaten hinreichend und lässt dem Recht auf eine nachholende wirtschaftliche Entwicklung ausreichenden Raum. Zugleich wird durch diese Vorgehensweise die Effektivität des Grenzausgleiches sichergestellt. Denn durch die Erhebung des Grenzausgleichs entsteht der intendierte Handlungsanreiz für die Schwellenländer, eine Dekarbonisierung der Volkswirtschaften mitzutragen. Bedeutung hat dies insbesondere vor dem Hintergrund der rasch ansteigenden Emissionsmengen aus den Schwellenländern, vor allem den beiden „asiatischen Riesen“, die neben den Industrienationen zu Hauptemittenten heranwachsen und damit Hauptverursacher der globalen Erwärmung sind.¹⁰⁴² Diese Staaten rechtzeitig in die Klimaschutzbemühungen einzubinden ist ein essentielles Muss im Kampf gegen den Klimawandel. Orientiert sich die Ausnahmeregelung an diesen Kriterien, ist sie mit den Anforderungen der *Chapeau*-Klausel vereinbar.

(5) De Minimis-Standard

Ausnahmeregelungen sahen die US-amerikanischen Klimagesetzesentwürfe zudem für die Länder vor, deren Gesamtemissionen unter einem sog. *de minimis*-Satz liegen.¹⁰⁴³ Jeder Staat, der nachweisen kann, dass sein Anteil an der weltweiten Gesamtemissionsmenge unter einem genau festgelegten Prozentsatz liegt (z. B. 0,5% in dem CSA 2008), wird danach von der Grenzausgleichsverpflichtung befreit. Die staatliche Emissionsmenge stellt nur dann ein taugliches Differenzierungskriterium im Rahmen der *Chapeau*-Regelung dar, wenn ein hinreichend klarer Bezug zwischen dem Emissionsniveau eines Staates und der Klimaschutzintention des Grenzausgleiches besteht.

1042 Bauer/Richerzhagen, APuZ 47 (2007), 20 (20f.) mit Verweis auf den World Energy Outlook (2006) der International Energy Agency (IEA) nach dem China die USA schon bald als den weltweit größten CO₂-Emittenten ablösen wird.

1043 Vgl. Sec. 111 (b)(2)(A)(iii) Climate MATTERS Act (mit einer Definition des *de minimis*-Standards in Sec. 111 (b)(2)(B)); Sec. 502 (f)(3)(A)(i) LCEA (mit Def. in Sec. 502 (f)(3)(C)(i) LCEA); Sec. 768 (a)(1)(E)(iii) ACES; Sec. 6006 (b)(2)(A)(ii)(B) CSA 2008.

Hilfreich bei der Beurteilung dieses Anknüpfungspunktes ist wiederum die Entscheidung in der Sache *US – Shrimp*. Der Streitgegenstand, die Section 609 zu dem US-amerikanischen Endangered Species Act, sah neben der im Mittelpunkt der Entscheidung stehenden Ausnahme für Krabben aus Staaten, deren Schutzkonzept und Beifangrate von Meeresschildkröten den amerikanischen Standards entsprachen, auch eine Ausnahme für Krabben aus Staaten vor, in denen aufgrund der natürlichen Begebenheiten im Fanggebiet eine Gefährdung von Meeresschildkröten von vornherein ausgeschlossen war. Der Appellate Body ging auf diese Regelung nicht genauer ein, hielt sie aber implizit für mit den Anforderungen der *Chapeau*-Klausel vereinbar, da von den ausgenommenen Staaten keine Gefährdung für das Schutzgut ausgehe.¹⁰⁴⁴ Entscheidend für die Bewertung einer *de minimis*-Regelung ist daher, ob von den Geringemittenten eine Gefahr für das Schutzgut ausgeht. Da Emissionen unabhängig von ihrem Entstehungsort stets die gleiche klimaschädigende Wirkung aufweisen, ist dies abzulehnen.

Der Bezug zu der Schutzintention der Maßnahme könnte jedoch insofern bestehen, als dass bei einer im Vergleich zum Weltdurchschnitt geringen Emissionsmenge kein Reduktionspotential vorhanden sein könnte. Die Erhebung eines Grenzausgleichs könnte daher in diesen Ländern nicht geeignet sein, das angestrebte Ziel zu erreichen. Zur Klärung dieser Fragen können die Überlegungen zur Relevanz des Entwicklungsstands teilweise fruchtbar gemacht werden. Denn Ausgangspunkt für die Befreiung der *de minimis*-Emittenten ist die Überlegung, dass es sich hierbei größtenteils um Staaten handelt, deren wirtschaftliche Entwicklung und nationale Industrialisierung unzureichend fortgeschritten sind. Vom Ansatz richtet sich eine solche Differenzierung an Entwicklungsländer, teilweise wird die Eigenschaft als Entwicklungsland auch zwingend als zusätzliche Voraussetzung gefordert. Doch anders als der Entwicklungsstand hat der Umstand, dass die Emissionsmenge eines Staates unter einem willkürlich (!) festgelegten *de minimis*-Prozentsatz liegt, keine Aussagekraft hinsichtlich des Einsparungspotential eines Staates und seinen Umsetzungsmöglichkeiten.¹⁰⁴⁵ Es existieren Staaten, deren Emissionsmenge allein aufgrund einer geringen Staatsfläche und kleiner Bevölkerungszahl unter dem vorgegebenen Satz bleiben.¹⁰⁴⁶

1044 AB, US-Shrimp, para. 138f.

1045 Fälschlicherweise von der Möglichkeit eines Rückschlusses von dem Emissionsniveau auf den Entwicklungsstand scheinen hingegen Anderson/Mehling/van Asselt und Shoyer auszugehen. Vgl. respektive diess., Linking the EU's Emissions Trading System to any Future US Emissions Trading Scheme, S. 53; ders., Background Analysis, S. 11.

1046 Vgl. bspw. die vergleichsweise geringe Gesamtemissionsmenge von Finnland (Weltranglistenplatz 52), die unter der Schwelle von 0,5 % liegt. Nichtsdestotrotz ist die Pro-Kopf-Emissionsmenge eher hoch (Weltranglistenplatz 27). Vgl. zu dem Länderrankings

Des Weiteren besteht die Gefahr des *Carbon Leakage* unabhängig von den Emissionswerten eines Staates. Um die Abwanderung von Emittenten zu bekämpfen, ist das Emissionsniveau eines Staates mithin kein geeignetes Differenzierungskriterium. Das Emissionsniveau eines Landes scheidet daher als taugliches Differenzierungskriterium aus. Werden Staaten mit über bzw. unter dem *de-minimis*-Satz befindlichen Emissionen unterschiedlich behandelt, stellt dies eine Diskriminierung von Ländern, in denen die gleichen Verhältnisse bestehen, dar. Willkürlich und ungerechtfertigt ist diese, wenn diese nicht durch den Zweck der Maßnahme, namentlich den Klimaschutz, legitimiert ist. Ausnahmen von der Grenzausgleichsabgabe laufen dessen Sinn und Zweck grundsätzlich zuwider. Je weitläufiger ein Grenzausgleich erhoben wird, desto effektiver ist er in seiner Wirkungsweise. Es ist kein Grund ersichtlich, dass eine Ausnahme gerade für die *de-minimis*-Emittenten eine andere Bewertung verdient. Denn wie bereits ausgeführt, besitzt die Gesamtemissionsmenge gerade keine Aussagekraft im Hinblick auf das Emissionseinsparungspotential eines Landes.

(6) Zwischenergebnis

Der Einleitungssatz des Art. XX GATT ist entscheidend für die endgültige Rechtfertigung einer Maßnahme. Die Anwendung eines Klimagrenzausgleichs darf danach weder zu einer ungerechtfertigten noch zu einer willkürlichen Diskriminierung zwischen Ländern, in denen die gleichen Verhältnisse herrschen, führen. Hängt das Vorliegen einer Diskriminierung davon ab, welche Verhältnisse in dem Ländervergleichspaar bestehen, ist die Definition der relevanten Verhältnisse als Bestimmung der jeweiligen Vergleichsobjekte denknotwendig der erste Schritt eines Vergleichs. Nur wenn die Verhältnisse gleich sind, kann eine Ungleichbehandlung eine Diskriminierung darstellen. Sind die Verhältnisse in den Ländern hingegen ungleich, ist vielmehr die Gleichbehandlung diskriminierend und unzulässig

Es stellt sich daher zum einen die Frage, welche „Verhältnisse“ für die Bestimmung des Vergleichsmaßstabs maßgeblich sind, und zum anderen, wie sehr diese Verhältnisse einander entsprechen müssen, um als „gleich“ bewertet zu werden. In Anbetracht von Sinn und Zweck der *Chapeau*-Klausel, die der Verhinderung einer missbräuchlichen Berufung auf die legitimen Schutzziele dient, ist es folgerichtig, eine Beschränkung der maßgeblichen Verhältnisse herzuleiten. Es sind nur solche Verhältnisse in Betracht zu ziehen, die in einem Bezug zu der politischen Zielsetzung der Maßnahme stehen. Ist der Zustand hingegen im

die Statistiken des Carbon Dioxide Information Analysis Center. Abrufbar unter: http://cdiac.ornl.gov/trends/emis/tre_coun.html. Zuletzt besucht am 25. April 2012.

Hinblick auf die nichtökonomische Zielsetzung der Maßnahme irrelevant, muss er bei der Bestimmung der Vergleichsgruppen außer Acht bleiben. Die Existenz der zusätzlichen Anforderung „willkürlich“ oder „ungerechtfertigt“ impliziert, dass bestimmte Diskriminierungen, wenn sie unwillkürlich und gerechtfertigt sind, mit der *Chapeau*-Klausel des Art. XX GATT vereinbar sind. Dies ist der Fall, wenn die Erklärungsgrundlage für die Diskriminierung nicht bloß rational nachvollziehbar ist, sondern darüber hinaus einen hinreichenden Bezug zu dem Zweck der Maßnahme aufweist. Stehe die Begründung hingegen ohne rationale Verbindung zu der Zielsetzung des Absatzes oder richte sich sogar gegen vorgegebenen Schutzzweck der Maßnahme, ist sie mit den Anforderungen der *Chapeau*-Klausel nicht zu vereinen.

Im Hinblick auf die Motivation des Grenzausgleichs, der den Schutz des Klimas der Erde bezweckt, kommen zwei taugliche Differenzierungskriterien in Betracht. Hierbei handelt es sich zum einen um vergleichbare staatliche Klimaschutzanstrengungen sowie den Entwicklungsstand eines Staates. Für die Umsetzung eines Grenzausgleiches bedeutet dies, dass Staaten, die dem Importland vergleichbare Klimaschutzanstrengungen unternehmen, von der Abgabe ausgenommen werden müssen. Es dürfen jedoch keine identische Anstrengung des Handelspartners voraussetzt werden. In Anbetracht der Staatensouveränität muss ihnen ein Gestaltungsspielraum bei der Wahl der Mittel verbleiben. Abzustellen ist zudem auf die *Bemühungen* der Staaten im Einzelfall und nicht etwa auf die Effektivität ihrer Maßnahmen. Dies erfordert das CBDR-Prinzip. Mögliche Indikatoren für die Bemessung und Bewertung der Klimaschutzbemühungen sind beispielsweise die *ability to pay*, das Reduktionspotential eines Staates, dessen Verantwortlichkeit für den Klimawandel. Eine Ungleichbehandlung von Staaten mit divergierenden Anstrengungen ist nicht nur mit der *Chapeau*-Regelung des Art. XX GATT vereinbar, sondern wird durch sie zwingend erforderlich.

Auch die Unterscheidung nach dem Entwicklungsstand ist zulässig, solange Kriterien gewählt werden, die den sozioökonomischen Verhältnissen hinreichend Rechnung tragen. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die relevanten Umstände in den verschiedenen Ländern (Klimaschutzanstrengungen/Entwicklungsniveau) lediglich dann hinreichend berücksichtigt werden, wenn die Ausnahmen nicht nur auf dem Papier vorgesehen sind, sondern durch die Administratoren auch tatsächlich in die Praxis umgesetzt werden.¹⁰⁴⁷ Insofern hat die Anwendung der Grenzausgleichsmaßnahmen nicht beliebig, son-

1047 AB, US-Shrimp, para. 161ff.

dern nach den Prinzipien der Transparenz, des *Due Process* und der *Basic Fairness*, zu erfolgen.¹⁰⁴⁸

Die Unterzeichnung eines Klimaabkommens und eine unter einer *de minimis*-Schwelle liegende Emissionsmenge scheiden hingegen als taugliche Differenzierungskriterien aus. Werden Länder aufgrund dieser Eigenschaften anders behandelt als die übrigen Staaten, so liegt eine Diskriminierung vor. Diese muss in Anbetracht des Sinns und Zwecks einer Grenzausgleichsmaßnahme als willkürlich und ungerechtfertigt bewertet werden, da eine Befreiung die Effizienz und Effektivität der Maßnahme schmälert indem sie den befreiten Handelspartnern den Anreiz nimmt, das Klimaschutzniveau anzuheben.

Diese Ergebnisse verdeutlichen, dass sich der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung eines Grenzausgleichs entscheiden muss: Entweder, er wählt die flächendeckende Einführung der Maßnahme und erhöht so die Chancen im Hinblick auf die Vereinbarkeit der Maßnahme mit den GATT-Vorschriften, verringert dadurch aber zugleich die Wahrscheinlichkeit der Rechtfertigung für den Fall, dass eine Verletzung der Normen bejaht werden sollte. Alternativ kann er sich für den differenzierten Einsatz des Grenzausgleichs entscheiden, billigend den Verstoß gegen das Meistbegünstigungsprinzip in Kauf nehmen und dementsprechend voll und ganz auf die Möglichkeit der Rechtfertigung der Maßnahme setzen. In jedem Falle ist es ratsam, sich für eine Strategie zu entscheiden.¹⁰⁴⁹

b) Verbot einer verschleierte Handelsbeschränkung

Letztlich untersagt die *Chapeau*-Klausel das Vorliegen einer verschleierte Handelsbeschränkung („disguised restriction on international trade“). Zum Verständnis dieser Voraussetzung haben die Spruchorgane über die Jahre drei verschiedene Kriterien eingeführt.¹⁰⁵⁰ Hierbei handelt es sich zunächst um den sog. „publicity test“ (Offenkundigkeitstest), den das Panel in der Sache *US – Canadian Tuna* zugrunde legte. Ein Verstoß scheidet danach aus, wenn eine Maßnahme explizit als Handelsmaßnahme ergriffen und auch als solche öffentlich bekannt gemacht worden ist.¹⁰⁵¹ Diese Auslegung betonte allein das Transparenzerfordernis, ließ jedoch das Tatbestandsmerkmal der Handelsbeschränkung

1048 AB, US-Shrimp, para. 180ff.

1049 Van Asselt/Brewer/Mehling, Climate Strategies WP, März 2009, S. 55.

1050 WTO, CTE, Note by the Secretariat, WT/CTE/W/203 (2002), para. 79.

1051 Vgl. GATT-Panel, US-Canadian Tuna, para. 4.8: „The Panel furthermore felt that the United States action should not be considered to be a disguised restriction on international trade, noting that the United States prohibition of imports of tuna and tuna products from Canada had been taken as a trade measures and publicly announced as such.“

vollkommen außer Acht und wurde dafür heftig kritisiert.¹⁰⁵² In der Entscheidung *US – Gasoline* trat der Appellate Body dieser engen Herangehensweise entschieden entgegen. Er führte aus: „It is equally clear that *concealed or unannounced* restriction or discrimination in international trade does *not* exhaust the meaning of 'disguised restriction'.“¹⁰⁵³ Vielmehr seien die verschiedenen Standards der *Chapeau*-Klausel zusammen zu lesen, so dass auch die Umstände, die für die Feststellung einer willkürlichen und ungerechtfertigten Diskriminierung relevant sind, im Rahmen der Überprüfung erörtert werden müssten, da auch der dritte Standard Ausdruck des Missbrauchsverbots sei.¹⁰⁵⁴ Maßgeblich ist somit, ob eine Maßnahme unter dem Deckmantel eines legitimen Schutzzieles indirekt den Schutz der einheimischen Industrie bewirkt. Dieser Ansatz wurde auch von dem Panel in *EC – Asbestos* verfolgt und weiterentwickelt. Das Panel besann sich diesbezüglich erneut auf die Bedeutung des Wortes „disguised“ und führte aus: „as ordinarily understood, the verb 'to disguise' implies an *intention*. Thus, 'to disguise' (*déguiser*) means, in particular, 'conceal beneath deceptive appearances, counterfeit', 'alter so as to deceive', 'misrepresent', 'dissimulate'. Accordingly, a restriction which formally meets the requirements of Article XX(b) will constitute an abuse if such compliance is in fact only a disguise to conceal the pursuit of trade-restrictive objectives.“ Indiz für eine protektionistische Zielsetzung seien „design, architecture and revealing structure“ der Maßnahme.¹⁰⁵⁵

Dies bedeutet für den Einsatz von klimaschutzbedingten Grenzausgleichsmaßnahmen zunächst, dass er offen und transparent dargelegt und angekündigt werden muss. Diese Hürde sollte einfach zu nehmen sein. Schwieriger wird sich im Vergleich dazu die Aufgabe erweisen darzulegen, dass der Klimaschutz nicht nur einen Deckmantel für den Schutz der inländischen Wirtschaft darstellt, sondern, dass tatsächlich der Kampf gegen die globale Erwärmung die Motivation der Maßnahme darstellt. Bei dieser Bewertung handelt es sich um eine Frage des Einzelfalls. Wie vom Appellate Body dargelegt werden dabei das konkrete Design, die Ausgestaltung und Struktur der Maßnahme ausschlaggebend sein. Dem Gesetzgeber ist daher anzuraten, nicht nur in der Präambel den klimaschützenden Sinn und Zweck der Maßnahme zu betonen, sondern diesen auch durch die konkreten Regelungen zum Ausdruck zu bringen.

1052 Z. B. durch Klabbers, JWT 26 (1992) 2, 63 (91).

1053 AB, US-Gasoline, S. 25.

1054 AB, US-Gasoline, S. 25.

1055 Panel, EC-Asbestos, para. 8.236.

c) Auswirkungen des Abschlusses eines Nachfolgeabkommens

Gemäß des Kredos „die Hoffnung stirbt zuletzt“ soll in der fortbestehenden Hoffnung, dass die Parteien der Klimarahmenkonvention die kommenden Chancen ergreifen werden, um ein umfassendes Post-Kyoto-Protokoll zu verabschieden, an dieser Stelle knapp auf die Auswirkungen eines entsprechenden Abkommens auf die Anwendung der *Chapeau*-Klausel eingegangen werden. Maßgeblich für die Bewertung ist die Frage, ob und wie ein Post-Kyoto-Protokoll den Einsatz unilateraler Handelsmaßnahmen regeln wird. Diesbezüglich sind verschiedene Konstellationen denkbar: Die Gruppe der 77, ein loser Zusammenschluss verschiedener Entwicklungsländer,¹⁰⁵⁶ vertritt die Position, dass ein nachfolgendes Protokoll den Einsatz unilateraler Maßnahmen zur Förderung des Klimaschutzes explizit ausschließen sollte (sog. negative Handelsregelung). Verwiesen werden kann insofern auf einen der vorgebrachten Vorschläge für den Verhandlungstext für die Vertragsstaatenkonferenz für Kopenhagen, der aufgrund der fortbestehenden Unsicherheiten auch den Verhandlungen von Cancun und Durban zugrunde lag. Dieser sieht vor, dass „developed country Parties shall not resort to any form of unilateral measures including tariff and non-tariff, and other fiscal and non-fiscal border trade measures, against goods and services imported from developing country Parties, on any grounds related to climate change. Such measures would violate the principles and provisions of the Convention [...]“¹⁰⁵⁷. Eine andere Möglichkeit und ein Kompromiss zwischen Entwicklungs- und Industrieländern wäre ein Schweigen des Abkommens im Hinblick auf den Einsatz unilateraler Maßnahmen. Die dritte Variante läge in der Einführung einer positiven Handelsregelung. Das Post-Kyoto-Protokoll würde dann das Ergreifen von unilateralen Handelsmaßnahmen zwischen den Vertragsparteien ausdrücklich vorsehen und ihren Einsatz *expressis verbis* billigen.

Die Form der Regelung ist ausschlaggebend für die Beurteilung einer in diesem Zusammenhang ergriffenen Grenzausgleichsmaßnahme unter der *Chapeau*-Klausel des Art. XX GATT. Eine negative Handelsregelung stellt einen vertraglich manifestierten Interessenausgleich der Vertragsparteien dar. Der Sinn und Zweck der *Chapeau*-Klausel, Freihandels- und Umweltschutzinteressen gegeneinander abzuwägen und dadurch einem gerechten Ausgleich zuzuführen, wird durch die Parteien bei einer negativen Handelsregelung selbst zugunsten der Freihandelsinteressen entschieden. Diese Wertung der Vertragsparteien kann

1056 Vgl. zum Eigenverständnis der Gruppe der 77: <http://www.g77.org/doc/>. Zuletzt besucht am 23. April 2012.

1057 Chapter I. C. 6. Alternative 2 Option 3. Vgl. UNFCCC, AWGLCA 12th Sess., Negotiating Text, FCCC/AWGLCA/2010/14 (2010).

und darf nicht übergangen werden,¹⁰⁵⁸ so dass eine ausdrücklich untersagte Handelsmaßnahme nicht durch einen Verweis auf Art. XX GATT gerechtfertigt werden kann. Eine Rechtfertigung ist daher in diesem Falle von vornherein ausgeschlossen.

Schweigt das Abkommen in Bezug auf unilaterale Handelsmaßnahmen, ist deren Einsatz, selbst wenn sie dem Zweck des Abkommen zu dienen bestimmt sind (sog. *Multilateral Environmental Agreement-Related Measures*)¹⁰⁵⁹, nicht automatisch gerechtfertigt, sondern hängt von der Überprüfung der Chapeau-Klausel im Einzelfall ab. Hierbei nimmt das Klimaabkommen über Art. 31 Abs. 3 lit. c) WVRK Einfluss auf die Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale und muss zur Klärung von Tatbestandsfragen herangezogen werden.¹⁰⁶⁰ Insofern kann weitläufig auf die vorgenommenen Ausführungen verwiesen werden.

Hinsichtlich der Implikationen einer positiven Handelsregelung sind Handelsmaßnahmen, die von dem Abkommen zwingend vorausgesetzt werden, und solche, die ausdrücklich gestattet sind, zu unterscheiden. In beiden Konstellationen ist parallel zu den negativen Handelsregelungen dem von den Vertragsparteien ausgehandelten Ausgleich der betroffenen Interessen im Rahmen des Art. XX GATT Rechnung zu tragen. Da die Vertragsparteien im Falle einer positiven Handelsregelung den Belangen des Umweltschutzes den Vorzug gegeben haben, spricht dies regelmäßig für die Rechtfertigungsmöglichkeit einer entsprechenden Maßnahme. Der Appellate Body führte insofern sinngemäß aus: „The juxtaposition of (a) the *consensual* undertakings to put in place regulations [...] with (b) the reaffirmation of the parties' obligations under the *WTO Agreement*, [...] suggests that the parties to the [...] Convention together marked out the equilibrium line to which we referred earlier. [...] Moreover, the [...] Convention emphasizes the continuing validity and significance of Article XI of the GATT 1994, and of the obligations of the *WTO Agreement* generally, in maintaining the balance of rights and obligations under the *WTO Agreement* among the signatories of that Convention.“¹⁰⁶¹ Konkret bedeutet dies, dass die Anforderungen der *Chapeau*-Klausel im Sinne einer konfliktvermeidenden Auslegung so zu bestimmen sind, dass sie mit den Erfordernissen des Umweltschutzabkommens im Einklang stehen und kein Normkonflikt auftritt.¹⁰⁶² Dies geht nicht mit einer Beweislastumkehr einher.¹⁰⁶³ Grundsätzlich spricht jedoch eine allge-

1058 Puth, WTO und Umwelt, S. 339.

1059 Puth, WTO und Umwelt, S. 339.

1060 Marceau, JWT 33 (1999) 5, 87 (131).

1061 AB, US-Shrimp, para. 170.

1062 Marceau, JWT 33 (1999) 5, 87 (130).

1063 Panizzon/Arnold/Cottier, Umweltrecht in der Praxis 2010, 199 (237).

meine Vermutung dafür, dass die Voraussetzungen als erfüllt zu betrachten sind.¹⁰⁶⁴

Diese Ausführungen stehen unter der Bedingung, das ein potentielle Post-Kyoto-Abkommen einen ebenso großen Mitgliedskreis wie sein Vorgänger erlangen wird. Andernfalls gelten sie nur in dem Falle, dass die Streitparteien, die über die Rechtfertigung streiten, das Abkommen ratifiziert haben. Gegenüber Nichtvertragsparteien kann zum Zwecke der Ziehung der „line of equilibrium“ nicht auf den Ausgleich zwischen anderen Staaten verwiesen werden. Der zwischen einigen Mitgliedstaaten gewonnene Kompromiss darf keine allgemeine rechtfertigende Wirkung entfalten, so dass die Maßnahme im Einzelfall an den einzelnen Standards des Art. XX GATT gemessen werden muss.¹⁰⁶⁵

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass eine explizite Regelung des Einsatzes von unilateralen Handelsmaßnahmen wünschenswert ist, da sie weitreichend zur Klärung der offenen Fragen beitragen könnten.

5. Ergebnis

Eine Klimagrenzausgleichsregelung ist einer Rechtfertigung grundsätzlich zugänglich. Um eine Rechtfertigung zu ermöglichen, muss der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung jedoch ein besonderes Augenmerk auf Design und Struktur der Gesamtregelung legen. Der Schutzbereich des Art. XX lit. b) und g) GATT ist eröffnet. Wird sichergestellt, dass der klimaschützende Sinn und Zweck der Maßnahme nicht nur deklariert, sondern auch aus den materiellen Regelungen ersichtlich wird, dürfte im Regelfall auch den jeweiligen *Link*-Anforderungen Genüge getan werden. Die endgültige Rechtfertigung steht sodann unter dem Vorbehalt, dass die Regelung auch nicht zwischen Ländern, in denen die gleichen Verhältnisse bestehen, ungerechtfertigt oder willkürlich diskriminiert. Es ist daher möglich eine Differenzierung vorzunehmen, solange diese mit der ökologischen Zielsetzung der Maßnahme in Einklang steht. Dies ist der Fall, wenn Länder, die vergleichbare Klimaschutzbemühungen betreiben und Entwicklungsländer von den Verpflichtungen befreit werden.

1064 Puth, WTO und Umwelt, S. 337f; Marceau, JWT 33 (1999) 5, 87 (131); Sampson, The World Economy 24 (2001) 9, 1109 (1120).

1065 Puth, WTO und Umwelt, S. 340; Marceau, JWT 33 (1999) 5, (87) 132f.

III. Rechtfertigung einer Vorzugsbehandlung von Entwicklungsländern über die Ermächtigungsklausel („Enabling Clause“)

Eine zusätzliche Besonderheit besteht im Hinblick auf die Rechtfertigung einer Vorzugsgewährung für Entwicklungsländer. Schon an anderer Stelle wurde darauf hingewiesen, dass verschiedene Normen der WTO-Rechtsordnung zum Zwecke der effektiven Beteiligung und Integration der Entwicklungsländer in die internationale Wirtschaftsordnung diesen rechtliche Sonder- und Vorzugsrechte einräumen. Teil dieses Normkomplexes, der als *Special and Differential Treatment* bezeichnet wird, ist die sog. *Enabling Clause* (Ermächtigungsklausel).¹⁰⁶⁶ Deren zentrale Norm (Abs. 1 *Enabling Clause*) sieht als Rechtsfolge die Legitimierung einer Verletzung des Meistbegünstigungsgrundsatzes vor und gestattet den Industriestaaten dadurch die unbefristete und einseitige Begünstigung von Waren aus Entwicklungsländern.¹⁰⁶⁷ Die Gewährung von Handelspräferenzen ist nach der *Enabling Clause* jedoch nicht schrankenlos möglich. Der konkrete Anwendungsbereich wird durch Absatz 2 auf die dort nummerierten Maßnahmen, die sich zudem im Rahmen der inhaltlichen Grenzen des Absatzes 3 halten müssen, beschränkt. Im Folgenden ist zu untersuchen, ob eine allgemeine Ausnahme für Entwicklungsländer bzw. die am wenigsten entwickelten Länder bei der Einführung eines klimaschutzbezogenen Grenzausgleiches unter Berufung auf die *Enabling Clause* gerechtfertigt werden kann und ob es des Weiteren denkbar wäre, die Befreiung von der Grenzausgleichsabgabe an bestimmte Anforderungen zu knüpfen (sog. positive Konditionalität).

1. Anforderungen der Enabling Clause

Absatz 2 der *Enabling Clause* listet vier Bereiche auf, in denen Begünstigungen von einem Mitgliedstaat mit der legitimierenden Rechtsfolge des Absatzes 1 ergriffen werden können. Dazu zählen nach Absatz 2 lit. a) Zollpräferenzen, also auch Zollbefreiungen, die die entwickelten Vertragsparteien Produkten mit Ursprung aus Entwicklungsländern nach Maßgabe ihres jeweiligen Allgemeinen Präferenzsystems („Generalized System of Preferences“) einräumen können. Da die zugehörige Fußnote 3 insofern auf die Entscheidung der Vertragsparteien

1066 WTO, Decision on Differential and More Favourable Treatment, Reciprocity and Fuller Participation of Developing Countries, 28. November 1979, L/4903. Im Folgenden: *Enabling Clause*.

1067 Der Appellate Body bewertete die *Enabling Clause* dogmatisch als Ausnahmevorschrift zu Art. I:1 GATT. Vgl. AB, EC-Tariff Preferences, para. 90. Der Rechtscharakter der *Enabling Clause* ist insofern „limitiert“ als dass sie den begünstigten Staaten kein subjektives Recht auf die Gewährung von Handelspräferenzen einräumt. Vgl. Jessen, WTO-Recht und „Entwicklungsländer“, S. 333.

vom 25. Juni 1971 (*Waiver Decision 1971*) verweist,¹⁰⁶⁸ sind diese Präferenzen insbesondere an den dort vorgegebenen Kriterien, „generalized“, „non-reciprocal“ sowie „non-discriminatory“ zu messen.¹⁰⁶⁹

Fraglos mit diesen Anforderungen vereinbar sind Ausnahmeregelungen, die allen Entwicklungsländern eine Vorzugsbehandlung einräumen.¹⁰⁷⁰ Ebenso zu rechtfertigen sind Ausnahmen für die am wenigsten entwickelten Länder. Schwieriger gestaltet sich hingegen die Bewertung der Frage nach der Zulässigkeit von Ausnahmeregelungen, deren Gewährung an die Ratifikation und Umsetzung eines Klimaschutzabkommens geknüpft ist. Angesprochen ist damit die Frage nach der Zulässigkeit sog. positiver Konditionalität in Form von „Anreizvereinbarungen“, bei denen Entwicklungsländern Zollpräferenzen als eine Art „Belohnung“ für politische Reformanstrengungen gewährt werden.¹⁰⁷¹

a) Diskriminierungsverbot

Entscheidend für die Zulässigkeit von konditionellen Ausnahmeregelungen ist insbesondere das Erfordernis der Nichtdiskriminierung. Wie bereits erwähnt, findet das Konzept der Nichtdiskriminierung im GATT/WTO-System keine

1068 Diese unter dem Titel „Allgemeines Präferenzsystem“ („Generalized System of Preferences“) getroffene Entscheidung der GATT-Vertragsparteien sieht für alle Mitgliedstaaten gleichermaßen und ohne Einzelfallprüfung eine Befreiung von der Meistbegünstigungsverpflichtung zur Errichtung von Zollpräferenzsystemen unter bestimmten Voraussetzungen vor. Die Vertragsparteien bezweckten damit eine Vereinfachung des Procedere im Vergleich zu dem bürokratischen Verfahren der Stellung eines Antrags auf Gewährung eines sog. Waiver nach Art. XXV:5 GATT, der zu demselben Ergebnis geführt hätte. Vgl. Eberhard, Diskriminierende Gleichbehandlung von Entwicklungsländern in der WTO?, S. 83f.

1069 Lange Zeit wurde in der Literatur bestritten, dass sich aus diesem Verweis verpflichtende Kriterien ergeben. Präferenzgeber seien daher bei der Errichtung von Präferenzsystemen nicht an sie gebunden (Vgl. bspw. Bartels, JIEL 6 (2003) 2, 507 (518ff)). Der Appellate Body bewertet die durch den Verweis in Bezug genommenen Merkmale jedoch als rechtlich verbindlich (vgl. AB, EC-Tariff Preferences, para. 145ff., i.E. zustimmend Eberhard, Diskriminierende Gleichbehandlung von Entwicklungsländern in der WTO?, S. 150f.). Die drei Merkmale sind somit als gleichwertige und verbindliche Tatbestandsmerkmale der Enabling Clause zu werten.

1070 Vgl. hinsichtlich Klassifizierungsprobleme die Ausführungen in Kapitel 3. A. II. 3. a) cc) (5).

1071 Die Unterscheidung zwischen positiver und negativer Konditionalität geht auf Bartels zurück. Während bei der negativen Konditionalität Präferenzen als Art Sanktion für ein bestimmtes Verhalten gestrichen werden, setzt die positive Konditionalität einen Anreiz für ein bestimmtes Verhalten, indem sie dies mit besonderen zusätzlichen Präferenzen belohnt. Bartels, JIEL 6 (2003) 2, 507 (508).

einheitliche Verwendung. Auch im Zusammenhang mit der *Enabling Clause* ist der exakte Bedeutungsumfang umstritten.

In der Sache *EC – Tariff Preferences* kam der Appellate Body zu folgendem Ergebnis: „[...] [T]he term „non-discriminatory“ in footnote 3 does not prohibit developed-country Members from granting different tariffs to products originating in different GSP beneficiaries, provided that such differential tariff treatment meets the remaining conditions in the Enabling Clause.“ Die Förderung einzelner Untergruppen von Entwicklungsländern verstößt danach so lange nicht gegen das Diskriminierungsverbot der *Enabling Clause*, wie die identischen Zollpräferenzen all den Staaten gewährt werden, die sich im Hinblick auf die zollpräferenzielle Förderung in einer vergleichbaren Situation befinden („available to all similarly situated GSP beneficiaries“).¹⁰⁷² Der Appellate Body konkretisierte diese tatbestandliche Grenze dahingehend, dass sich eine Differenzierung nach objektiven und transparenten Kriterien richten muss („objective set of transparent criteria“),¹⁰⁷³ wobei gemäß Absatz 3 lit. c) *Enabling Clause* nur die Entwicklungs-, Finanz- oder Handelsbedürfnisse der Entwicklungsländer relevant werden dürfen.¹⁰⁷⁴ Der Begriff des Entwicklungsbedürfnisses umfasst hierbei nicht nur die rein wirtschaftliche, sondern auch die „nachhaltige“ Entwicklung eines Staates und schließt die soziale Entwicklung sowie den Umweltschutz mit ein.¹⁰⁷⁵ Diese dynamische Auslegung steht nicht nur im Einklang mit der Präambel des ÜWTO, sondern auch mit der *UN Declaration on the Right to Development*, die „Entwicklung“ als einen „umfangreichen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen und politischen Prozess, der darauf zielt, eine konstante Verbesserung des Allgemeinwohls herbeizuführen“, definiert.¹⁰⁷⁶ Zudem setzte die Differenzierung nach den Ausführungen des Appellate Body voraus, dass die Zollpräferenz ein effektives Mittel darstellt, um auf die in den Entwicklungsländern bestehenden Bedürfnisse positiv zu reagieren. Aus diesem Grunde muss ein „ausreichender Zusammenhang“ („sufficient nexus“) zwischen der Präferenz und dem abzuhelfenden Bedürfnis bestehen.¹⁰⁷⁷

1072 AB, *EC-Tariff Preferences*, para. 173. Diese Herangehensweise spiegelt das Konzept der Chapeau-Klausel des Art. XX GATT wieder.

1073 AB, *EC-Tariff Preferences*, para. 163.

1074 Das „und“ in der Auflistung durch Abs. 3 lit. c) *Enabling Clause* ist als ein „oder“ zu interpretieren, so dass die verschiedenen Bedürfnisse nicht kumulativ vorliegen müssen. Vgl. AB, *EC-Tariff Preferences*, para 163.

1075 AB, *US-Shrimp*, Fn. 107. Insofern kritisch: Eberhard, *Diskriminierende Gleichbehandlung von Entwicklungsländern?*, S. 219.

1076 *UN Declaration on the Right to Development*, Resolution 41/128 der Generalversammlung v. 4. Dezember 1986.

1077 AB, *EC-Tariff Preferences*, para. 164.

Fraglich und umstritten ist, ob die Gewährung an eine zusätzliche Bedingung, wie die Ratifikation eines bestimmten Abkommens, geknüpft werden darf. Entscheidend ist insofern, ob die rein theoretische Zugänglichkeit zu der Sonderbehandlung ausreicht oder ob die Sonderbehandlung *tatsächlich* und ohne weitere Konditionen jedem Land mit dem entsprechenden Bedürfnis zugänglich gemacht werden muss. Die *Enabling Clause* enthält, anders als beispielsweise das Meistbegünstigungsprinzip, nicht die Anweisung, den Vorteil „unconditional“, d. h. vorbehaltlos, allen Parteien zugänglich zu machen. Dies könnte als Hinweis für die grundsätzliche Möglichkeit der Einführung weiterer Bedingungen gewertet werden. Daher reicht es nach der Auffassung des Appellate Body aus, dass der Vorteil für alle gleich betroffenen Entwicklungsländer „available“ ist.¹⁰⁷⁸ „Available“ bedeutet so viel wie „within one's reach“¹⁰⁷⁹. Es könnte daher schon ausreichend sein, den jeweiligen Staaten eine nach objektiven Kriterien „faire Chance“ einzuräumen, die Sonderpräferenzen in Anspruch nehmen zu können. Eine solche wäre eröffnet, soweit es für die betroffenen Adressaten verhältnismäßig ist, die gestellte Bedingung zu erfüllen. Dies hängt wiederum von den konkreten Bedingungen ab.¹⁰⁸⁰ Switzer sieht hierin eine Ausformung des Verbots von *de facto*-Diskriminierungen.¹⁰⁸¹

Wendet man diese Grundsätze bei der Bewertung einer Ausnahmeregelung für Entwicklungsländer, die ein Nachfolgeabkommen des Kyoto-Protokolls ratifiziert haben an, so ergibt sich Folgendes: Die Verbesserung des Umwelt- und Klimaschutzes stellt ein zulässiges objektives Entwicklungsbedürfnis dar. Es ist daher grundsätzlich mit der *Enabling Clause* vereinbar, die Gewährung der Befreiung in Zusammenhang mit dem Klimaschutzniveau zu setzen. Problematisch erscheint jedoch die Zulässigkeit des Ratifikationserfordernisses. Obwohl das Kyoto-Protokoll aufgrund des fest verankerten CBDR-Prinzips durchaus als entwicklungslandfreundlich zu bewerten ist,¹⁰⁸² folgt daraus nicht automatisch die Verhältnismäßigkeit der Bedingung. Die insofern bestehenden Zweifel werden im Hinblick auf ein Nachfolgeabkommen, bei dessen Aushandlung die stärkere Beteiligung der Entwicklungsländer eine fortwährende Forderung der Industriestaaten bildet, verstärkt werden. Denn mit möglichen Verpflichtungen sind zwangsläufig auch erhebliche finanzielle Kosten verbunden. Allein aus diesem Grund ist es unwahrscheinlich, dass die Bedingung der Ratifikation als zu-

1078 AB, EC-Tariff Preferences, para. 173.

1079 Brown (Hg.), The New Shorter Oxford English Dictionary (Vol. I), S. 154.

1080 So auch der Dispute Settlement Commentary (DSC) zum Appellate Body Report EC-Tariff Preferences, S. 13. Abrufbar unter: [http://worldtradelaw.net/dsc/ab/ec-preferences\(dsc\)\(ab\).pdf](http://worldtradelaw.net/dsc/ab/ec-preferences(dsc)(ab).pdf). Zuletzt besucht am 23. April 2012.

1081 Switzer, ICLQ 57 (2008) 1, 113 (137).

1082 Vgl. hierzu ausführlich die Ausführungen in Kapitel 2. C. V. 2. c).

lässig erachtet werden wird. Letztlich handelt es sich hierbei jedoch um eine Ermessensentscheidung des Streitbeilegungsgremiums.

Sollte ein Streitbeilegungsgremium die Ratifikation als verhältnismäßige Bedingung erachten, ist als Ausfluss des Absatzes 3 lit. c) *Enabling Clause* zu überprüfen, ob die Präferenzgewährung eine positive Reaktion im Hinblick auf die spezifischen Bedürfnisse der begünstigten Entwicklungsländer bezweckt. Ausreichend ist insofern, dass die Maßnahme objektiv grundsätzlich geeignet ist, das Bedürfnis anzusprechen.¹⁰⁸³ Die tatsächliche Effektivität dieser Verbindung („sufficient nexus“) muss nicht empirisch nachgewiesen werden.¹⁰⁸⁴ Diese Anforderung stellt im Falle der Präferenzgewährung eine schwierige Hürde dar. Schließlich führt die Zollbefreiung dazu, dass der Verbrauch von CO₂ nicht bepreist wird, so dass der Anreiz für die Umstellung auf klimafreundliche Produktionsweisen genommen wird. Seiner Natur nach kann die Ausnahmeregelung das Klimaschutzniveau eines Landes daher nicht verbessern, schlimmstenfalls aber verschlechtern. Die Ratifikation des Klimaabkommens kann allerdings einen klimafreundlichen Impuls setzen und so das bestehende Bedürfnis lindern. Diese mittelbaren Wirkungen müssen jedoch nach den Ausführungen des Appellate Body außer Acht bleiben, da allein die Förderung der Bedingung durch die Zollpräferenz als solche maßgeblich ist.¹⁰⁸⁵ Eine positive Reaktion kann auch nicht im Hinblick auf ein allgemeines wirtschaftliches Entwicklungsbedürfnis bejaht werden. Selbst wenn trotz der wissenschaftlich durchaus unterschiedlich ausfallenden Bewertung der entwicklungsfördernden Effektivität von Zollpräferenzen¹⁰⁸⁶ anzunehmen wäre, dass die Präferenzierung einen Beitrag zum nationalen Wirtschaftswachstum leistet, reicht dies nicht aus. Ließe man nämlich den allgemeinen wohlfahrtssteigernden Effekt genügen, würde das von dem Appellate Body aufgestellte Kriterium obsolet. Unter der Hypothese, dass jede Zollpräferenz ein wirtschaftliches Entwicklungsbedürfnis anspricht, läuft die Begrenzung ins Leere bzw. stellt in der Konsequenz keine Limitierung des Anwendungsbereiches mehr dar.

1083 AB, EC-Tariff Preferences, para. 164.

1084 Vgl. AB, EC-Asbestos, para. 167. Diese Ausführungen bezogen sich zwar auf das SPS-Übereinkommen, die Argumentation sollte aber übertragbar sein. Vgl. Charnovitz/Bartels/Howse et al., WTR 3 (2004) 2, 239 (248); Qin, Boston University International Law Journal 25 (2005) 2, 281 (291).

1085 AB, EC-Tariff Preferences, para. 164: „In the context of a GSP scheme, the particular need at issue must, by its nature, be such that it can be effectively addressed through tariff preferences.“ (Hervh. d. Verf.).

1086 In der Literatur ist eine „herrschende Meinung“ über den Wert von Zollpräferenzen nicht auszumachen. Das Spektrum der Auffassungen reicht von extrem kritisch (vgl. bspw. Hart/Dymond, JWT 37 (2003) 2, 395) bis hin zu eindeutig positiven Bewertungen (bspw. Rose, AER 94 (2004) 1, 98 (112)).

b) Die weiteren Anforderungen der Enabling Clause

Ungeachtet der bestehenden Unsicherheiten der Vereinbarkeit einer differenzierenden Regelung mit dem Nichtdiskriminierungserfordernis soll nun knapp auf die übrigen Tatbestandsvoraussetzungen der *Enabling Clause* eingegangen werden. Diese fordern zunächst, dass im Rahmen eines Präferenzsystems nur nicht-reziproke, d. h. nichtgegenseitige Zollpräferenzen gewährt werden. Der Grundsatz der Reziprozität ist eines der Kernelemente der Welthandelsrechtsordnung,¹⁰⁸⁷ das im Hinblick auf Entwicklungsländer durch das Gegenprinzip der Nicht-Reziprozität (Art. XXXVI:8 GATT) durchbrochen wird.¹⁰⁸⁸ Der Grundsatz der Reziprozität untersagt nicht, wie der Wortlaut zunächst nahelegt, jegliche Form der Gegenleistung. Vielmehr ergibt sich aus seinem Entstehungszusammenhang, dass sich der Grundsatz nur auf wirtschaftliche Gegenleistungen sowie handelsspezifische Zugeständnisse beschränkt.¹⁰⁸⁹ Erforderlich und ausreichend für die Vereinbarkeit einer Maßnahme mit dem Kriterium ist, dass von dem begünstigten Entwicklungsland keine wirtschaftliche Gegenleistung im Austausch für die Zollpräferenz verlangt wird. Es steht dem Einsatz von positiv konditionalen Elementen daher nicht im Wege. Gleiches gilt für das Merkmal „generalized“, das einen rein programmatischen und richtlinienhaften Charakter aufweist. Nur wenn ein neues Präferenzsystem geschaffen wird, setzt das Tatbestandsmerkmal voraus, dass eine „Verallgemeinerung der Zollpräferenzen in Bezug auf den Kreis der begünstigten Länder sowie den Produktumfang“ vorgenommen wird.¹⁰⁹⁰ Schließlich müssen bei der Einführung eines Allgemeinen Präferenzsystems die übrigen Anforderungen der *Enabling Clause* aus Absatz 3 und 4 beachtet werden.¹⁰⁹¹

1087 Göttsche in: Hilf/Oeter (Hg.), WTO-Recht § 5 Rn. 42; Herrmann/Weiß/Ohler, Welthandelsrecht, Rn. 157; Bartels, JIEL 6 (2003) 2, 507 (527).

1088 Yustuf, JWT 14 (1980) 2, 488 (502).

1089 Rieck, ZEuS 2006 (2), 177 (215); Jessen in: Tietje/Kraft/Sethe (Hg.), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 27, S. 22; Schmahl, AVR 42 (2004) 4, 389 (400); Bartels, JIEL 6 (2003) 2, 507 (529).

1090 Eberhard, Diskriminierende Gleichbehandlung von Entwicklungsländern in der WTO?, S. 171.

1091 Abs. 3 fordert in lit. a), dass Sonderpräferenzen den Handel der Entwicklungsländer erleichtern, jedoch keine anderen Handelshemmnisse für die übrigen Vertragsparteien erschaffen dürfen, sowie in lit. b) dass die Vorzugsbehandlung nicht den Abbau von Handelsbarrieren verhindert. Abs. 4 statuiert einige prozessuale Anforderungen an Präferenzsysteme.

2. Ergebnis

Die Berufung auf die *Enabling Clause* eröffnet dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung eines Grenzausgleichs im Verhältnis zu Art. XX GATT keine weiteren Möglichkeiten. Zwar ist der Einsatz sog. positiver Konditionalität grundsätzlich zulässig. Die Ratifikation eines Klimaschutzabkommens stellt jedoch kein zulässiges Differenzierungskriterium dar, da es zum einen keine verhältnismäßige Bedingung für den Zugang zu der Ausnahmeregelung liefert und des Weiteren auch keine positive Reaktion auf die bestehenden Entwicklungsbedürfnisse verursacht, da die mittelbaren Auswirkungen außer Betracht zu bleiben haben.

IV. Rechtfertigung als Ausgleichszoll

Schließlich könnte die Erhebung eines Importausgleichs als Ausgleichszoll nach Art. 4.10, Art. 10 SCM und Art. VI GATT gerechtfertigt sein. Diese Rechtfertigungskonstruktion geht auf den Nobelpreisträger *Stiglitz* zurück, der die Auffassung vertritt, dass die von staatlicher Seite unterlassene Internalisierung globaler externer Kosten, die den kostenfreien CO₂-Ausstoß ermöglicht, eine unzulässige Subvention darstellt, gegen die durch die Erhebung eines Ausgleichszolls (in Form eines Grenzausgleichs) vorgegangen werden könne und müsse.¹⁰⁹² Seiner aus ökonomischer Sicht nachvollziehbaren Argumentation zum Vorliegen einer *de facto*-Subvention mit wettbewerbsverzerrender Wirkung ist auf rechtlicher Ebene mit folgender Begründung zu widersprechen: Der Einsatz von Ausgleichszöllen ist nur dann zulässig, wenn der Import im Herkunftsland im Sinne der WTO-Rechtsordnung auf verbotene oder anfechtbare Weise subventioniert wurde. Ohne an dieser Stelle auf Detailfragen des Subventionsbegriffs einzugehen, sei hier angemerkt, dass für eine Subvention unter anderem eine finanzielle Beihilfe von staatlicher Seite konstitutiv ist (vgl. Art. 1.1 SCM). Ein Grenzausgleich adressiert jedoch nicht Staaten, die positiv fördern, sondern eine Belastung in Form der Steuererhebung unterlassen. Ein Unterlassen stellt nach dem Subventionsübereinkommen nur dann eine finanzielle Beihilfe dar, wenn diese Abgaben normalerweise zu entrichten („otherwise due“) sind (Art. 1.1 (a)(1)(ii) SCM). Hiermit ist nicht die abstrakte Möglichkeit der Steuererhebung gemeint. Ansonsten würde jede denkbar mögliche, aber nicht erhobene Steuer eine Subvention darstellen. Vielmehr muss anhand eines konkreten Vergleichsmaßstabes bestimmt werden, welche Steuern normalerweise erhoben werden. Hierzu dient der nationale Standard des unterlassenden Staates und nicht das internationale oder das importstaatliche Niveau. Denn es obliegt der staatseigenen Steuerhoheit, die auch das Recht umfasst, Steuern *nicht* zu erheben, das nationale Steu-

1092 Stiglitz, *The Economists' Voice* 3 (2006) 7, 1 (2).

erniveau festzulegen. Nur in den Fällen, in denen eine Steuer auf dieser Ebene grundsätzlich erhoben und nur ausnahmsweise nicht eingefordert wird, liegt daher eine finanzielle Beihilfe i. S. d. SCM vor.¹⁰⁹³ Da die Bepreisung von CO₂ im Regelfall von vorneherein unterlassen wird, werden die Einsparungen der nicht reglementierten Wirtschaften nicht unter den Subventionsbegriff fallen.¹⁰⁹⁴ Selbst für den Fall, dass das Vorliegen einer Subvention ausnahmsweise bejaht werden sollte, wird die Rechtfertigung des Grenzausgleichs als Ausgleichszoll an dem Erfordernis der Spezifität der Subvention scheitern. Der Rückgriff auf Ausgleichszölle ist nur unter der Bedingung zulässig, dass die auszugleichenden Subventionen entweder ausschließlich an bestimmte Unternehmen (Art. 2.1 (a) SCM) oder an bestimmte Unternehmen innerhalb eines geographischen Gebiets (Art. 2.1 S.1 SCM) gewährt werden. Während *Pauwelyn* die Auffassung vertritt, dass die Entscheidung zur Nichtinternalisierung eine landesweite Politik darstellt, so dass die Spezifität grundsätzlich zu verneinen sei,¹⁰⁹⁵ ist es durchaus denkbar, dass sich die derzeitige Praxis sektorspezifischer Bepreisung von CO₂ (z. B. des Flugsektors) in Zukunft schrittweise in ihr Gegenteil verkehrt und zu Ausnahmen für bestimmte Bereiche führt. Zum jetzigen Stand ist die Spezifität jedoch abzulehnen. Eine Rechtfertigung eines Importgrenzausgleichs als Ausgleichszoll kommt daher insgesamt nicht in Betracht.¹⁰⁹⁶ Abschließend ist an dieser Stelle festzuhalten, dass der Einsatz eines Ausgleichszolls gegenüber Entwicklungsländern¹⁰⁹⁷ in keinem Fall relevant wird. Diese sind nämlich gem. Art. 27.2 SCM vollständig von dem Verbot von Ausfuhrsubventionen i. S. d. Art. 3.1 SCM befreit.

1093 AB, US-FCS, para. 94.

1094 So auch Bhagwati/Mavroidis, WTR 6 (2007) 2, 299 (302); Condon, JIEL 12 (2009) 4, 895 (901f); Pauwelyn, NI WP 07/02, S. 15. Anders hingegen Ekardt/Schmeichel, Critical Issues in Environmental Taxation, S. 4 der durch den im WTO-Recht anerkannten Nachhaltigkeitsgrundsatz eine Verpflichtung zur Internalisierung der Kosten annimmt und daher das Vorliegen einer Subvention bejaht.

1095 Pauwelyn, NI WP 07/02, S. 15.

1096 Hinzu kommt, dass dem Einsatz von Ausgleichszöllen das in Art. 4 SCM vorgeschriebene Konsultationsverfahren voranzugehen hat. Schwierigkeiten würde der Einsatz zu dem bereiten, da die Höhe der gewährten Subvention zu bestimmen ist (vgl. Art. 14 SCM). Hier würde sich die Frage des zu wählenden Maßstabes stellen.

1097 Eine Besonderheit des SCM besteht darin, dass der Begriff des Entwicklungslandes begrifflich bestimmt ist. Vgl. Anhang VII zum SCM.

B. Vereinbarkeit der Exportseite eines Klimagrenzausgleichs mit dem Recht der WTO

Auch die Kehrseite der Importbelastung, d. h. die Anwendung von Grenzausgleichen auf auszuführende Waren in Form einer teilweisen oder vollständigen Rückerstattung bereits entrichteter Steuern auf ein Produkt bei dessen Ausfuhr, wirft Fragen im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit dem Welthandelsrecht auf. Maßstab für die Zulässigkeit einer solchen Regelung sind im Rahmen des GATT die Art. XVI und VI. Darüber hinausgehende Bedeutung erlangt das außerhalb des GATT stehende Subventionsübereinkommen (SCM). Aufgrund der klimaschutzhemmenden Auswirkungen der Exporterstattung ist aus Umweltschutzgesichtspunkten von ihrem Einsatz abzuraten.¹⁰⁹⁸ Dies ist Grund für die Kürze der folgenden Ausführungen.

I. Verstoß gegen das SCM

Die Regelungen des GATT und des Subventionsübereinkommen sind grundsätzlich nebeneinander anwendbar. Im Konfliktfall geht der speziellere Regelungskomplex, das Subventionsabkommen, den allgemeinen Regelungen des GATT vor.¹⁰⁹⁹ Daher soll an dieser Stelle primär auf die Regelungen des Subventionsabkommens eingegangen werden. Die relevanten Normen des GATT werden, wenn relevant, nur am Rande erwähnt.

Ausgangspunkt für die Frage der Zulässigkeit einer Exporterstattung durch einen Grenzausgleich ist der Anwendungsbereich des SCM. Konstitutiv für diesen ist die Bestimmung des Subventionsbegriffs durch Art. 1.1 SCM. Hiernach liegt eine Subvention vor, wenn eine Regierung oder öffentliche Körperschaft eine finanzielle Beihilfe leistet, die dem Empfänger einen Vorteil gewährt (Abs. 1). Dies setzt voraus, dass der Empfänger aufgrund der Leistung wirtschaftlich bessergestellt ist als unter den normalen Marktbedingungen.¹¹⁰⁰ Unabhängig davon, ob die Steuern¹¹⁰¹ durch die Grenzausgleichsmaßnahme von vornherein erlassen oder erst im Zeitpunkt der Ausfuhr erstattet werden, handelt es sich bei der Ex-

1098 Schließlich nimmt die Erstattung der Mehrkosten die Anreize auch die Exportproduktion auf klimafreundliche Methoden umzustellen. Dadurch wird die eigentliche Intention der nationalen Maßnahme zumindest partiell unterwandert. Zudem verstößt die Erstattung gegen das umweltrechtliche Verursacherprinzip. Vgl. UBA (Hg.), Climate Change 05/08, S. 30. Zustimmend: Holzer, CCLR 4 (2010) 1, 51 (56); Demaret/Stewardson, JWT 28 (1994) 4, 5 (25).

1099 Vgl. die Auslegungsanmerkung zu Annex 1A zum ÜWTO.

1100 AB, Canada-Aircraft, para. 153.

1101 Vgl. zu dem Begriff der Steuer die Ausführungen in Kapitel 3. A. I. 1. b) bb).

portseite eines Grenzausgleichs um eine finanzielle Beihilfe von staatlicher Seite.¹¹⁰² Diese Gewährung ist vorteilhaft für den Empfänger, da er, anders als die Importproduzenten, die klimabezogenen Aufwendungen einspart. Da die Empfängerseite maßgeblich ist, ist unerheblich, dass dem Staat durch die Gewährung keine Kosten entstehen, sondern ihm lediglich zusätzliche Einnahmen entgehen.¹¹⁰³ Eine Exporterstattung scheint somit die Eigenschaften einer Subvention i. S. d. Art. 1.1 SCM aufzuweisen.

Etwas anderes könnte sich aus der Fußnote 1 zum SCM ergeben, nach der bestimmte Erstattungen nicht als Subvention zu werten sind. Die Fußnote lautet: „In accordance with the provisions of Article XVI of GATT 1994 (Note to Article XVI) and the provisions of Annexes I through III of this Agreement, the exemption of an exported product from duties or taxes borne by the like product when destined for domestic consumption, or the remission of such duties or taxes in amounts not in excess of those which have accrued, shall not be deemed to be a subsidy.“ Die Erstattung bestimmter Steuern fällt somit ausdrücklich, wie auch im Rahmen des GATT durch die Interpretationsnote zu Art. XVI:4 GATT,¹¹⁰⁴ nicht unter den Subventionsbegriff. Unklar bleibt jedoch, welche Steuern von dieser Ausnahme erfasst werden sollen. Die Rede ist von „taxes borne by the like product“, also der Besteuerung eines Produktes, so dass auch hier die Unterscheidung von direkten und indirekten Steuern maßgeblich wird. Die Formulierung der Regelung spiegelt insofern die Grundzüge des Art. III:2 GATT wider. Dies brachte auch die Working Party in ihrem Bericht zum Ausdruck.¹¹⁰⁵ Entscheidend ist somit wiederum die Klassifizierung der relevanten Vorstufensteuern. Die diesbezüglich bestehenden Ungewissheiten der Importseite finden sich daher auch auf der Exportseite wieder. Insofern kann zu einem gewissen Teil auf die dort getätigten Ausführungen und Argumentationen verwiesen werden. Wie bereits ausgeführt sind die Regelungen der Import- und

1102 Dies lässt sich Fußnote 1 zum SCM entnehmen.

1103 AB, Canada-Aircraft, para. 154: „the ordinary meaning of Art. 1.1 (b) [...] focuses on the recipient and not the government providing the 'financial contribution'.“

1104 Diese lautet ebenfalls: „The exemption of an exported product from duties or taxes borne by the like product when destined for domestic consumption, or the remission of such duties or taxes in amounts not in excess of those which have accrued, shall not be deemed to be a subsidy.“ Nach den Regelungen des GATT kann die Exporterstattung bestimmter Steuern zudem nicht Anlass für Anti-Dumping-Maßnahmen oder Countervailing Duties sein, vgl. Art. VI:4 GATT: „No product of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall be subject to anti-dumping or countervailing duty by reason of the exemption of such product from duties or taxes borne by the like product when destined for consumption in the country of origin or exportation, or by reason of the refund of such duties or taxes.“

1105 GATT, Working Party Report on Border Tax Adjustments, L/3464 (1970), para. 10.

Exportseite jedoch eigenständig auszulegen,¹¹⁰⁶ so dass an dieser Stelle auf die Besonderheiten der Regelung im SCM einzugehen ist. Ergiebig ist hierbei insbesondere der Blick auf die nicht abschließende Beispielsliste verbotener Exportsubvention in Anhang I zum Subventionsübereinkommen. Dieser Anhang ist gem. Art. 32.8 SCM integraler Bestandteil des SCM. Die lit. g) und e) der Liste greifen die Distinktion zwischen direkten und indirekten Steuern auf und erklären zugleich nur indirekte Steuern als ausgleichsfähig. Anders als auf Importseite werden die Begriffe für den Anwendungsbereich jedoch durch das SCM in der Fußnote 58 definiert. Während nach lit. e) die Erstattung aller direkten Steuern bei der Ausfuhr als verbotene Exportsubvention zu werten ist, klassifiziert lit. g) im Hinblick auf indirekte Steuern nur die Freistellung oder die Erstattung „in excess“ der tatsächlich angefallenen Beträge als verbotene Exportsubvention. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass die Erstattung bis zur Höhe der tatsächlich entrichteten Beträge nicht als verbotene Exportsubvention zu werten und daher weder durch Art. 3 SCM noch durch eine andere SCM-Bestimmungen untersagt ist.¹¹⁰⁷ Gleiches gilt auch für einen in lit. h) geregelten Sonderfall der indirekten Steuern, die sog. „prior stage cumulative taxes“. Zu diesen heißt es in lit. h) S. 2 SCM: „[...] prior-stage cumulative indirect taxes may be exempted, remitted or deferred on exported products even when not exempted, remitted or deferred on like products when sold for domestic consumption, if the prior-stage cumulative indirect taxes are levied on inputs that are consumed in the production of the exported product [...]. This item shall be interpreted in accordance with the guidelines on consumption of inputs in the production process contained in Annex II.“ Ausgleichsfähig sind danach ausdrücklich indirekte Steuern auf im Laufe des Produktionsprozesses *verbrauchte* Inputs. Ausweislich der Fußnote 61 zu dem zur Auslegung heranzuziehenden Annex II zum SCM handelt es sich bei verbrauchten Inputs um „inputs physically incorporated, energy, fuels and oil used in the production process and catalysts which are consumed in the course of their use to obtain the exported product“. Ausdrücklich werden hier also auch Steuern auf Energie zu den indirekten Steuern gezählt. Ein Inkorporationserfordernis besteht insofern, im Gegensatz zu dem Vorgängerabkommen des SCM, dem Code on Subsidies and Countervailing Measures von 1979¹¹⁰⁸, im Rahmen dieser Vorschrift nicht mehr.¹¹⁰⁹ Sein

1106 Vgl. dazu die Ausführungen in Kapitel 3. A. I. 1. c) (2) zur Eigenständigkeit/Einheitlichkeit der Auslegung.

1107 So Fußnote 5 zu Art. 3 SCM: „Measures referred to in Annex I as not constituting export subsidies shall not be prohibited under this or any other provision of this Agreement.“ Vgl. zum Verhältnis von Anhang 1 und Art. 3.1 SCM des Weiteren: Panel, Brazil-Aircraft (Art. 21.5), para. 6.28ff.

1108 Agreement on Interpretation and Application of Articles VI, XVI and XXIII of the General Agreement on Tariffs and Trade, BISD, 26th Supp. 56 (1980).

Anwendungsbereich wurde bewusst vergrößert.¹¹¹⁰ Der Anwendungsbereich des Buchstaben h) ist wie bereits erwähnt durch seinen Wortlaut zunächst auf „prior-stage cumulative indirect taxes“ beschränkt. Unter „prior-stage indirect taxes“ (d. h. Vorstufensteuern) sind unter Heranziehung der erläuternden Fußnote 58 Steuern „levied on goods or services used directly or indirectly in making the product“ zu verstehen. Durch die zusätzliche Begrenzung auf „cumulative indirect taxes“ wird der Anwendungsbereich weiter eingeschränkt. Umfasst von dem Wortlaut sind daher nur kumulative Steuersysteme, die als „multi-staged taxes levied where there is no mechanism for subsequent crediting of the tax if the goods or services subject to tax at one stage of production are used in a succeeding stage of production“ definiert werden (Fußnote 58 zum SCM). Vereinfacht gesprochen handelt es sich hierbei um den Gegenpart zu dem gängigen Umsatzsteuersystem, bei dem jedem Unternehmer die steuerlichen Belastungen, die in den Preisen der von ihm erworbenen Leistungen enthalten sind, erstattet werden (sog. Vorsteuerabzug). Bei der kumulativen Steuererhebung erfolgt keine Erstattung, die Ware wird vielmehr durch jede Produktionsstufe zusätzlich belastet. Hierbei handelt es sich um ein nahezu komplett verdrängtes Ausnahmefallmodell. Fraglich ist somit, ob die Erstattung der Besteuerung verbrauchter Inputs nur in diesen Ausnahmefällen zulässig sein soll oder ob sich die Definition dieser Steuern als indirekte Steuern auf den gesamten Anwendungsbereich des SCM übertragen lässt. Sollte die Definition allgemein gelten, so wären klimabezogene Vorstufensteuern nach lit. g) bis zur Höhe der ursprünglichen Erhebung erstattungsfähig.

Da kumulative Steuersysteme auch schon bei dem Abschluss des Subventionsübereinkommens eine Besonderheit darstellten, wird von *Stewardson* und *Demaret* mit Verweis auf die Aussage eines US-amerikanischen Trade Representative vorgetragen, dass die Regelung des lit. h) ein „gentleman's agreement“ bildet, das den steuerlichen Besonderheiten einiger weniger Länder Rechnung tragen sollte. Sie verweisen insofern auf die Aussage, dass „it was never intended to fundamentally expand the right of countries to apply border adjustments for a broad range of taxes on energy, especially in the developed world.“¹¹¹¹ Unge-

1109 Der 1979 Subsidies Code nahm insofern Bezug auf „goods that are physically incorporated in the exported product“. Dies wurde durch die unterzeichnenden Parteien näher bestimmt als „such inputs [that] are used in the production process and are physically present in the product exported. The signatories note that an input need not be present in the final product in the same form in which it entered the production process.“ Vgl. GATT, Committee on Subsidies and Countervailing Measures, Guidelines on Physical Incorporation, SCM/68 (1985), para. 3.

1110 Vgl. nur WTO, CTE, Note by the Secretariat, WT/CTE/W/47 (1997), S. 19f m. w. N.

1111 Demaret/Stewardson, JWT 28 (1994) 4, 5 (30)

achtet der Frage, ob dieser Entstehungsumstand Relevanz für die Auslegung des Anhangs aufweisen kann,¹¹¹² lässt sich lit. h) kein eindeutiger Hinweis entnehmen, der für bzw. gegen die allgemeine Ausgleichsfähigkeit nichtkumulativ erhobener indirekter Vorstufensteuern spricht. Schließlich handelt sich um eine Sonderregelung für einen Ausnahmefall, aus dem sich weder ein Umkehrschluss noch ein Erst-Recht-Schluss ziehen lässt. Insofern ist letztlich auf die bereits auf der Importseite vorgetragenen Argumente zu verweisen, die hinsichtlich ihres Telos auch auf Exportseite Geltung beanspruchen. Danach ist von der grundsätzlichen Ausgleichsfähigkeit von Vorstufensteuern als indirekte Steuern auszugehen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Erstattung nur bis zu der Obergrenze der ursprünglich gezahlten Steuersätze zulässig ist. Eine über die zuvor erfolgte Belastung hinausgehende Erstattung ist hingegen als Subvention zu werten. Die ordnungsgemäße Bemessung eines Exportgrenzausgleichs dürfte den Gesetzgeber nicht vor allzu große Schwierigkeiten stellen. Anders als auf der Importseite hat der Staat Zugang zu detaillierten Informationen hinsichtlich der erhobenen Steuern. Das Risiko einer Übererstattung wird dadurch unwahrscheinlicher, zumal der Anreiz diesbezüglich minimal sein müsste, da eine Erstattung grundsätzlich die Effektivität der nationalen Umweltmaßnahmen verringert und dem Staat zusätzliche Einnahmemöglichkeiten nimmt.

II. Rechtfertigung der Maßnahme

Da die Vereinbarkeit einer Exporterstattung letztverbindlich nur durch ein Streitbeilegungsgremium entschieden werden kann, soll für den Fall, dass entgegen der hier vertretenen Auffassung ein Verstoß gegen das SCM bejaht werden sollte, an dieser Stelle in der gebotenen Kürze auf die Möglichkeit einer Rechtfertigung der Maßnahme über Art. XX des GATT eingegangen werden. Problematisch ist bereits die Anwendbarkeit der Norm. Schließlich liegt ein Verstoß gegen eine außerhalb des GATT stehende Norm des SCM vor. Ohne auf die Frage nach der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Art. XX GATT näher einzugehen,¹¹¹³ kann an dieser Stelle die Rechtfertigung einer Exporterstattung abgelehnt werden. Grund dafür ist, dass für die Bewertung auf die Exporterstattung als solche und nicht das Gesamtpaket der Maßnahmen abgestellt werden muss.¹¹¹⁴ Für eine Rechtfertigung der Exporterstattung wäre somit er-

1112 Dazu nehmen Biermann/Brohm ausführlich und i. E. bejahend Stellung, vgl. diess., Climate Policy 4 (2005), 289 (296f).

1113 Vgl. zu dieser Fragestellung dezidiert Condon, JIEL 12 (2009) 4, 895 (903), sowie zur allgemeinen Anwendbarkeit des Art. XX GATT auf Übereinkommen des Anhang 1A Trachtman/Marceau, JWT 36 (2002) 5, 811ff.

1114 Vgl. dazu die Ausführungen in Kapitel 3. A. II.

forderlich, dass gerade die Erstattung der klimabezogenen Abgaben und nicht etwa ihre ursprüngliche Erhebung einen von Art. XX GATT erfassten Zweck, wie den Umweltschutz, vorantreibt. Dies ist eindeutig nicht der Fall. Vielmehr sind Exporterstattungen aus umweltschützenden Gesichtspunkten nicht zu befürworten, da durch die Erstattung der Mehrkosten der finanzielle Anreiz, auf klimaschonende alternative Produktionsformen von Exportgütern umzustellen, entfällt. Gerade in Staaten, in denen der Exportanteil der Volkswirtschaft bzw. der betroffenen Branchen einen beträchtlichen Teil ausmacht, können daher durch die Erstattung die nationalen Klimaschutzanstrengungen untergraben werden.¹¹¹⁵ Aufgrund dieses offenbaren Umstandes können weitere die Rechtfertigung betreffende Detailfragen offen bleiben. Eine Rechtfertigung nach Art. XX GATT scheidet in jedem Fall aus.

1115 UBA (Hg.), Climate Change 05/08, S. 30.

Kapitel 3: Zusammenfassung und Handlungsempfehlung

Die vorliegende Untersuchung zeigt, dass sich das WTO-Rechtsregime auch Jahrzehnte nach seiner Schaffung bei der Lösung der dringenden Konflikte unserer Zeit bewährt. Das Regelungssystem ist flexibel genug, um den aktuellen Umweltproblematiken angemessen begegnen zu können und eröffnet den nationalen Gesetzgebern hinreichende Spielräume bei der Verfolgung eigenständiger Klimaschutzpolitiken. Dabei stellt das Welthandelsrecht zugleich sicher, dass das hehre Ziel des Klimaschutzes nicht als Deckmantel für Protektionismus und Diskriminierung genutzt wird. Die welthandelsrechtlichen Vorgaben dürfen daher auf politischer Ebene nicht länger als Entschuldigung dafür missbraucht werden, dringende klimapolitische Maßnahmen in die Zukunft zu vertagen. Die Normen geben den politischen Gestaltern vielmehr die notwendigen Leitlinien an die Hand, die bei der Einführung von handelsrelevanten Klimaschutzmaßnahmen zu beachten sind. Zusammengefasst werden die Ergebnisse dieser Arbeit daher in Form einer Handlungsempfehlung für die Ausgestaltung einer Grenzausgleichsmaßnahme, die im Einklang sowohl mit dem Welthandelsrecht als auch dem Klimarecht steht. Dabei ist jedoch stets zu beachten: Der Teufel steckt im Detail.

A. Anwendungsbereich: Länder

Da Art. I:1 GATT die Gleichbehandlung sämtlicher Handelspartner verlangt, stehen sämtliche Ausnahmeregelungen, unabhängig davon, ob sie an das Klimaschutzniveau, den Entwicklungsstand oder die Gesamtemissionsmenge des Herkunftsstaates oder die Ratifikation eines Klimaschutzabkommens anknüpfen, im Widerspruch zum Normgehalt der Meistbegünstigungsverpflichtung. Unzulässigerweise wird in diesen Fällen an den Herkunftsort der Waren angeknüpft. Die Annahme eines Verstoßes bedeutet indes nicht, dass es grundsätzlich empfehlenswert ist, einen Grenzausgleich für sämtliche Staaten einzuführen. Diese Empfehlung basiert zum einen auf der Rechtfertigungsmöglichkeit eines Verstoßes (z. B. über Art. XX GATT) und zum anderen den Vorgaben des klimarechtlichen CBDR-Prinzips.

Als Grundlage für die Rechtfertigung einer selektiven Anwendung kommt sowohl Art. XX lit. b) GATT als auch Art. XX lit. g) GATT in Betracht. Beide Schutzbereiche sind hinsichtlich des Schutzes des Weltklimas einschlägig. Zur

Etablierung der sog. *Link*-Anforderungen, d. h. der Notwendigkeit bzw. der Erforderlichkeit der Maßnahme zur Erreichung des vorgegebenen Schutzzieles, ist erforderlich, dass beide Elemente nicht beziehungslos nebeneinanderstehen, sondern einen gegenseitigen Bezug aufweisen. Im Rahmen einer umfassenden Abwägung trägt ein Streitbeilegungsgremium der Bedrohung für das Schutzgut, der Geeignetheit der Maßnahme und dessen handelsbeschränkenden Wirkung Rechnung. In Anbetracht der Bedeutung des Klimawandels, der die Lebensgrundlagen der gesamten Menschheit sowie die Ökosysteme von Tieren und Pflanzen bedroht, und der fundierten Annahme, dass ein Grenzausgleich einen Beitrag zum Schutz der gefährdeten Rechtsgüter leisten kann und derzeit hierzu keine Handlungsalternativen ersichtlich sind, ist mit einer hohen Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass eine glaubwürdig ausgestaltete Regelung der Überprüfung standhalten wird. Entscheidend ist daher, dass der Gesetzgeber seine klimaschutzpolitische Motivation unmissverständlich zum Ausdruck bringt. Sie sollte ausdrücklich als leitender Beweggrund in der Gesetzesbegründung hervorgehoben werden. Dies sollte durch eine neutrale Formulierung geschehen. Wertende Stellungnahmen hinsichtlich der Klimaschutzbemühungen der übrigen Staatengemeinschaft oder einzelner Großemittenten sollten hingegen vermieden werden. Auch Design und Struktur des Gesetzes sind mitbestimmende Faktoren und sollten den Sinn und Zweck der Maßnahme verdeutlichen. Der Anwendungsbereich der Regelung sollte daher eng definiert werden und dem Schutzziel angepasst werden. Die klimaschützende Intention sollte schließlich in einer gesetzlich fixierten Verwendung der Steuereinnahmen zum Tragen kommen. Der Zweckbestimmung kann eine entscheidende Signalwirkung zukommen. Eine Vorgabe, durch die die Einnahmen für Investitionen in Umwelt- oder Klimaschutzprojekte vor Ort oder in den Entwicklungsländern gebunden werden, spricht eine eindeutige Sprache und bringt zum Ausdruck, dass der Grenzausgleich nicht auf die Generierung zusätzlicher Einnahmen abzielt, sondern ein Klimaschutzinstrument darstellt. Die Glaubwürdigkeit der Maßnahme hängt schließlich entscheidend von dem Klimaschutzengagement des Staates im Allgemeinen ab.

Für die endgültige Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung bildet die *Chapeau*-Klausel den Maßstab. Deren Zweck ist die Schaffung eines gerechten Ausgleichs zwischen den Rechten und Pflichten der WTO-Mitgliedstaaten. Die Anwendung eines Klimagrenzausgleichs darf weder zu einer ungerechtfertigten noch zu einer willkürlichen Diskriminierung zwischen Ländern, in denen die gleichen Verhältnisse herrschen, führen. Die Bezugsobjekte, oder in anderen Worten „die zu vergleichenden Objekte“, sind Länder, in denen die gleichen Verhältnisse bestehen. Die partielle Einführung eines Grenzausgleichs ist nur

zulässig, wenn anhand von Verhältnissen differenziert wird, die für die Erreichung seines Zwecks relevant sind.

Nach welthandelsrechtlichem Maßstab kann ein Grenzausgleich zulässigerweise auf Produkte beschränkt werden, die ihren Warenursprung in Staaten haben, die kein dem Importland vergleichbares Klimaschutzniveau aufweisen. Das Kriterium des Klimaschutzniveaus hat aufgrund der Anreizfunktion des Grenzausgleichs einen entsprechenden Bezug zu der Klimaschutzintention. Auf Rechtfertigungsebene ist es somit nicht nur möglich, sondern vielmehr zwingend erforderlich, die nationalen Anstrengungen der Handelspartner zu berücksichtigen und Länder, die den Klimawandel mit gleicher Effektivität bekämpfen, von den Ausgleichsverpflichtungen zu befreien. Hierbei darf jedoch nicht vorausgesetzt werden, dass die Importländer den nationalen Regelungsstandard „eins zu eins“ übernehmen. Insofern muss die einzelstaatliche Gestaltungsfreiheit bestehen bleiben. Während die Anforderung der Vergleichbarkeit im Einklang mit dem CBDR-Prinzip steht, da sie einen gewissen Spielraum und Flexibilität bei der Bewertung verschiedener Systeme lässt, darf im Lichte des Klimarechts nicht die Vergleichbarkeit *der Effektivität* der Klimaschutzpolitik gefordert werden. Vielmehr ist auf die Vergleichbarkeit der *Bemühungen* der einzelnen Staaten abzustellen. Hierbei sind die jeweiligen nationalen Begebenheiten zu berücksichtigen. Taugliche Indikatoren sind insbesondere die *Ability to Pay*, die anhand des Bruttoinlandsproduktes pro Kopf bestimmt wird, das Reduktionspotential des Staates, seine Verantwortlichkeit für die globale Erwärmung sowie seine nationalen Rahmenbedingungen (z. B. die Bevölkerungswachstumsrate). Der Begriff der Bemühung ist als subjektiv zu betreibender Aufwand zu verstehen und stellt einen variablen Maßstab dar. Um die dergestalt ermittelten Bemühungen einander gegenüberzustellen zu können, muss zudem bestimmt werden, wie welche Maßnahmen objektiv gewertet werden. Dies ist in Anbetracht der Vielzahl der verschiedenen Faktoren, die Wirkungsweise und Wirkungsgrad einer Klimaschutzmaßnahme bestimmen, mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden. Um das Potential einer missbräuchlichen Bestimmung zu minimieren und den entsprechenden Missbrauchsvorwurf von vornherein zu entkräften, ist es empfehlenswert, die Standards zwischenstaatlich zu vereinbaren. Zudem sollte die praktische Umsetzung der objektiven Richtlinien einem unabhängigen Entscheidungsträger übertragen werden. Da dessen tatsächliche Entscheidungspraxis ausschlaggebend für die Vereinbarkeit mit dem Welthandelsrecht ist, muss sichergestellt werden, dass dieser die Vorgaben in der Praxis auch unvoreingenommen anwendet.

Der Entwicklungsstand eines Landes stellt ebenfalls ein taugliches Differenzierungskriterium dar. Eine entsprechende Begrenzung des Anwendungsbereichs

steht im Einklang mit dem Welthandelsrecht. Der Schutz des Klimasystems der Erde kann effektiver erfolgen, wenn die Staaten, die über einen Zugriff zu wirtschaftlichen und technologischen Ressourcen verfügen und ein erhebliches Einsparungspotential besitzen, in die Pflicht genommen werden. Im Rahmen der Umsetzung dieses Differenzierungszwangs wird die Grenzziehung zwischen Industrie- und Entwicklungsländern für den Gesetzgeber zum Politikum: Er muss festlegen, welcher Definitionsansatz der Begrenzung des Anwendungsbereichs zugrundegelegt wird. Welthandelsrechtlich kaum zu beanstanden ist der Rückgriff auf die weit verbreiteten und anerkannten sachlichen Definitionen wie beispielsweise in der prominenten Länder-Liste des *Development Assistance Committee* (DAC List of Aid Recipients) der OECD oder dem *Human Development Index* (HDI) des UNDP. Im Sinne einer Harmonisierung von Welthandelsrecht und Klimarecht stellt die Verknüpfung der Ausnahmeregelung mit dem CBDR-Prinzip jedoch die wünschenswerte Lösung dar. Die Anwendung des Grenzausgleichs sollte daher auf die im Anhang B der Klimarahmenkonvention genannten Länder beschränkt werden, während die übrigen Staaten von dem Grenzausgleich befreit werden bzw. einen niedrigeren Satz zu entrichten haben sollten.

Abzuraten ist hingegen von Ausnahmeregelungen für Länder, deren Gesamtemissionen über einem *de minimis*-Satz liegen, da diese gegen das GATT verstößt. Auch von Geringemissionen geht eine Gefahr für das Klima aus. Dass die Emissionsmenge eines Staates unter einem willkürlich festgelegten Prozentsatz liegt, gibt zudem keinen Aufschluss über das Einsparungspotential des Staates und dessen Umsetzungsmöglichkeiten, so dass eine Rechtfertigung nicht in Betracht kommt. Gleiches gilt auch für eine Ausnahmeregelung für Staaten, die ein bestimmtes Klimaschutzabkommen ratifiziert haben. Von der Ratifikation eines Abkommens lässt sich nämlich kein Rückschluss auf die tatsächlich herrschenden Bedingungen schließen.

Für den Gesetzgeber bedeutet dies in der Konsequenz: Der Anwendungsbereich eines Grenzausgleichs sollte auf die Staaten begrenzt werden, die keine vergleichbaren Klimaschutzbemühungen betreiben und zugleich in Anhang B der Klimarahmenkonvention genannt werden.

B. Anwendungsbereich: Produkte

Neben der Bestimmung des staatlichen Anwendungsbereichs stellt die Festlegung der sachlichen Reichweite eine essentielle Weichenstellung dar. CO₂-Emissionen entstehen in einer Vielzahl von Produktionsprozessen. Nichtsdestotrotz ist davon abzuraten, sämtliche Produkte, deren Produktion CO₂-Emissionen

verursacht, in den Grenzausgleich einzubinden. Dies käme faktisch der Erhebung einer Grenzausgleichsabgabe auf nahezu jedes Produkt gleich und ist sowohl aus wirtschaftlichen als auch aus politischen Gründen nicht erstrebenswert. Wirtschaftlich ist die Erhebung bzw. Erstattung eines spezifischen Grenzausgleichs mit erheblichen finanziellen Aufwendungen verbunden. Die durch die allgemeine Zollabfertigung entstehenden Kosten erhöhen sich um den Aufwand der Klassifizierung, Berechnung und Durchsetzung der entstehenden Forderung, die für jedes Produkt im Einzelfall bestimmt werden muss. Dieser Verwaltungsaufwand und damit auch die administrativen Kosten steigen proportional zu der Zahl der betroffenen Waren. Zugleich sind die Ausgleichsforderungen teilweise nur geringfügig. Der Kostenaufwand könnte in vielen Fällen durch die erzielten Einnahmen nicht gedeckt werden. Allein aus finanziellen Erwägungen ist es daher geboten, die Zahl der betroffenen Waren durch eine sorgfältige Auswahl auf einen handhabbaren Produktkreis zu beschränken. Zudem birgt ein allgemeiner Grenzausgleich auf politischer Ebene eine noch größere Sprengkraft, als sie ein Grenzausgleich ohnehin schon aufweist.

Eine erste grundlegende Einschränkung des Produktkreises ergibt sich aus dem nationalen Klimaschutzinstrument selbst: Nur Produkte, die im Inland von den nationalen Maßnahmen erfasst sind, können auch bei ihrem Import belastet werden. Dies folgt aus dem Gebot der Inländergleichbehandlung. Für eine weitergehende Begrenzung des Produktkreises ist die Frage nach der Grundintention des klimaschutzmotivierten Grenzausgleichs hilfreich. Die zwei Ziele, der Klimaschutz und die Herstellung fairer Wettbewerbsbedingungen, sollten Maßstab für die Festlegung des Anwendungsbereiches sein. Der Gesetzgeber muss sich daher mit zwei Fragen auseinandersetzen: Die Herstellung welcher Produkte belastet das Klima in besonderem Maße? Und: Welche Produkte haben international aufgrund der Einsparung von CO₂-Mehrkosten einen besonderen Wettbewerbsvorteil, so dass ein besonderes Risiko für *Carbon Leakage* besteht? Nur wenn ein Produkt entweder einen besonders hohen CO₂-Fußabdruck aufweist oder das inländische Pendant durch nationale Klimaschutzvorschriften einer starken Mehrbelastung ausgesetzt ist, kommt es für einen Grenzausgleich in Betracht. Um sich die Möglichkeit einer Rechtfertigung nicht abzuschneiden, sollte der Gesetzgeber den betroffenen Produktkreis jedoch auf besonders klimaschädliche Produkte beschränken und dies auch in seiner Gesetzesbegründung eindeutig zum Ausdruck bringen. Er muss verdeutlichen, wieso gerade die Erhebung eines Ausgleichs auf diese Waren dem Schutz der Erdatmosphäre dient. Durch die Auswahlkriterien sollte verdeutlicht werden, dass nicht die wettbewerbliche Stellung des Produktes, sondern dessen besonders klimaschädliche Produktionsweise ausschlaggebend für die Aufnahme in die Liste ist. Häufig fallen beide Kriterien jedoch ohnehin zusammen: Denn nur Produkte, die klimaschädlich

sind, sind Gegenstand nationaler Klimaschutzinstrumente. Für einen Grenzausgleich kommen danach energieintensiv produzierte Güter, Metalle, Roh-, Grund- und Baustoffe in Betracht.¹¹¹⁶ Konkret ist auf Aluminium, Stahl, Zement und Zellstoff zu verweisen.¹¹¹⁷ Bei diesen Materialien handelt es sich um Stoffe, die größtenteils als Materialgrundlage für die Weiterverarbeitung oder Herstellung von Produkten dienen. Der Endverbraucher kommt in der Regel nicht mit dem Ausgangsmaterial, sondern mit einem daraus produzierten Endprodukt in Kontakt. Nichtsdestotrotz ist von der Erhebung eines Grenzausgleichs auf jedes Zwischen- und Endprodukt, bei dessen Herstellung ein energieintensiver Grundstoff verwendet wurde, abzuraten, um die administrativen Kosten nicht ungebührlich in die Höhe zu treiben. Gleichzeitig darf die Erhebung auf Zwischen- und Endprodukte nicht kategorisch abgelehnt werden. Dagegen spricht ein entscheidendes Argument: Wird nur der Grundstoff an der Grenze belastet, erlangen Importeure von Endprodukten gegenüber einheimischen Produzenten, die Grundstoffe importieren und die Weiterverarbeitung im eigenen Land vornehmen, einen erheblichen Wettbewerbsvorteil. Da die Industrien entwickelter Länder jedoch auf die Wertschöpfung durch Weiterverarbeitung ausgerichtet sind, kann dies massive Einbußen für den nationalen Wirtschaftsstandort bedeuten.¹¹¹⁸ Daher sind bestimmte Produktgruppen sorgfältig auszuwählen. Einen Ansatz für diese Auswahl bietet *Hoerner*: Die Erhebung eines Grenzausgleichs sei zu vermeiden, solange die aufzuerlegende Steuer einen geringfügigen Prozentsatz des Endpreises des Produktes ausmache. Nur wenn die Materialkosten im Vergleich zu den Gesamtkosten der Produktion ins Gewicht fallen würden, sei die Erhebung eines Grenzausgleichs anzuraten.¹¹¹⁹ Diesem Ansatz ist zuzustimmen, da er zum einen den Erfahrungen Rechnung trägt, die im Rahmen der Erhebung eines Grenzausgleichs (*Superfund*- und der *ODC*-Steuer) gesammelt wurden¹¹²⁰ und zum anderen durch die Einführung eines *de minimis*-Standards bedingt, dass die administrativen Ausgaben durch die Einnahmen zumindest gedeckt sind.

Zusammenfassend ist daher hinsichtlich des Produktkreises anzuraten, diesen auf sorgsam auszuwählende Produkte zu begrenzen. Zu diesen sollten unweigerlich energieintensive Grundstoffe, wie beispielsweise Aluminium und Stahl, gehören. Es ist jedoch empfehlenswert, den Grenzausgleich auch auf bestimmte Zwischen- bzw. Endprodukte zu erstrecken, um Wettbewerbsnachteile für die

1116 UBA (Hg.), *Climate Change 05/08*, S. 5f.

1117 Europäische Kommission/McKinsey/Ecofys (Hg.), *EU ETS Review*, S. 17ff.

1118 Cosbey, *IISD Final Report and Synthesis of Discussions*, S. 5.

1119 Hoerner, *The Role of Border Tax Adjustments in Environmental Taxation*, S. 15f.

1120 Vgl. dazu ausführlicher: Hoerner, *The Role of Border Tax Adjustments in Environmental Taxation*, S. 9f.

ationale Wirtschaft (und damit auch das Risiko von *Carbon Leakage*) zu vermeiden. Hierbei sollte darauf geachtet werden, dass nur solche Waren ausgleichsbedürftig sein sollten, bei denen der Materialwert energieintensiver Grundstoffe eine vom Gesetzgeber festzulegende *de minimis*-Grenze übersteigt und somit einen nicht nur unerheblichen Teil des Gesamtwertes des Produktes ausmacht.

C. Bemessung des Grenzausgleichs

Einen weiteren entscheidenden Parameter für die Vereinbarkeit mit dem WTO-Recht bildet die Bemessung der Grenzausgleichsabgabe. Maßgeblich für dessen Bestimmung ist die fiskalische Belastung inländischer Waren, da die eingeführten Produkte nicht höher besteuert werden dürfen. Um das Vergleichsniveau zu ermitteln, sind zum einen die Menge der CO₂-Emissionen pro Produkt und zum anderen der Steuersatz (bei einer CO₂-Steuer) bzw. die Kosten pro Emissions-einheit (beim Emissionshandel) maßgeblich. In Anbetracht der Schwierigkeiten bei der Berechnung und Verifikation der tatsächlichen Emissionsmenge sollte den Importeuren die Möglichkeit eröffnet werden, den tatsächlichen CO₂-Gehalt ihrer Waren veritabel nachzuweisen. Wird dieser Nachweis nicht glaubhaft erbracht, sollte die Emissionsmenge eines bestimmten Produktes anhand eines Referenzwertes bestimmt werden. Abzustellen ist hierbei auf den Ansatz der vorherrschenden Produktionsmethode. Den Referenzmaßstab bildet die im Importland am weitesten verbreitete Methode. Die in diesem Produktionsprozess entstehende Emissionsmenge gibt den Referenzwert für die betroffene Produktgruppe vor. Der zweite Faktor, der Preis, der für jede emittierte Tonne CO₂ zu entrichten ist, ist nur bei einem Grenzausgleich im Zusammenhang mit einem Zertifikatssystem problematisch, da sich der nationale Preis im Preis für die *Internationalen Reserveberechtigungen* widerspiegeln muss. Dieses Problem kann durch die Bildung eines Referenzpreises gelöst werden. Bei dem Sonderfall der teilweisen kostenfreien Zuteilung ist dieser Vorteil in die Preiskalkulation miteinzustellen. Unter Beachtung des CBDR-Prinzips ist im Rahmen der Besteuerungshöhe die besondere Stellung der Entwicklungsländer zu berücksichtigen.

D. Ausblick und Fazit

Die bestehenden Ungewissheiten hinsichtlich der Vereinbarkeit von klimaschutzmotivierten Grenzausgleichsmaßnahmen mit dem Völkerrecht führen dazu, dass man letztlich nur eines mit Sicherheit sagen kann: Gewissheit wird es zeitnah nicht geben. Verkompliziert wird diese Lage durch das Dilemma, in

dem sich der Gesetzgeber befindet: Wie diese Untersuchung gezeigt hat, stehen Praktikabilität und Völkerrechtskonformität in einem vehementen Spannungsverhältnis. Eine praktisch umsetzbare und administrativ tragbare Ausgestaltung birgt ein besonderes Risiko für einen Verstoß gegen bestehendes Welthandelsrecht. Eine mit hoher Wahrscheinlichkeit rechtmäßige Ausformung erscheint hingegen weder praktikabel noch aus Klimaschutzpolitischen Gesichtspunkten zielführend.

Sollte sich ein nationaler Gesetzgeber für die Einführung eines Grenzausgleichs entscheiden und dieser, wie angedroht, rechtlich angefochten werden, käme es durch die Entscheidung des WTO-Streitbeilegungsgremiums zu einer Klärung im Einzelfall. Eine allgemeinverbindliche Lösung des Widerstreits zwischen Klimaschutz und Freihandel und den damit verbundenen juristischen Problematiken ginge damit jedoch nicht einher. Nur durch die stetige Entwicklung der Rechtsprechung könnte in einem langwierigen Prozess ein feststehender Interessenausgleich erreicht werden. Der Klimawandel macht allerdings ein umgehen des Handelns erforderlich. Um die offenen Fragestellungen verbindlich zu klären, sollte das Problem der Zulässigkeit klimaschutzbedingter Grenzausgleichsmaßnahmen daher dringend wieder auf die multilaterale Agenda gesetzt werden.

Ein taugliches Forum zur Ausarbeitung eines völkerrechtlichen Konsenses kann sowohl die Welthandelsorganisation, als auch die UN-Klimakonferenzen zur Verfügung stellen.¹¹²¹ Im Rahmen der WTO besteht zunächst die Möglichkeit, die maßgeblichen Regelungen des GATT neu zu gestalten. Da eine Vertragsänderung, wie z. B. eine Neudefinition des Gleichheitsbegriffes in Art. III GATT, in Anbetracht des Konsenserfordernis des Art. X:2 ÜWTO politisch zwar durchaus sinnvoll sein mag, zurzeit aber praktisch undurchführbar erscheint,¹¹²² stellt eine authentische Auslegungsvereinbarung oder die Gewährung einer Ausnahmegenehmigung (sog. Waiver) prozedural praktikablere Varianten dar. Insbesondere die Ausnahmegenehmigung bildet eine sinnvolle vorläufige Reaktionsmöglichkeit und kann den Weg für eine dauerhafte Vereinbarung ebnen.¹¹²³ Problematisch ist jedoch wiederum das Mehrheitserfordernis von zwei Dritteln. Schließlich könnte unter dem Dach der WTO ein plurilaterales oder bilaterales Abkommen in Form eines „Code of Conduct“ geschlossen werden, das die Be-

1121 Auf die weiteren Möglichkeiten soll an dieser Stelle nicht eingegangen werden. Vgl. dazu Holzer, NCCR Climate Research Paper 2010/06, S. 22f.

1122 Bacchus, Questions in Search of Answers: Trade, Climate Change, and the Rule of Law, S. 5.

1123 Holzer, NCCR Climate Research Paper 2010/06, S. 25.

handlung rechtlich offener Fragen im Zusammenhang mit CO₂-Emissionen vor-
gibt.¹¹²⁴

Zu bevorzugen wäre jedoch eine umfassende Regelung der Zulässigkeit von klimaschutzbezogenen Grenzausgleichsmaßnahmen unter dem Dach der Klimarahmenkonvention.¹¹²⁵ Eine solche kann klare und rechtsverbindliche Kriterien für den unilateralen Einsatz von klimaschutzbezogenen Grenzausgleichsmaßnahmen vorgeben. Diese könnten entweder in einem gesonderten Protokoll, einer Resolution oder im Rahmen eines umfassenden Post-Kyoto-Abkommens enthalten sein. Insofern kommt eine negative bzw. eine positive Handelsregelung in Betracht, durch die der Einsatz von Grenzausgleichsmaßnahmen zwischen den Vertragsparteien entweder *expressis verbis* geächtet oder gebilligt werden würde. Der durch eine entsprechende vertragliche Regelung manifestierte Interessenausgleich der Vertragsparteien wäre auch bei der Anwendung des WTO-Rechts zu berücksichtigen und würde die Wertung der *Chapeau*-Klausel vorwegnehmen. Eine Rechtfertigung des Einsatzes wäre dann entweder ausgeschlossen oder naheliegend. Die explizite Regelung des Einsatzes von unilateralen Handelsmaßnahmen kann daher weitreichend zur Klärung der offenen Fragen beitragen. Eine entsprechende Regelung muss jedoch einen allgemein hinnehmbaren Kompromiss darstellen. Denn nur dann, wenn die Regelung von der breiten Mehrheit der betroffenen Staaten getragen wird, ist sie geeignet, die dringend benötigte Rechtssicherheit und Verbindlichkeit zu schaffen. Schließlich sind nur die Staaten, die den Ausgleich der widerstreitenden Interessen mittragen, auch unter Welthandelsrecht an ihn gebunden. Die Zulässigkeit von Maßnahmen von Nichtvertragsparteien wird durch den gewonnenen Kompromiss hingegen nicht tangiert. Die Staatengemeinschaft steht somit vor einer diffizilen Aufgabe. Dies haben nicht zuletzt die Verhandlungen in Kopenhagen, Cancún und Durban gezeigt, bei denen der Einsatz von Grenzausgleichsmaßnahmen einen Kernstreitpunkt bildete, an dem sich die Interessen von Entwicklungs- und Industrieländern scheinbar unvereinbar gegenüberstanden.¹¹²⁶ Doch die Frage von der Agenda zu nehmen, stellt keine Lösung des Problems dar. Die Staatengemeinschaft sollte im Sinne der folgenden Generationen und der Erde alles daran setzen, einen gerechten Kompromiss für sämtliche Beteiligte zu erarbeiten.

1124 Vgl. dazu ausführlich: Hufbauer/Charnovitz/Kim, *Global Warming and the World Trading System*, S. 103ff.

1125 Dafür spricht zum einen, dass die sog. Doha Runde ohnehin schon stagniert und zum anderen, dass das WTO CTE die Auffassung vertritt, dass Fragestellungen an den Schnittstellen durch die MEAs zu regulieren sind. Vgl. WTO, CTE, *Report to the WTO Ministerial Conference*, WT/CTE/W/40 (1996), para. 178.

1126 Holmes/Reilly/Rollo, *Climate Policy* 11 (2011), 883 (884).

Schlussendlich kann und soll keine Antwort auf die Frage gegeben werde, ob ein Klimagrenzausgleich zu befürworten ist oder nicht. Die vorliegende Untersuchung hat gezeigt, dass seine Einführung welthandelsrechtlich zulässig sein kann, wenn bestimmte Grundsätze eingehalten werden und dadurch das juristische Konfliktpotential der Maßnahme verringert wird. Zugleich wurde jedoch auch offenbar, dass die Anwendung in der Praxis mit erheblichen Aufwand und administrativen Kosten verbunden ist. Insofern ist beachtenswert, dass insbesondere die Vorgaben des Welthandelsrechts eine komplexe Verwaltungsarbeit erforderlich machen. Beleuchtet wurde aber nur die rechtliche Ebene. Nur peripher konnte auf die ökologische und ökonomische Wirkungsweise von Grenzausgleichsmaßnahmen eingegangen werden. Gleichwohl müssen sie bei den Erwägungen eine ebenso große Rolle spielen wie die völkerrechtliche Zulässigkeit der Maßnahme. Denn nur das Zusammenspiel und eine Abwägung dieser drei Implikatoren kann Aufschluss darüber geben, ob die Einführung eines Grenzausgleichs im Einzelfall eine Empfehlung verdient, da er tatsächlich ein wirksames Instrument im Kampf gegen den Klimawandel und nicht bloß ein Werkzeug des Protektionismus darstellt.