



W T I
a d v i s o r s

An Affiliate of the World Trade Institute |



Umweltforschungsplan des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz
und Reaktorsicherheit

Förderkennzeichen (UFOPLAN) 3709 41 505

Weiterentwicklung des Emissionshandels unter besonderer Berücksichtigung von Maßnahmen betreffend energieintensive Industrien

Dr. Nils Meyer-Ohlendorf
Dr. Christian Pitschas
Benjamin Görlach

Im Auftrag des Umweltbundesamtes

Juni 2010

Ecologic Institute, Berlin
www.ecologic.eu

Über das Ecologic Institut

Das Ecologic Institut ist ein Think Tank für angewandte Umweltforschung, Politikanalyse und Beratung mit Büros in Berlin, Brüssel, Wien und Washington DC. Als privates, unabhängiges Institut widmet sich Ecologic der Aufgabe, neue Ideen in die Umweltpolitik einzubringen, nachhaltige Entwicklung zu fördern und die umweltpolitische Praxis zu verbessern. Die Arbeit des Ecologic Instituts umfasst das gesamte Spektrum von Umweltthemen einschließlich der Integration von Umweltbelangen in andere Politikfelder. Das Ecologic Institut wurde 1995 gegründet und ist Partner im Netzwerk der Institute für Europäische Umweltpolitik. Das Ecologic Institut ist gemeinnützig, Spenden sind steuerlich absetzbar.

Das diesem Bericht zu Grunde liegende Forschungsvorhaben wurde im Auftrag des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit durchgeführt. Die Verantwortung für den Inhalt dieser Veröffentlichung liegt beim Autor.

Inhaltsverzeichnis

1	Einführung	1
2	Beihilfen	4
2.1	Kostenlose Zuteilung von Zertifikaten nach Artikel 10a Abs. 12 RL 2003/87/EG	7
2.1.1	EU-Beihilfenrecht	7
2.1.2	WTO-Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen (SCM-Übereinkommen)	12
2.1.3	Zwischenergebnis	18
2.2	Finanzielle Ausgleichsmaßnahmen nach Artikel 10a Abs. 6 RL 2003/87/EG	18
2.2.1	EU-Beihilfenrecht	18
2.2.2	WTO-Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen (SCM-Übereinkommen)	28
2.2.3	Zwischenergebnis	33
3	Grenzausgleichsmaßnahmen	33
3.1	Einbeziehung von Importeuren in den Emissionshandel	34
3.1.1	Einbeziehung von Importeuren in den Emissionshandel: Ausgestaltungsvarianten und Kriterien	36
3.1.2	Artikel III Abs. 4 GATT: Diskriminierungsverbot in Bezug auf Gesetze und Regulierungen	41
3.1.3	Meistbegünstigungsprinzip (Artikel I GATT)	47
3.1.4	Allgemeine Ausnahmeregelung nach Artikel XX GATT	50
3.1.5	Zwischenergebnis	57
3.2	Tarifäre Belastung von Importen	58
3.2.1	Ausgleich für Abgaben auf Energieverbrauch und Emissionen während des Produktionsprozesses	59
3.2.2	Ausgleich für durch Emissionshandel verursachte Kosten	65
3.2.3	Zwischenergebnis	65

4	Grundsätze der UNFCCC	66
4.1	Prinzip der gemeinsamen aber unterschiedlichen Verantwortlichkeiten	67
4.2	Prinzip der offenen Wirtschaft und des offenen Handels sowie Kooperationsprinzip, Artikel 3 Abs. 5 UNFCCC.....	68
5	Zusammenwirken und Verhältnis zwischen den Privilegierungsvorschlägen.....	69
6	Zusammenfassung und Bewertung	72
6.1	Direkte Kompensationen.....	73
6.2	Grenzausgleichsmaßnahmen	74
6.2.1	Einbeziehung von Importeuren in den europäischen Emissionshandel	75
6.2.2	Tarifäre Grenzausgleichsmaßnahme	79
6.3	Zusammenwirken und Verhältnis zwischen den Privilegierungsvorschlägen.....	80
7	Referenzen	81
7.1	Rechtsprechungsverzeichnis	81
7.2	Literaturverzeichnis.....	82

I Einführung

Unterschiede in nationalen Klimaschutzpolitiken können dazu führen, dass die Emissionen von Treibhausgasen ungleich belastet werden. Unternehmen in Ländern mit ambitionierter Klimapolitik sehen sich dadurch Wettbewerbsnachteilen ausgesetzt. Potenzielle Folgen können – je nach Höhe der tatsächlichen Belastung und Intensität des internationalen Wettbewerbs – der Verlust von Marktanteilen an ausländische Wettbewerber oder die Verlagerung von Produktionskapazitäten sein. Diese Verlagerungen von Produktion mindern die Wirksamkeit inländischer Klimapolitik, da ein Teil der inländischen Emissionsminderung durch Emissionszuwachs im Ausland kompensiert wird – das sogenannte „**Carbon Leakage**“. Dies wäre z.B. dann der Fall, wenn ein heimisches Unternehmen seine Produktion in ein Land mit einer schwächeren Klimaschutzpolitik und ohne eigene Emissionsobergrenze verlagert, oder ein Unternehmen aus diesem Land zu Lasten eines heimischen Unternehmens Marktanteile gewinnt – sofern die Veränderung sich eindeutig auf die Unterschiede in der Klimapolitik zurückführen lässt.

Über den tatsächlichen und prognostizierten **Umfang von Carbon Leakage** besteht keine Einigkeit in Wissenschaft und Politik.¹ Sowohl die Höhe der tatsächlichen Belastung durch die Klimapolitik, die Intensität des Wettbewerbs, als auch die Mobilität von Unternehmen variiert stark von Land zu Land und zwischen einzelnen Sektoren. Standortentscheidungen sind sehr komplexe Entscheidungen, in die eine Vielzahl von Faktoren einfließt. Umwelt- und klimapolitische Rahmenbedingungen stellen nur einen Teil dieser Faktoren dar, dessen Gewicht je nach Sektor sehr unterschiedlich ausfällt. Daneben üben steuer- oder arbeitsmarktpolitische Regelungen regelmäßig einen erheblich größeren Einfluss auf Standortentscheidungen aus als Energie- oder Klimapolitik. Untersuchungen haben gezeigt, dass die Anzahl der von *carbon leakage* betroffenen Sektoren relativ gering und etwa in Deutschland und Großbritannien nur etwa 1-2% des nationalen Bruttoinlandsprodukts ausmacht.² Die erste Verpflichtungsperiode des europäischen Emissionshandels hat – empirisch gesehen – zu keinem *carbon leakage* geführt. Allerdings kann nicht ausgeschlossen werden, dass bestimmte Teilspektoren in Zukunft erheblich von Klimapolitik betroffen sein können.

¹ Vgl. beispielsweise Carbon Trust 2004, Hourcade 2007, Graichen 2008, Cosbey, 2007 und 2008

² Hourcade 2007, Graichen 2008

Vor diesem Hintergrund werden **verschiedene Maßnahmen** diskutiert, um betroffene Unternehmen und Sektoren zu kompensieren und so das Risiko von *Carbon Leakage* zu verringern. Zum einen werden direkte Kompensationen erwogen. Diese können in Form von kostenloser Zuteilung von Emissionsberechtigungen sowie in Form von direkten Zahlungen an betroffene Industrien ausgestaltet werden. Zum anderen werden Grenzausgleichsmaßnahmen (GAM) diskutiert. GAM können als (1) Pflicht eines Importeurs zum Erwerb von Emissionsberechtigungen, (2) tarifäre Belastung von Importen bei Einfuhr und / oder (3) Entlastung von Exporten bei Ausfuhr ausgestaltet werden.

Die revidierte **Emissionshandelsrichtlinie 2009/29/EG** sieht verschiedene Möglichkeiten vor, Maßnahmen zugunsten *Carbon-leakage* gefährdeter Sektoren zu treffen:

- Gem. Artikel 10a Abs. 6 der Richtlinie können die Mitgliedstaaten zugunsten der Sektoren bzw. Teilsektoren, „für die ein erhebliches Risiko einer Verlagerung von CO₂-Emissionen durch auf den Strompreis übergewälzte Kosten der Treibhausgasemissionen ermittelt wurde“, finanzielle Ausgleichsmaßnahmen einführen. Dies betrifft also nur die sog. „indirekte leakage“, d.h. industrielle Stromkunden (die häufig selbst nicht unter den Geltungsbereich des Emissionshandels fallen).
- Für die Sektoren, die selbst am Emissionshandel teilnehmen und denen durch den Zukauf von Emissionsberechtigungen ein erheblicher Wettbewerbsnachteil besteht, sieht die Richtlinie Erleichterungen vor. Während die kostenlose Zuteilung für Industrieanlagen grundsätzlich zurückgeführt werden soll, erhalten nach Artikel 10a Abs. 12 Anlagen in Sektoren bzw. Teilsektoren, in denen ein erhebliches Risiko der Verlagerung von CO₂-Emissionen besteht, weiterhin einen hohen Anteil an Emissionsberechtigungen kostenlos zugeteilt.³ Dieser Anteil beträgt 100% dessen, was die entsprechende Anlage gemäß dem entsprechenden Benchmark erhalten hätte. Artikel 10 b Abs. 1 sieht jedoch noch eine andere Art von Erleichterung vor. Demnach soll die Europäische Kommission bis zum 30. Juni 2010 beurteilen, welche (Teil-)Sektoren einem erheblichen *Carbon Leakage*-Risiko ausgesetzt sind, und Vorschläge machen, wie damit umgegangen werden kann. Bei den möglichen Ansätzen werden – neben der in Artikel 10a Abs. 12 bereits erwähnten kostenlosen Zuteilung – auch Grenzausgleichsmaßnahmen genannt. Demnach könnten Importeure von Produkten, die von den gemäß Artikel 10a ermittelten Sektoren oder Teilsektoren hergestellt werden, in das Gemeinschaftssystem einbezogen werden. Zudem könnte nach Erwägungsgrund 25 ein wirksames „CO₂-Ausgleichssystem

Die 100% Zuteilung steht unter dem Vorbehalt der Entscheidung nach Art. 10b.

eingeführt werden, um eine vergleichbare Grundlage für Anlagen aus der Gemeinschaft, bei denen ein erhebliches Risiko von Verlagerungen besteht, und Anlagen aus Drittländern zu schaffen“.

Der **Schwerpunkt der gesamten politischen, aber auch wissenschaftlichen Diskussion** um *Carbon leakage* liegt auf **Wettbewerbsaspekten**. Die politischen Vorschläge oder verabschiedeten Maßnahmen sollen insbesondere den Verlust von Marktanteilen, die Verlagerung von Produktionskapazitäten und damit verbundenen Stellenabbau verhindern. Die Sorge, dass unterschiedliche Klimaschutzpolitiken zu Emissionsverlagerung führen und so die Wirksamkeit nationaler Klimaschutzpolitik mindern, spielt dagegen nach unserer Einschätzung eine kleinere Rolle.⁴ Verschiedene Untersuchungen und Modellierungen gehen zudem davon aus, dass GAM oder andere Ausgleichsmaßnahmen nur ein **kleines oder gar kein Potenzial** haben, die globalen **Treibhausgasemissionen zu reduzieren**.⁵

Trotz dieser Zweifel an der wettbewerbs- und umweltpolitischen Relevanz ist *Carbon Leakage* eine zentrale **Fragestellung in der klimapolitischen Diskussion**. Sowohl tatsächliche als auch behauptete Wettbewerbsnachteile spielen in der Klimapolitik eine herausragende Rolle. Der politische Preis für die Belastungen einzelner Sektoren kann sehr hoch sein, selbst wenn die Bedeutung dieser Sektoren für die gesamte Volkswirtschaft gering ist. Denn bereits die Schließung einzelner Standorte findet medial und politisch einen großen Widerhall; das Abwandern ganzer Branchen könnte entsprechend größere Wellen schlagen.

Vor diesem Hintergrund untersucht diese **rechtswissenschaftliche Studie**, inwieweit die verschiedenen diskutierten Ausgleichsmaßnahmen **mit Europa- und Völkerrecht** vereinbar sind. Die Studie ist so aufgebaut, dass es in einem ersten Schritt die rechtliche Zulässigkeit von direkten Kompensationsmaßnahmen geprüft wird, d.h. hier wird insbesondere die rechtliche Zulässigkeit der kostenlosen Zuteilung von Emissionsberechtigungen und direkten Zahlungen an betroffene Unternehmen und Sektoren geprüft. Prüfungsmaßstab für diese Maßnahmen ist insbesondere das Beihilferecht der EU und der WTO. Im nächsten Abschnitt untersucht die Studie die Rechtmäßigkeit von GAM, d.h. insbesondere die Einbeziehung von Importeuren in den europäischen Emissionshandel (EIE) sowie tarifäre Belastungen an der Grenze. Hier kommen insbesondere Regeln des Welthandelsrechts zum Tragen. Im letzten

⁴ Vgl. etwa Hilbert, Berg, S. 3

⁵ Fischer; Fox, 2009, S. 2-3; Whalley, 2009, S. 8; für eine positivere Einschätzung Hoerner, 1998, S. 15

Abschnitt der Studie wird diskutiert, inwiefern die jeweilige Maßnahme angemessen mit anderen Instrumenten zusammenwirkt. Auch wenn die rechtliche Prüfung im Mittelpunkt der gesamten Untersuchung steht, werden erste Aussagen zur Praktikabilität und politischen Durchsetzbarkeit der verschiedenen Vorschläge gemacht. Anders als eine Reihe vorheriger Untersuchungen nimmt die Studie eine Prüfung anhand verfeinerter Ausgestaltungsvarianten vor, wobei allerdings eine Detailausgestaltung, wie sie im Gesetzgebungsverfahren erforderlich wäre, den Rahmen dieser Studie sprengen würde. Etwaige (wichtige) Detailfragen des nationalen Rechts untersucht die Studie jedoch nicht.

2 Beihilfen

Die beihilfenrechtliche Prüfung konzentriert sich auf zwei Regelungen in Artikel 10a Richtlinie 2003/87/EG: Dabei geht es zum einen um Artikel 10a Abs. 6, der finanzielle Maßnahmen der Mitgliedstaaten zugunsten bestimmter energieintensiver Sektoren bzw. Teilsektoren vorsieht (hiernach kurz „finanzielle Ausgleichsmaßnahmen“). Zum anderen handelt es sich um Artikel 10a Abs. 12, der regelt, bestimmten energieintensiven Sektoren bzw. Teilsektoren Zertifikate während eines bestimmten Zeitraums kostenlos zuzuteilen (hiernach kurz „kostenlose Zuteilung von Zertifikaten“). Beide Vorschriften **unterscheiden sich** hinsichtlich ihres **sachlichen Anwendungsbereichs und -befehls**:

- Die „kostenlose Zuteilung von Zertifikaten“ soll gemäß Artikel 10a Abs. 14 sowohl die „direkten Kosten der erforderlichen Zertifikate“ als auch „die indirekten Kosten durch höhere Strompreise“ kompensieren (sofern diese Kosten „durch die Durchführung dieser Richtlinie verursacht wurden“). Demgegenüber sollen die „finanziellen Ausgleichsmaßnahmen“ der Mitgliedstaaten nach Artikel 10a Abs. 6 allein die „auf den Strompreis übergewälzten Kosten der Treibhausgasemissionen“, also die indirekten Kosten, ausgleichen. Mithin setzt das Instrument **„finanzielle Ausgleichsmaßnahmen“** nur an den *indirekten* Kosten aufgrund höherer Strompreise an und hat insoweit einen **geringeren sachlichen Anwendungsbereich als** das Instrument **„kostenlose Zuteilung von Zertifikaten“**.
- Die **„kostenlose Zuteilung von Zertifikaten“** ist **verbindlich**, ohne dass den Mitgliedstaaten insoweit ein Ermessensspielraum bezüglich des „Ob“ der kostenlosen

Zuteilung eingeräumt ist.⁶ Denn nach Artikel 10a Abs. 12 „werden“ die Zertifikate an die von der Kommission bestimmten Sektoren bzw. Teilsektoren kostenlos zugeteilt.⁷ Die **Einführung „finanzieller Ausgleichsmaßnahmen“** ist hingegen in das **Ermessen der Mitgliedstaaten** gestellt: Artikel 10a Abs. 6 besagt, dass die Mitgliedstaaten derartige Maßnahmen einführen „können“.⁸ Das hat zur Folge, dass die von der Kommission festgelegten energieintensiven Sektoren bzw. Teilsektoren in der gesamten EU kostenlos Zertifikate erhalten werden, während die finanziellen Ausgleichsmaßnahmen jedenfalls nicht automatisch im Gebiet der gesamten EU eingeführt werden.⁹

Die zuvor benannten Unterschiede von Artikel 10a Abs. 6 und Artikel 10a Abs. 12 zeigen auf, dass es sich bei den finanziellen Ausgleichsmaßnahmen einerseits und der kostenlosen Zuteilung von Zertifikaten andererseits um rechtlich *unterschiedliche* Instrumente handelt, die voneinander klar zu trennen sind. Zwar mögen beide Instrumente u.U. den davon begünstigten energieintensiven Sektoren bzw. Teilsektoren einen Vorteil verschaffen. Doch würde es sich dabei nur um die wirtschaftliche Auswirkung dieser beiden Instrumente handeln, die nichts darüber besagt, ob beide Instrumente in einem *rechtlichen* Sinne auseinanderzuhalten sind. Sowohl der jeweilige Wortlaut der Instrumente („finanzielle Ausgleichsmaßnahmen“ bzw. „kostenlose Zuteilung von Zertifikaten“) als auch ihre unterschiedliche Stellung innerhalb der Systematik des Artikels 10a (Regelung der finanziellen Ausgleichsmaßnahmen in Absatz sechs und Regelung der kostenlosen Zuteilung in Absatz zwölf fortfolgende) sprechen gleichfalls dafür, beide Instrumente voneinander zu unterscheiden. Die kostenlose Zuteilung von Zertifikaten stellt eine Abweichung (Ausnahmefall) von der in Artikel 10 geregelten Grundkonstellation „Versteigerung von Zertifikaten“¹⁰ dar und beschränkt sich zugleich darauf. Im Gegensatz

⁶ Die kostenlose Zuteilung von Zertifikaten erfolgt vorbehaltlich der aufgrund von Artikel 10b zu ergreifenden Maßnahmen. An der Verbindlichkeit der kostenlosen Zuteilung ändert Artikel 10b jedoch nichts, sondern führt allenfalls zu einer Anpassung des Anteils der von den Mitgliedstaaten kostenlos zuzuteilenden Zertifikate.

⁷ In der englischen Sprachfassung des Artikels 10a Abs. 12 RL 2003/87/EG ist von „shall be allocated“ die Rede; die englische Sprachfassung bestätigt somit die Auslegung auf der Grundlage der deutschen Sprachfassung.

⁸ Die englische Sprachfassung des Artikels 10a Abs. 6 RL 2003/87/EG spricht von „may“ und stimmt damit mit der deutschen Sprachfassung überein. Erwägungsgrund Nummer 27 der Richtlinie 2009/29/EG (Abl. EU L 140/63 vom 05.06.2009; hiernach kurz RL 2009/29/EG) zur Änderung der RL 2003/87/EG führt aus: „Die Mitgliedstaaten können es für notwendig erachten, Anlagen, für die ein erhebliches Risiko einer Verlagerung von CO₂-Emissionen ermittelt wurde, übergangsweise für Kosten zu entschädigen, die im Zusammenhang mit den Treibhausgasemissionen stehen, deren Kosten auf den Strompreis abgewälzt werden“ (Unterstreichung hinzugefügt).

⁹ Dieses „Auseinanderfallen“ der beiden Instrumente dürfte seine Ratio darin finden, dass finanzielle Ausgleichsmaßnahmen zu einer (unmittelbaren) Belastung der mitgliedstaatlichen Haushalte führen und daher in letzter Linie der Entscheidungsgewalt der Mitgliedstaaten unterfallen sollen; zudem wohnt ihnen ein wettbewerbsverzerrendes Potential inne, das es nach Möglichkeit zu begrenzen gilt.

¹⁰ Erwägungsgrund Nummer 15 RL 2009/29/EG bezeichnet die Versteigerung der Zertifikate als das „Grundprinzip für die Zuteilung“.

und in Abgrenzung zur kostenlosen Zuteilung sind finanzielle Ausgleichsmaßnahmen solche Massnahmen, die (anders als die kostenlose Zuteilung von Zertifikaten) einen rein *finanziellen* Charakter aufweisen, sei es durch direkte finanzielle Zuwendungen (Energiepreissubventionen), sei es durch die Verminderung finanzieller Belastungen (Ermäßigung oder Befreiung von Umweltsteuern). Das folgt nicht nur aus dem Wort „finanziell“, sondern auch aus dem Umstand, dass diese Maßnahmen die auf den Strompreis übergewälzten Kosten der Treibhausgasemissionen „ausgleichen“ sollen;¹¹ ein solcher Ausgleichsmechanismus bedingt einen finanziellen Charakter der fraglichen Maßnahmen.

Die Regelungen in Artikel 10a Abs. 6 und Abs. 12 sind nachfolgend wegen ihres prinzipiell *begünstigenden* Charakters für die von der Kommission ermittelten energieintensiven Sektoren bzw. Teilsektoren auf ihre Vereinbarkeit mit dem Beihilferecht der EU und dem WTO-Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen (hiernach als SCM-Übereinkommen bezeichnet) zu überprüfen. Dabei wird zunächst die kostenlose Zuteilung von Emissionsberechtigungen geprüft (Artikel 10a Abs. 12), und im Anschluss daran werden direkte Zahlungen an betroffene Unternehmen untersucht (Artikel 10a Abs. 6).

Die Prüfung der genannten Maßnahmen am Maßstab des (unionsinternen) EU-Beihilfenrechts liegt auf der Hand, zumal Artikel 10a (6) ausdrücklich auf die Vereinbarkeit finanzieller Ausgleichsmaßnahmen mit den „geltenden und künftigen Regeln für staatliche Beihilfen“ abhebt. Die Prüfung dieser Maßnahmen am Maßstab des (unionsexternen) SCM-Übereinkommens mag auf den ersten Blick weniger evident erscheinen. Dennoch drängt sie sich im Kontext der „carbon leakage“ Problematik auf, weil diese im Kern *internationaler* Natur ist, wie die Absätze 14 – 18 des Artikels 10a sehr deutlich zeigen.¹²

Hervorzuheben ist vorab, dass das EU-Beihilfenrecht und SCM-Übereinkommen den **Begriff der Beihilfe bzw. Subvention anhand ähnlicher Tatbestandsmerkmale** definieren und insoweit eher geringfügige Unterschiede zwischen beiden Beihilferegimen bestehen.¹³ Eine weitaus **größere Differenz** weisen beide Regime jedoch **im Hinblick auf die Rechtsfolgen**

¹¹ Erwägungsgrund Nummer 27 RL2009/29/EG spricht davon, Anlagen „übergangsweise für Kosten zu *entschädigen*, die im Zusammenhang mit den Treibhausgasemissionen stehen, deren Kosten auf den Strompreis abgewälzt werden“ (Betonung hinzugefügt),

¹² Die Intensität des Handels mit Drittstaaten ist eines der Schlüsselkriterien für die Evaluation, ob ein Sektor bzw. Teilsektor einem erheblichen „carbon leakage“-Risiko ausgesetzt ist; ausserdem kann der Umfang der Treibhausgasemissionsreduktion, zu der sich Drittstaaten verpflichten, auf die ein wesentlicher Anteil der Herstellung von Erzeugnissen in Sektoren bzw. Teilsektoren entfällt, für die die Kommission ein „carbon leakage“-Risiko ermittelt hat, von der Kommission bei der Festlegung der zu begünstigenden energieintensiven Sektoren bzw. Teilsektoren berücksichtigt werden.

¹³ Allerdings beinhaltet die Subventionsdefinition in Artikel 1 SCM-Übereinkommen nicht das Merkmal der „Selektivität“ der Subvention, das im Tatbestand des Artikels 107 Abs.1 AEUV enthalten ist; jedoch unterliegt eine Subvention gemäß Artikel 1.2 SCM-Übereinkommen nur dann den Disziplinen des SCM-Übereinkommens nach Teil II, III und V des Übereinkommens, wenn sie nach Massgabe des Artikels 2 SCM-Übereinkommen „spezifisch“ ist.

auf, die sie an das Vorliegen einer Beihilfe bzw. Subvention knüpfen: Das EU-Beihilfenrecht verbietet grundsätzlich jedwede Beihilfe, lässt aber hiervon relativ weitreichende Ausnahmen zu.¹⁴ Demgegenüber verbietet das SCM-Übereinkommen nur Ausfuhr- und Imports substitutionssubventionen,¹⁵ während alle sonstigen Subventionen zwar nicht untersagt, aber immerhin „anfechtbar“ sind.¹⁶ Vor diesem Hintergrund erscheint es durchaus denkbar, dass die Prüfung der hier in Rede stehenden Maßnahmen nach dem EU-Beihilfenrecht einerseits und dem SCM-Übereinkommen andererseits zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangt.

2.1 Kostenlose Zuteilung von Zertifikaten nach Artikel 10a Abs. 12 RL 2003/87/EG

Die *vorrangige* Überprüfung der kostenlosen Zuteilung von Zertifikaten auf ihre Vereinbarkeit mit den beihilfenrechtlichen Regeln des EU-Rechts auf der einen und des WTO-Rechts auf der anderen Seite ist deshalb geboten, weil die kostenlose Zuteilung von Zertifikaten an die von der Kommission ermittelten energieintensiven Sektoren bzw. Teilsektoren nach Artikel 10a Abs. 12 *zwingend* ist (nicht hingegen die Gewährung finanzieller Ausgleichsmaßnahmen).

2.1.1 EU-Beihilfenrecht

Die Prüfung am Maßstab des EU-Beihilfenrechts hat zunächst darzulegen, ob es sich bei der kostenlosen Zuteilung von Zertifikaten überhaupt um eine Beihilfe i.S.d. Artikels 107 Abs.1 AEUV handelt. Zwei Fragen sind insoweit zu untersuchen: (1) Ist der sachliche Anwendungsbereich dieser Vorschrift im hiesigen Kontext eröffnet, und, falls das zu bejahen ist, (2) sind die Tatbestandsmerkmale dieser Vorschrift erfüllt?

¹⁴ Artikel 107 AEUV ist eine klassische Regel-Ausnahme-Vorschrift: Sie verbietet Beihilfen der Mitgliedstaaten, aber dieses Verbot kennt sowohl (sog.) Legal- als auch (sog.) Ermessensausnahmen.

¹⁵ Artikel 3.1 SCM-Übereinkommen.

¹⁶ Die Anfechtbarkeit einer (nicht nach Artikel 3 verbotenen) spezifischen Subvention richtet sich nach den in Artikeln 5 und 6 SCM-Übereinkommen aufgestellten Kriterien.

2.1.1.1 Anwendbarkeit des Artikels 107 Abs. 1 AEUV

Das Beihilfenverbot des Artikels 107 Abs. 1 AEUV findet grundsätzlich nur auf solche **Beihilfen** Anwendung, **die einem Mitgliedstaat zuzurechnen sind**. Eine Zurechnung an einen Mitgliedstaat soll dann ausscheiden, wenn der Mitgliedstaat eine klare und genaue Verpflichtung des Unionsrechts im nationalen Recht umsetzt, ohne insoweit über einen eigenen Ermessensspielraum zu verfügen.¹⁷

Artikel 10a Abs. 12 stellt eine klare und genaue Verpflichtung für die Mitgliedstaaten auf, bestimmten energieintensiven Sektoren bzw. Teilsektoren kostenlos Zertifikate zuzuteilen; ein Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten besteht insoweit nicht.

Fraglich ist indes, ob die Mitgliedstaaten hinsichtlich der Art und Weise („Wie“) der kostenlosen Zuteilung über einen, ggf. eingeschränkten, Ermessensspielraum verfügen. Die kostenlose Zuteilung soll „in Höhe von 100% der Menge, die gemäß den in Absatz 1 genannten Maßnahmen festgelegt wurde“, erfolgen. Absatz eins sieht den Erlass unionsweiter und vollständig harmonisierter Durchführungsmaßnahmen durch die Kommission u.a. für die kostenlose Zuteilung von Zertifikaten vor. Der Erlass *vollständig harmonisierter* Durchführungsmaßnahmen durch die Kommission spricht zwar prinzipiell gegen einen Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten bei der kostenlosen Zuteilung von Zertifikaten. Dennoch kann ein solcher Ermessensspielraum nicht völlig ausgeschlossen werden. Insbesondere ist derzeit noch offen, ob die von Absatz eins avisierten Durchführungsmaßnahmen der Kommission tatsächlich eine „vollständige“ Harmonisierung der kostenlosen Zuteilung von Zertifikaten herbeiführen werden. Es ist daher nicht auszuschließen, dass den Mitgliedstaaten ein wenn auch eingeschränkter **Ermessensspielraum bezüglich des „Wie“ der kostenlosen Zuteilung von Zertifikaten zusteht**.

In diesem Fall wäre der **sachliche Anwendungsbereich des Artikels 107 Abs. 1 AEUV eröffnet**.

2.1.1.2 Tatbestand des Artikels 107 Abs. 1 AEUV

Nach der **Legaldefinition des Artikels 107 Abs.1 AEUV** entscheiden die folgenden Kriterien *kumulativ* darüber, ob eine Beihilfe vorliegt:

¹⁷ EuG, T-351/02, Rz. 101 – 102.

- Transfer staatlicher Mittel,
- wirtschaftlicher Vorteil,
- Selektivität,
- Auswirkungen auf Wettbewerb und zwischenstaatlichen Handel.¹⁸

Transfer staatlicher Mittel

Die erste Frage lautet, ob die kostenlose Zuteilung von Zertifikaten einen **Transfer staatlicher Mittel** darstellt. Dabei fallen unter den Begriff „staatliche Mittel“ nicht bloß rein finanzielle (monetäre) Zuwendungen des Staates (Subvention i.e.S.), sondern alle staatlichen (oder staatlich veranlassten) Maßnahmen, denen ein (wie auch immer gearteter) wirtschaftlicher Wert zukommt.¹⁹ Die **kostenlose Zuteilung von Zertifikaten** generiert für die Anlagen bzw. ihre Betreiber, die diese Zertifikate erhalten, einen **wirtschaftlichen Wert**, denn die Zertifikate berechtigen zur „Emission von einer Tonne Kohlendioxidäquivalent in einem bestimmten Zeitraum“ (bezogen auf ein Zertifikat) und sind zudem übertragbar.²⁰ Die kostenlose Zuteilung von Zertifikaten an Anlagen bzw. ihre Betreiber ist demnach ein Transfer staatlicher Mittel i.S.d Artikels 107 Abs.1 AEUV.

Wirtschaftlicher Vorteil

Damit stellt sich die weitere Frage, ob die kostenlose Zuteilung von Zertifikaten einen **wirtschaftlichen Vorteil** bei den Anlagen bzw. ihren Betreibern begründet, denen die Zertifikate zugeteilt werden. Ein wirtschaftlicher Vorteil im Sinne des Artikels 107 Abs.1 AEUV ist immer dann anzunehmen, wenn der Empfänger für die ihm gewährten staatlichen Mittel keine marktgerechte bzw. –übliche Gegenleistung erbringt.²¹ Gemessen daran begründet die *kostenlose* Zuteilung von Zertifikaten bei den davon bedachten Anlagen bzw. ihren Betreibern einen wirtschaftlichen Vorteil, denn sie erbringen dafür keinerlei Gegenleistung, geschweige denn eine solche marktüblicher Art.

¹⁸ Siehe Punkt 2., S. 5f., Vademekum der Kommission zum EU-Beihilfenrecht (Stand: 30. September 2008).

¹⁹ Siehe statt vieler nur Kreuzschitz/Rawlinson, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), Kommentar zum EU- und EG-Vertrag (4. Aufl. 2006), Art. 87, Rn. 13; Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht (2. Aufl. 2004), § 43, Rn. 4.

²⁰ Siehe Artikel 3 a) und Artikel 12 Abs.1 RL 2003/87/EG.

²¹ Sog. Prinzip „marktrelativer Günstigkeit“, siehe Heidenhain, in: ders. (Hrsg.), Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts (2003), § 4, Rn. 2; Mestmäcker/Schweitzer, § 43, Rn. 12.

Selektivität

Wirtschaftliche Vorteile sind nach Artikel 107 Abs.1 AEUV allerdings nur dann erheblich, wenn sie **selektiv** wirken,²² d.h., bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige „gegenüber anderen Unternehmen, die sich im Hinblick auf das mit der betreffenden Massnahme verfolgte Ziel in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden“, bevorzugen.²³ Eine solche Selektivität ist hingegen dann nicht gegeben, wenn die fragliche Maßnahme „zwar einen Vorteil für den Begünstigten darstellt, aber durch das Wesen oder die allgemeinen Zwecke des Systems, zu dem sie gehört, gerechtfertigt ist“.²⁴

Die kostenlose Zuteilung von Zertifikaten kommt nur denjenigen Anlagen bzw. ihren Betreibern zugute, die energieintensiven Sektoren bzw. Teilsektoren angehören, bei denen nach Feststellung der Kommission ein erhebliches *Carbon-leakage*-Risiko vorhanden ist. Daher ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die kostenlose Zuteilung von Zertifikaten für die hiervon begünstigten Sektoren bzw. Teilsektoren eine selektive (und damit grundsätzlich beihilfenrechtlich relevante) Maßnahme bildet.

Jedoch fügt sich die kostenlose Zuteilung von Zertifikaten an bestimmte energieintensive Sektoren bzw. Teilsektoren in das Wesen bzw. die allgemeinen Zwecke des Emissionshandelssystems ein. Das Emissionshandelssystem soll dazu beitragen, „dass die (internationalen) Verpflichtungen der Europäischen Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten (im Rahmen des Kyoto-Protokolls) durch einen effizienten europäischen Markt für Treibhausgasemissionszertifikate effektiver und unter möglichst geringer Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Entwicklung und der Beschäftigungslage erfüllt werden“.²⁵ Die kostenlose Zuteilung von Zertifikaten an bestimmte energieintensive Sektoren bzw. Teilsektoren bezweckt, eine Verlagerung von CO₂-Emissionen in Drittländer, die keine dem EU-Emissionshandelssystem vergleichbaren CO₂-Auflagen kennen, zu verhindern.²⁶

²² Beljin, in: Schulze/Zuleeg (Hrsg.), Europarecht (2006), § 28, Rn. 55; Mestmäcker/Schweitzer, § 43, Rn. 43f.; Vademekum, Punkt 2. c), S. 6.

²³ EuGH, Rs. C-143/99, Rz. 41 (m.w.Nachw. zur Rspr. des EuGH).

²⁴ EuGH, Rs. C-143/99, Rz. 42 (m.w.Nachw. zur Rspr. des EuGH); siehe auch Rs. C-351/98, Rz. 42 (→ eine Differenzierung zwischen Unternehmen im Bereich von Belastungen stelle keine Beihilfe dar, wenn die Differenzierung aus dem Wesen oder Ziel der fraglichen Lastenregelung folge); Rs. C-53/00, Rz. 17 (→ eine unterschiedliche Behandlung von Unternehmen begründe keinen beihilferechtlich relevanten Vorteil, wenn die unterschiedliche Behandlung aus systemimmanenten Gründen gerechtfertigt sei); Rs. T-233/04, Rz. 97-98 (→ betreffend ein Handelssystem mit Emissionsrechten für Stickstoffoxide). Vgl. hierzu auch Beljin, § 28, Rn. 56; Mestmäcker/Schweitzer, § 43, Rn. 53 ff.

²⁵ Erwägungsgrund Nummer 5 RL 2003/87/EG.

²⁶ Erwägungsgrund Nummer 24 RL 2009/29/EG. Diese doppelte Komponente der "carbon-leakage"-Problematik – die umwelt-/klimabezogene und die wettbewerbsbezogene Komponente – wird allgemein erkannt, auch wenn das reale

Vor diesem Hintergrund wird man die kostenlose Zuteilung von Zertifikaten an bestimmte energieintensive Sektoren bzw. Teilsektoren jedenfalls zum gegenwärtigen Zeitpunkt als eine **systemkonforme bzw. –immanente Maßnahme** einstufen dürfen. Es ermangelt dieser Maßnahme daher an der erforderlichen Selektivität im beihilfenrechtlichen Sinne.²⁷ Diese Schlussfolgerung beruht allerdings auf der Annahme, dass *ausnahmslos* alle energieintensiven Sektoren bzw. Teilsektoren, bei denen in der Tat ein erhebliches *Carbon leakage*-Risiko gemäß den Kriterien des Artikels 10a besteht, kostenlos Zertifikate zugeteilt bekommen. Ob diese Annahme tatsächlich zutreffen wird, kann hier nicht verifiziert werden, ist aber maßgeblich für die Frage, ob die kostenlose Zuteilung von Zertifikaten eine systemkonforme bzw. –immanente Massnahme bildet.

Die vorangehende Schlussfolgerung lässt sich durch folgende zusätzliche Erwägung erhärten: Die Festlegung derjenigen energieintensiven Sektoren bzw. Teilsektoren, bei denen ein erhebliches „carbon-leakage“-Risiko besteht, erfolgt auf Grund einer Bewertung „auf Gemeinschaftsebene“.²⁸ Das sollte (jedenfalls theoretisch) dazu führen, dass unionsweit alle Anlagen (bzw. ihre Betreiber) aus diesen Sektoren bzw. Teilsektoren ausnahmslos kostenlos Zertifikate erhalten und sich somit in einer „vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation“ befinden. Daraus folgt, dass jedenfalls der Wettbewerb zwischen diesen Anlagen bzw. ihren Betreibern *innerhalb der Union* durch die kostenlose Zuteilung von Zertifikaten nicht verfälscht wird.²⁹ Nach Artikel 107 Abs.1 AEUV ist eine Massnahme aber nur dann als Beihilfe zu bewerten, wenn sie den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht.

2.1.1.3 Zwischenergebnis

Die kostenlose Zuteilung von Zertifikaten durch die Mitgliedstaaten ist eine staatliche Massnahme, die am Massstab des Artikels 107 Abs. 1 AEUV zu beurteilen ist. Diese Maßnahme ist dem Emissionshandelssystem der EU konform bzw. –immanent, so dass es

Gewicht der Problematik zumeist eher verhalten beurteilt wird, siehe bspw. ICTSD Information Note No 16, December 2009; OECD Policy Brief, August 2009; WTO-UNEP Report, S. 99 f.

²⁷ Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf Artikel 10b Abs.1 RL 2003/87/EG, der die Kommission verpflichtet, bis zum 30. Juni 2010 einen Analysebericht vorzulegen, „in dem sie die Situation in Bezug auf energieintensive Sektoren und Teilsektoren untersucht, für die ein erhebliches Risiko einer Verlagerung von CO₂-Emissionen ermittelt wurde“. Zudem soll die Kommission Vorschläge zum weiteren Vorgehen unterbreiten.

²⁸ Artikel 10a Abs.14 S. 1 RL 2003/87/EG. Die Kommission hat bereits einen Entwurf einer Liste mit 164 Sektoren bzw. Teilsektoren erstellt, bei denen nach ihrer Ansicht ein erhebliches „carbon leakage“-Risiko gegeben ist; auf diese Sektoren bzw. Teilsektoren entfallen ca. ein Viertel aller vom EU-Emissionshandelssystem erfassten Treibhausgasemissionen (Presseerklärung der Kommission vom 18. September 2009, IP/09/1338).

²⁹ Eine gegenteilige Auffassung vertritt Kerber, „Klimapolitik versus Wettbewerb“, FAZ vom 25. November 2009, S. 10, der jedoch den Mechanismus für die kostenlose Zuteilung von Zertifikaten verkennt.

an der für den Beihilfentatbestand erforderlichen Selektivität ermangelt. Die Massnahme stellt deshalb **keine Beihilfe nach Artikel 107 Abs. 1 AEUV** dar.

Härtefallregelung: Kostenlose Zuteilung von Zertifikaten zu mehr als 100%?

Die kostenlose Zuteilung von Zertifikaten könnte selektiv im Sinne des Beihilfenbegriffs von Artikel 107 Abs.1 AEUV wirken, wenn Mitgliedstaaten in ihrem nationalen Recht eine Härtefallregelung einführen, wonach einzelnen Anlagen bzw. ihren Betreibern aus energieintensiven Sektoren bzw. Teilspektoren mehr als 100% der Menge an Zertifikaten erhalten könnten, die ihnen nach Maßgabe der von den Durchführungsmassnahmen der Kommission festzulegenden „ex-ante-Benchmarks“ zustehen. Indes legt Artikel 10a Abs. 12 fest, dass die Zertifikate „in Höhe von 100% der Menge, die gemäß den in Absatz 1 genannten Massnahmen festgelegt wurde, kostenlos zugeteilt“ wird.³⁰ Die Mitgliedstaaten dürfen also pro Anlage bzw. Betreiber nur eine bestimmte Menge an Zertifikaten, nämlich in Höhe von 100%, kostenlos zuteilen. Mit dieser rechtsverbindlichen Vorgabe ist eine Härtefallregelung im nationalen Recht der Mitgliedstaaten, die eine kostenlose Zuteilung an einzelne Anlagen in Höhe von mehr als 100% zuliesse, unvereinbar. Diese Regelung entspricht der grundsätzlichen Systematik des europäischen Emissionshandelssystems.

2.1.2 WTO-Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen (SCM-Übereinkommen)

2.1.2.1 Anwendbarkeit des SCM-Übereinkommens

Das SCM-Übereinkommen ist auf alle Massnahmen der WTO-Mitglieder anwendbar, die den Subventionsbegriff des Artikels 1.1 SCM-Übereinkommen erfüllen. Dieser Subventionsbegriff gilt einheitlich für das gesamte SCM-Übereinkommen und entscheidet darüber, ob die betreffende Massnahme eines WTO-Mitglieds an den weiteren Regelungen dieses Übereinkommens zu messen ist.³¹ Deshalb ist die kostenlose Zuteilung von Zertifikaten

³⁰ Übereinstimmend heisst es im englischen Wortlaut dieser Vorschrift „allowances free of charge at 100% of the quantity determined in accordance with the measures referred to in paragraph 1“.

³¹ *US – FSC*, WT/DS108/AB/R, AB Bericht, Rz. 93; *US – FSC (Article 21.5 – EC)*, WT/DS108/AB/RW, AB Bericht, Rn. 85.

daraufhin zu überprüfen, ob sie unter den Subventionsbegriff des SCM-Übereinkommens fällt.

2.1.2.2 Subventionsbegriff (Artikel I SCM-Übereinkommen)

Artikel 1.1 SCM-Übereinkommen definiert den **Subventionsbegriff** für die Zwecke dieses Übereinkommens unter Heranziehung folgender Kriterien:

- staatliche Massnahme,
- finanzieller Beitrag, und
- Vorteil des Empfängers.³²

Staatliche Maßnahme

Wie im Rahmen der Prüfung nach EU-Beihilfenrecht ausgeführt, handelt es sich bei der kostenlosen Zuteilung der Zertifikate um eine **staatliche Maßnahme**; im Kontext des SCM-Übereinkommens gilt insoweit dieselbe Beurteilung. Selbst wenn man die kostenlose Zuteilung von Zertifikaten nicht den Mitgliedstaaten als staatliche Massnahme zurechnen wollte, sondern vielmehr der Europäischen Union, würde sich für die Zwecke des SCM-Übereinkommens nichts an der „Staatlichkeit“ dieser Massnahme ändern. Denn (rechtsverbindliche) Massnahmen der EU-Organe stehen (rechtsverbindlichen) Maßnahmen der Regierungen anderer WTO-Mitglieder gleich, weil die EU ein selbständiges WTO-Mitglied ist.

Finanzieller Beitrag

Damit ist zu klären, ob diese staatliche Maßnahme einen „finanziellen Beitrag“ darstellt.³³ Artikel 1.1 (a) SCM-Übereinkommen stellt einen „*numerus clausus*“ von Maßnahmen auf, die als „finanzieller Beitrag“ gemäß dem SCM-Übereinkommen gelten.³⁴ Die erste Variante – der direkte oder potentiell direkte Transfer staatlicher Mittel – ist *enger* zu verstehen als der Transfer staatlicher Mittel nach Artikel 107 Abs.1 AEUV. Anders als jene Norm erfasst Artikel 1.1 (a) SCM-Übereinkommen nicht jegliche Zuwendung eines wirtschaftlichen Vorteils,

³² Siehe van den Bossche, Abschnitt 6.3.2., S. 562; WTO, World Trade Report, S. 196.

³³ Artikel 1.1 SCM-Übereinkommen spricht im englischen Originaltext von „financial contribution“.

³⁴ Siehe Adamantopoulos, in: Wolfrum et al. (Hrsg.), WTO. Trade Remedies, S. 428, Rn. 11; Grave, S. 137; Croome, S. 92.

sondern lediglich den (potentiell) direkten **Transfer finanzieller Mittel**.³⁵ Diese Variante scheidet daher vorliegend aus, weil es sich bei den Zertifikaten, ungeachtet ihres wirtschaftlichen Werts und ihrer Handelbarkeit, nicht um ein *finanzielles* Mittel handelt. Etwaige „windfall profits“, die ggf. aus der kostenlosen Zuteilung von Zertifikaten resultieren, sind gleichfalls keine *finanziellen* Mittel iSv Artikel 1.1 (a) SCM-Übereinkommen; im Übrigen stellen sie keinen „direkten“ Transfer staatlicher Mittel dar.

Die zweite Variante – der Verzicht auf oder die Nichterhebung von ansonsten zu entrichtenden staatlichen Abgaben – erfasst Fallgestaltungen, in denen der **Staat auf ihm eigentlich zustehende Einnahmen verzichtet**.³⁶ Diese Variante könnte hier einschlägig sein, weil die Mitgliedstaaten durch die kostenlose Zuteilung von Zertifikaten auf Einnahmen verzichten, die sie ansonsten qua Versteigerung dieser Zertifikate erzielen würden.

Allerdings hat der *Appellate Body* darauf hingewiesen, dass der Verzicht eines Staates auf ihm eigentlich zustehende Einnahmen nur auf der Grundlage eines definierten **normativen Massstabs** („defined, normative benchmark“) festgestellt werden dürfe, der einen Vergleich erlaube zwischen den vom Staat tatsächlich erzielten Einnahmen und den Einnahmen, die der Staat normalerweise erzielen würde („revenue actually raised and the revenue that would have been raised ‚otherwise‘“).³⁷ Dieser Vergleich setze also eine rationale Grundlage („rational basis“) voraus, um sicherzustellen, dass Gleiches mit Gleichem verglichen werde („in this comparison, like will be compared with like“).³⁸

Es bedarf mithin eines normativen Maßstabs im Rahmen der Emissionshandelsrichtlinie, der eine rationale Grundlage für einen Vergleich zwischen der kostenlosen Zuteilung von Zertifikaten einerseits und der Versteigerung von Zertifikaten andererseits bietet, um beurteilen zu können, ob die Mitgliedstaaten durch die kostenlose Zuteilung von Zertifikaten auf Einnahmen verzichten, die sie ansonsten („otherwise“) erzielen würden. Diesen normativen Maßstab bildet Artikel 10 Abs. 1, der bestimmt, dass die Mitgliedstaaten „**sämtliche Zertifikate (versteigern)**, die nicht gemäß Artikel 10a und 10c kostenlos zugeteilt werden“ (Betonung hinzugefügt). Demzufolge stellt die Versteigerung der Zertifikate den

³⁵ Siehe Adamantopoulos, S. 430 f., Rn. 19 ff.

³⁶ Der authentische englische Begriff „revenue“ sowie der im Normtext erwähnte Beispielsfall der „tax credits“ bringen deutlich zum Ausdruck, dass es sich **nicht** um den Verzicht auf Abgaben iS, sondern um den Verzicht auf staatliche Einnahmen iW handelt. Vgl. auch Adamantopoulos, S. 433, Rn. 31 ff. Der Verzicht auf einen Gewinn, den ein EU-Mitgliedstaat üblicherweise erzielen könnte, und durch den ein Wirtschaftsbeteiligter einen Vorteil erhält, stellt auch nach EU-Beihilferegeln eine Beihilfe dar, EuGH, Rs. C-143/99, Rz. 39.

³⁷ WT/DS108/AB/R, *US – FSC*, Rz. 90.

³⁸ WT/DS108/AB/RW, *US – FSC. Article 21.5 – EC*, Rz. 90. Siehe auch WTO, World Trade Report 2006, S. 197.

Regel- und die kostenlose Zuteilung von Zertifikaten den Ausnahmefall dar.³⁹ Die kostenlose Zuteilung von Zertifikaten führt somit zu einem Verzicht der Mitgliedstaaten auf Einnahmen, die sie normalerweise („otherwise“) durch eine Versteigerung derselben erzielen würden, und ist daher als „**finanzieller Beitrag**“ gemäß Artikel 1.1 (a) SCM-Übereinkommen zu werten.

Vorteil des Empfängers

Der finanzielle Beitrag muss nach Artikel 1.1 (b) SCM-Übereinkommen einen **Vorteil** beim Empfänger des Beitrags herbeiführen. Das ist immer dann anzunehmen, wenn der Empfänger den finanziellen Beitrag zu Konditionen erhalten hat, die günstiger sind als die marktüblichen Konditionen.⁴⁰ Die kostenlose Zuteilung von Zertifikaten begründet einen solchen Vorteil, weil die Anlagen bzw. ihre Betreiber aus den energieintensiven Sektoren bzw. Teilsektoren, die nach Feststellung der Kommission einem erheblichen „carbon-leakage“-Risiko ausgesetzt sind, kostenlos Zertifikate erhalten, die sie andernfalls ersteigern müssten. Sie erhalten die Zertifikate also zu Bedingungen, die besser sind als die auf dem Markt für Zertifikate üblichen Bedingungen.⁴¹

2.1.2.3 Spezifität der Subvention (Artikel 2 SCM-Übereinkommen)

Die Einordnung einer staatlichen Maßnahme als Subvention nach der Subventionsdefinition des SCM-Übereinkommens ist jedoch nur dann erheblich, wenn die fragliche Subvention im Einklang mit den Kriterien des Artikels 2 SCM-Übereinkommen als **spezifisch** einzuordnen ist.⁴² Das ist der Fall, wenn die betreffende Subvention unternehmens- oder

³⁹ Erwägungsgrund Nummer 15 RL 2009/29/EG bestätigt diesen Befund, da danach die Versteigerung der Zertifikate „das Grundprinzip für die Zuteilung“ sein soll. Auf die von der Kommission bislang in den Entwurf ihres Verzeichnisses aufgenommenen energieintensiven Sektoren bzw. Teilsektoren entfallen ca. 25% aller vom EU-Emissionshandelssystem erfassten Treibhausgasemissionen, siehe Pressemitteilung der Kommission vom 18. September 2009 (IP/09/1338)

⁴⁰ Appellate Body, WT/DS70/AB/R, *Canada – Aircraft*, Rz. 157), bestätigt in WT/DS138/AB/R, *US – Lead and Bismuth II*, Rz. 68. Sog. „private investor-test“, siehe Matsushita/Schoenbaum/Mavroidis, S. 346 f.; siehe auch Herrmann, § 14, Rn. 691; WTO, World Trade Report 2006, S. 197.

⁴¹ Dass der Markt für Zertifikate ein *regulatorisch* geschaffener Markt ist, ist unerheblich, denn die Versteigerung soll gemäß Artikel 10 Abs.4 RL 2003/87/EG nach einem offenen, transparenten, harmonisierten und nicht-diskriminierenden Verfahren ablaufen, um eine „echte“, staatlicherseits unbeeinflusste, Preisbildung sicherzustellen. Der Umstand, dass die kostenlose Zuteilung von Zertifikaten nach EU-Beihilfenrecht keine Beihilfe darstellt, ist ebenfalls unbeachtlich, weil Artikel 107 Abs.1 AEUV und Artikel 1.1 SCM-Übereinkommen – ungeachtet ihrer Vergleichbarkeit – nicht (rechts-)identisch sind.

⁴² Siehe Artikel 1.2 SCM-Übereinkommen. Ausführlich zur Ratio dieses Merkmals Grave, S. 193 ff.

industriespezifisch ist.⁴³ Davon ist nach Artikel 2.1 (a) SCM-Übereinkommen immer dann auszugehen, wenn die Subvention nur bestimmten (ausgewählten) Unternehmen oder Wirtschaftszweigen zugänglich ist.⁴⁴ Dafür scheint hier *prima facie* zu sprechen, dass der „Zugang“ zur Subvention in Gestalt der kostenlosen Zuteilung von Zertifikaten ausweislich des Artikels 10a Abs. 12 nur bestimmten energieintensiven Sektoren bzw. Teilsektoren offensteht, die von der Kommission als mit einem erheblichen „carbon leakage“-Risiko behaftet eingestuft werden.

Jedoch gelten Subventionen dann nicht als spezifisch, wenn sie aufgrund **objektiver, rechtsförmig festgelegter und nachprüfbarer, Bedingungen** gewährt werden, die sowohl die Subventionsberechtigung als auch –höhe festlegen, die strikt befolgt werden und deren Erfüllung automatisch zum Erhalt der Subvention berechtigt.⁴⁵ Derartige Bedingungen gelten dann als objektiv, wenn sie neutral sind und bestimmte Unternehmen nicht gegenüber anderen bevorzugen sowie von wirtschaftlicher Natur und horizontal anwendbar sind.⁴⁶ Bezogen auf die kostenlose Zuteilung der Zertifikate bedeutet das:

- Die Bedingungen für die kostenlose Zuteilung von Zertifikaten sind in Artikel 10a und somit rechtsförmig und nachprüfbar niedergelegt. Diese Bedingungen entscheiden sowohl über die Berechtigung zum kostenlosen Erhalt von Zertifikaten als auch dem Grunde nach – unbeschadet etwaiger, aber eingeschränkter Ermessensspielräume der Mitgliedstaaten - über die Menge der den Subventionsempfängern kostenlos zuzuteilenden Zertifikate, d.h. die Subventionshöhe. Die in dem entsprechenden Verzeichnis der Kommission aufgeführten energieintensiven Sektoren bzw. Teilsektoren sind automatisch berechtigt, kostenlos Zertifikate zu erhalten, da Artikel 10a Abs. 12 den Mitgliedstaaten hinsichtlich des „Ob“ der Zuteilung der Zertifikate kein Ermessen einräumt.

⁴³ Eine Subvention ist gemäß Artikel 2.1 SCM-Übereinkommen auch dann spezifisch, wenn sie einer *Gruppe* von Unternehmen oder Wirtschaftszweigen gewährt wird; vgl. auch WTO, World Trade Report 2006, S. 198. Regionalspezifische Subventionen sind eine Unterkategorie der unternehmens- und industriespezifischen Subventionen, siehe Pitschas, in: Priess/Berrisch (Hrsg.), WTO-Handbuch (2003), S. 458, Rn. 70.

⁴⁴ Nach Artikel 2.1 (a) SCM-Übereinkommen kommt es nicht darauf an, ob die Begrenzung des Kreises der Subventionsempfänger sich (schon) aus der gesetzlichen Grundlage der Subvention ergibt oder (erst) von der subventionsbewilligenden Behörde vorgenommen wird.

⁴⁵ Artikel 2.1 (b) SCM-Übereinkommen.

⁴⁶ Fussnote 2 zu Artikel 2.1 (b) SCM-Übereinkommen. Die Neutralität der Bedingungen und ihre Nichtbevorzugung bestimmter Unternehmen einerseits und die wirtschaftliche Natur und horizontale Anwendbarkeit der Bedingungen andererseits sind aufgrund ihrer Sachnähe jeweils zusammengehörige Begriffspaare, in diesem Sinne auch Evtimov, in: Wolfrum et al. (Hrsg.), WTO. Trade Remedies, S. 462, Rn. 33 - 34.

- Die in Rede stehenden Bedingungen sind zudem *objektiv* iSd Artikels 2.1 (b) iVm Fussnote 2 SCM-Übereinkommen, weil die Bedingungen neutral sind und bestimmte Unternehmen nicht gegenüber anderen bevorzugen.⁴⁷ Ausschlaggebend für die Annahme eines erheblichen „carbon leakage“-Risikos (und damit die Aufnahme in das Kommissionsverzeichnis der Sektoren bzw. Teilsektoren, denen kostenlos Zertifikate zuzuteilen sind) sind zum einen der Anstieg der Produktionskosten und zum anderen die Intensität des Handels mit Drittstaaten.⁴⁸ Diese beiden Kriterien sind neutral, d.h. nicht-diskriminierend, und führen nicht dazu, *bestimmte* Unternehmen gegenüber anderen zu bevorzugen.⁴⁹ Die mögliche jährliche Anpassung des Verzeichnisses steht dem nicht entgegen, weil die Kommission diesem Verzeichnis weitere Sektoren bzw. Teilsektoren nur dann hinzufügen darf, wenn „in einem analytischen Bericht nachgewiesen werden kann, dass die betreffenden Sektoren bzw. Teilsektoren den in den Absätzen 14 bis 17 genannten Kriterien im Anschluss an eine Änderung, die erhebliche Auswirkungen auf die Tätigkeit dieser Sektoren bzw. Teilsektoren hat, entsprechen“.
- Schließlich sind die betreffenden Bedingungen von wirtschaftlicher Natur und horizontal anwendbar. Sowohl der Anstieg der Produktionskosten als Folge der durch die Durchführung der RL 2003/87/EG verursachten direkten und indirekten Kosten als auch die Handelsintensität mit Drittstaaten sind rein wirtschaftliche Gegebenheiten und zudem so allgemein gehalten, dass sie grundsätzlich horizontal auf jedes Unternehmen bzw. jeden Wirtschaftszweig, ungeachtet der jeweiligen branchentypischen Besonderheiten, anwendbar sind.

Damit ist festzuhalten, dass die kostenlose Zuteilung von Zertifikaten **keine spezifische Subvention** gemäß Artikel 2.1 SCM-Übereinkommen und deshalb mit dem SCM-Übereinkommens vereinbar ist.

⁴⁷ Bedingungen sind neutral, wenn sie nicht-diskriminierend sind, siehe Evtimov, S. 462, Rn. 33.

⁴⁸ Die Absätze 17 und 18 des Artikels 10a RL 2003/87/EG nennen weitere Kriterien, die bei der Erstellung bzw. Ergänzung des genannten Verzeichnisses von der Kommission zu beachten sind (Absatz 18) oder beachtet werden können (Absatz 17). Diese Kriterien ergänzen jedoch nur ggf. die im Text erwähnten Hauptkriterien und werden daher hier nicht weiter erörtert.

⁴⁹ Natürlich führt die Anwendung dieser Kriterien zu einer Selektion, aber diese Selektion bedeutet keine (gewollte) „Bevorzugung“ bestimmter Unternehmen iSd Artikels 2.1 (b) iVm Fussnote 2 SCM-Übereinkommen.

2.1.3 Zwischenergebnis

Die kostenlose Zuteilung von Zertifikaten an energieintensive Sektoren bzw. Teilsektoren, bei denen nach Feststellung der Kommission ein erhebliches „carbon leakage“-Risiko besteht, ist **keine Beihilfe** iSd Artikels 107 Abs.1 AEUV, weil diese Maßnahme im Rahmen des Emissionshandelssystems jedenfalls derzeit systemkonform bzw. –immanent ist. Die Maßnahme stellt zwar eine Subvention nach dem SCM-Übereinkommen dar, doch mangelt es ihr an der für die Zwecke dieses Übereinkommens erforderlichen Spezifität. Die Maßnahme stimmt daher mit den Verpflichtungen aus dem SCM-Übereinkommen überein.

2.2 Finanzielle Ausgleichsmaßnahmen nach Artikel 10a Abs. 6 RL 2003/87/EG

2.2.1 EU-Beihilfenrecht

2.2.1.1 Finanzielle Ausgleichsmaßnahmen als Beihilfen

Finanzielle Ausgleichsmaßnahmen sind nach Artikel 10a Abs. 6 Unterabsatz 1 „finanzielle Maßnahmen“ der Mitgliedstaaten, um den Anlagen bzw. ihren Betreibern, für die die Kommission ein erhebliches *Carbon leakage*-Risiko „durch auf den Strompreis übergewälzte Kosten der Treibhausgasemissionen“ ermittelt hat, solche indirekten Kosten auszugleichen.

Diese **finanziellen Ausgleichsmaßnahmen sind Beihilfen** iSd Artikels 107 Abs.1 AEUV. Denn es handelt sich um einen Transfer staatlicher Mittel, der den davon bedachten Sektoren bzw. Teilsektoren einen wirtschaftlichen Vorteil verschafft, für die sie keine (marktgerechte) Gegenleistung erbringen, und der sich auf den Wettbewerb sowie den zwischenstaatlichen Handel auswirken kann. Der durch finanzielle Ausgleichsmaßnahmen begründete wirtschaftliche Vorteil ist auch selektiv, denn er darf nur den energieintensiven Sektoren bzw. Teilsektoren gewährt werden, „für die ein erhebliches Risiko einer Verlagerung von CO₂-Emissionen durch auf den Strompreis übergewälzte Kosten der Treibhausgasemissionen ermittelt wurde“. Anders als die kostenlose Zuteilung von Zertifikaten sind finanzielle Ausgleichsmaßnahmen keine systemkonformen bzw. –immanenten Maßnahmen. Denn zum einen sind „die indirekten Kosten durch höhere Strompreise, die durch die Durchführung dieser Richtlinie verursacht wurden“ (Artikel 10a

Abs. 14), bereits (zwingend) durch eine kostenlose Zuteilung von Zertifikaten zu berücksichtigen.⁵⁰ Zum anderen erscheint es nicht sachgerecht, den Topos der Systemkonformität im Gefüge des Emissionshandelssystems der EU zu weit auszudehnen, weil sonst das diesem System zugrundeliegende Ziel, „einen effizienten europäischen Markt für Treibhausgasemissionszertifikate“⁵¹ bei einem Minimum an Wettbewerbsverzerrungen in der Union⁵² zu etablieren, gefährdet wäre.

Die vorangehende Einschätzung wird im Übrigen dadurch bestätigt, dass finanzielle Ausgleichsmaßnahmen nur eingeführt werden dürfen, „sofern dies mit den geltenden und künftigen Regeln für staatliche Beihilfen vereinbar ist“ (Artikel 10a Abs. 6 Unterabs. 1). Dieser Vorbehalt bedeutet jedenfalls, dass jedwede finanzielle Ausgleichsmaßnahme eines Mitgliedstaates auf ihre Vereinbarkeit mit dem EU-Beihilfenrecht zu überprüfen ist. Andernfalls wäre das Verlangen nach einer Vereinbarkeit mit dem EU-Beihilfenrecht sinnlos. Außerdem ist der Vorbehalt unbedingt gehalten und hängt insbesondere nicht von der Ausgestaltung der finanziellen Ausgleichsmaßnahmen im Einzelfall ab.

2.2.1.2 Vereinbarkeit finanzieller Ausgleichsmaßnahmen mit dem Binnenmarkt

Artikel 10a Abs. 6 RL knüpft die Vereinbarkeit der finanziellen Ausgleichsmaßnahmen mit dem Binnenmarkt an **zwei allgemeine Bedingungen**: Zum einen müssen die finanziellen Ausgleichsmaßnahmen mit den EU-Beihilferegeln vereinbar sein (siehe unten 2.2.1.2.1);⁵³ zum anderen müssen diese Maßnahmen auf „Ex-ante Benchmarks für die indirekten CO₂-Emissionen pro Produktionseinheit“ beruhen (siehe unten 2.2.1.2.2).

2.2.1.2.1 Ermessensausnahme für Umweltschutzbeihilfen

Beihilfen iSd Artikels 107 Abs.1 AEUV sind zwar grundsätzlich „mit dem Binnenmarkt unvereinbar“. Jedoch gilt dieses Beihilfenverbot nicht uneingeschränkt.⁵⁴ Vielmehr lassen die

⁵⁰ Auch wenn man davon ausgeht, dass finanzielle Ausgleichsmaßnahmen auch solchen „carbon-leakage“ gefährdeten Sektoren bzw. Teilsektoren zugute kommen könnten, die nicht in den Anwendungsbereich des Emissionshandelssystems der Union fallen, kommt der Topos der systemkonformen bzw. –immanenten Massnahme erst recht nicht in Betracht, weil solche Sektoren bzw. Teilsektoren nicht Teil dieses Systems sind (auch wenn sie davon mittelbar durch höhere Strompreise betroffen sind).

⁵¹ Erwägungsgrund Nr. 5 RL 2003/87/EG.

⁵² Erwägungsgrund Nr. 23 RL 2009/29/EG.

⁵³ Hier wird nur die Vereinbarkeit der finanziellen Ausgleichsmaßnahmen mit den *geltenden* EU-Beihilferegeln (*de lege lata*) geprüft, weil uns über den Inhalt der *künftigen* EU-Beihilferegeln (*de lege ferenda*) nichts bekannt ist.

⁵⁴ Siehe Vademekum zum EU-Beihilfenrecht, Punkt 3., S. 6.

Absätze zwei und drei des Artikels 107 AEUV **Ausnahmen von diesem Verbot** zu: Einerseits Legalausnahmen nach Absatz zwei; andererseits Ermessensausnahmen nach Absatz drei, bei denen die Kommission als die für die Beihilfenprüfung zuständige Behörde über ein (weites) Ermessen hinsichtlich der Rechtsfolge verfügt,⁵⁵ sofern die Merkmale der in diesem Absatz enthaltenen Ausnahmetatbestände gegeben sind.⁵⁶

Die in Artikel 107 Abs. 2 AEUV aufgeführten Legalausnahmen sind im Fall der finanziellen Ausgleichsmaßnahmen nicht einschlägig. Daher kommen hier allein die Ermessensausnahmen gemäß Artikel 107 Abs. 3 AEUV in Betracht, wobei **Artikel 107 Abs. 3 Buchstabe c) AEUV** im hiesigen Kontext von besonderer Bedeutung ist. Nach dieser Norm können solche Beihilfen als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden, welche die Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder -gebiete fördern sollen, soweit die Beihilfen die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse der EU zuwiderläuft. Die Kommission zieht diese Vorschrift als Grundlage für die Beurteilung sog. *horizontaler* (da sektorübergreifender) Beihilfen bzw. -programme heran,⁵⁷ wozu auch Beihilfen für den Umwelt- bzw. Klimaschutz gehören.⁵⁸

Die finanziellen Ausgleichsmaßnahmen sind **horizontale Beihilfen**, da sie nicht bloss *einem* bestimmten Sektor bzw. Teilssektor gewährt werden können, sondern statt dessen allen Sektoren bzw. Teilssektoren, bei denen nach Ermittlung der Kommission ein erhebliches „carbon leakage“-Risiko aufgrund indirekter Kosten durch höhere Strompreise besteht. Die finanziellen Ausgleichsmaßnahmen sind zudem als Beihilfen anzusehen, die jedenfalls derzeit (wenn auch nicht ausschliesslich) den **Schutz des Klimas** bezwecken.⁵⁹

Die Kommission hat **Leitlinien für staatliche Umweltschutzbeihilfen** (hiernach kurz Leitlinien) veröffentlicht,⁶⁰ die sie bei der „Prüfung von Umweltschutzbeihilfen“ zugrundelegt.⁶¹ Diese Leitlinien zählen zu den „geltenden ... Regeln für staatliche Beihilfen“

⁵⁵ Mit Ausnahme von Artikel 107 Abs.3 Buchstabe e) AEUV, wonach dem Rat die Entscheidungskompetenz zusteht.

⁵⁶ EuGH, Rs. C-351/98, Rz. 74; siehe Cremer, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Art. 87, Rn. 34; Koenig/Kühling, Streinz (Hrsg.), EUV/EGV-Kommentar (2003), Art. 87, Rn. 67. Bei der Auslegung der in den Ausnahmetatbeständen im dritten Absatz enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe kommt der Kommission zudem ein Beurteilungsspielraum zu.

⁵⁷ Siehe Cremer, Art. 87, Rn. 46; Koenig/Kühling, Art. 87, Rn. 70.

⁵⁸ Siehe Vademekum zum EU-Beihilfenrecht, Punkt. 3 b), S. 8.

⁵⁹ Siehe Erwägungsgrund Nummer 24 RL 2009/29/EG.

⁶⁰ Abl. EU, C 82/1, 1.4.2008.

⁶¹ Rn. 12 der Leitlinien.

iSd Artikel 10a Abs. 6, obwohl es sich bei diesen Leitlinien nicht um Sekundärrechtsakte gemäß Artikel 288 AEUV handelt. Ihnen kommt eine **rechtliche Bedeutung** zu, weil sie die Kommission bei der **Ausübung ihres Ermessens** im Rahmen der Ausnahmetatbestände nach Artikel 107 Abs. 3 AEUV **binden**.⁶² Die Kommission muss sich also im Rahmen einer beihilfenrechtlichen Prüfung an die von ihr für die betreffende beihilfenrechtliche Kategorie aufgestellten Leitlinien halten.⁶³ Aus diesem Grund sind die Leitlinien bei der hiesigen Prüfung, ob die finanziellen Ausgleichsmaßnahmen als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden können, vorrangig zu berücksichtigen.

Finanzielle Ausgleichsmaßnahmen iSv Artikel 10a Abs. 6 sind grundsätzlich in **zwei Ausgestaltungen** vorstellbar: zum einen als **Energiepreissubventionen** (d.h. Subventionen, mit denen die Energie- bzw. Strompreise unterhalb des Marktpreises gesenkt werden), zum anderen als **Ermäßigungen oder Befreiungen von Umweltsteuern**.⁶⁴ Dementsprechend konzentriert sich die nachfolgende Prüfung auf diese beiden Beihilfetypen. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass finanzielle Ausgleichsmaßnahmen nach Artikel 10a Abs. 6, unabhängig von ihrer Ausgestaltung im Einzelnen, **Betriebsbeihilfen** darstellen, weil sie dazu dienen, die laufenden Betriebskosten einer Anlage – hier die Energie- bzw. Strompreiskosten – zu senken. Die Kommission bewertet solche Betriebsbeihilfen wegen ihres hohen Potentials, den Wettbewerb zu verfälschen, sehr kritisch und genehmigt diese idR nicht;⁶⁵ die Leitlinien weichen davon allerdings in bestimmten Konstellationen ab.

2.2.1.2.1.1 Energiepreissubventionen

Sofern finanzielle Ausgleichsmaßnahmen als Energiepreissubventionen ausgestaltet werden, ist zu prüfen, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen solche Energiepreissubventionen als mit dem Binnenmarkt vereinbar bewertet werden können; im Rahmen dieser Prüfung sind vorrangig die von der Kommission aufgestellten Leitlinien heranzuziehen.

⁶² EuGH, Rs. C-351/98, Rz. 76; siehe auch Kreuzschitz/Rawlinson, Art. 87, Rn. 51; Mestmäcker/Schweitzer, § 44, Rn. 19 (jeweils m.w.Nachw. zur Rspr. des EuGH/EuG).

⁶³ Voraussetzung dafür ist natürlich, dass die (jeweiligen) Leitlinien mit dem höherrangigen Unionsrecht konform gehen, EuGH, Rs. C-351/98, Rz. 76; siehe auch Jestaedt/Schweda, in: Heidenhain, § 14, Rn. 36; Kreuzschitz/Rawlinson., Art. 87, Rn. 51.

⁶⁴ Finanzielle Ausgleichsmaßnahmen könnten möglicherweise auch anders ausgestaltet werden, aber dafür liegen uns keinerlei Anhaltspunkte vor.

⁶⁵ Beljin, § 28, Rn. 91; Koenig/Kühling, Art. 87, Rn. 74; Mestmäcker/Schweitzer, § 44, Rn. 18.

Von den in den Leitlinien *ausdrücklich* genannten Umweltschutzbeihilfen ist auf Energiepreissubventionen gemäß Artikel 10a Abs. 6 nur der Typus „**Beihilfen in Verbindung mit Umweltzertifikaten**“ unmittelbar anwendbar. Insoweit sehen die Leitlinien für den Handelszeitraum *nach* dem 31. Dezember 2012 vor, dass derartige Beihilfen grundsätzlich „auf ihre Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit“ zu prüfen sind.⁶⁶ Für diese Prüfung stellen die Leitlinien bestimmte Kriterien auf, die zwar primär auf die Verteilung von Zertifikaten unter ihrem Marktwert zugeschnitten,⁶⁷ aber zumindest *teilweise* auch für die hier interessierenden Energiepreissubventionen bedeutsam sind. Die hier relevanten Kriterien verlangen, dass:

- die Beihilfeempfänger anhand **objektiver und transparenter Kriterien** ausgewählt werden;
- die vollständige Versteigerung der Zertifikate zu einem **erheblichen Anstieg der Produktionskosten** in dem betreffenden Wirtschaftszweig führen würde;
- der erhebliche Anstieg der Produktionskosten **nicht an die Abnehmer weitergegeben werden kann**, ohne dass es zu deutlichen Absatzeinbussen käme; und
- es für einzelne Unternehmen des betreffenden Wirtschaftszweigs **nicht möglich ist, den Schadstoffausstoß so zu verringern, dass der Zertifikatspreis tragbar ist.**

Die Festlegung der Sektoren bzw. Teilsektoren durch die Kommission, bei denen ein erhebliches *Carbon leakage*-Risiko besteht, berücksichtigt die vorgenannten Kriterien. Nach Artikel 10a Abs.15 und Abs.16 rechtfertigt ein erheblicher Anstieg der Produktionskosten entweder allein (Anstieg um mind. 30%) oder in Kombination mit der Handelsintensität mit Drittstaaten (Anstieg um mind. 5%) es grundsätzlich, den betreffenden Sektor bzw. Teilsektor in das besagte Verzeichnis der Kommission aufzunehmen. Dabei kann der Umfang, in dem einzelne Anlagen des betreffenden Sektors bzw. Teilsektors das Emissionsniveau oder den Stromverbrauch, ggf. einschliesslich des Anstiegs der Produktionskosten, senken können, in die Bewertung der Kommission einfließen.⁶⁸ Die

⁶⁶ Rn. 56 der Leitlinien. Das korreliert mit dem Erwägungsgrund Nummer 27 RL 2009/29/EG, der verlangt, dass finanzielle Ausgleichsmaßnahmen nur gewährt werden sollten, „wenn sie notwendig und verhältnismässig“ sind.

⁶⁷ Rn. 140 und 141 der Leitlinien.

⁶⁸ Artikel 10a (17) RL 2003/87/EG.

Aufnahme eines Sektors bzw. Teilsektors in das Verzeichnis impliziert, dass eine Ersteigerung der Zertifikate für Anlagen aus diesem Sektor bzw. Teilsektor jedenfalls derzeit nicht tragbar ist.

Für die Gewährung von Energiepreissubventionen durch die Mitgliedstaaten heißt das, dass sie jedenfalls grundsätzlich von der **Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit derartiger finanzieller Ausgleichsmaßnahmen** ausgehen dürfen. Denn die Ermittlung der von einem erheblichen *Carbon leakage*-Risiko betroffenen Sektoren bzw. Teilsektoren durch die Kommission greift auch im Kontext der finanziellen Ausgleichsmaßnahmen. Zwar verweist Artikel 10a Abs. 14 ausdrücklich nur auf Absatz zwölf und damit primär auf das Instrument „kostenlose Zuteilung von Zertifikaten“. Dennoch ist die Bestimmung der energieintensiven Sektoren bzw. Teilsektoren im Rahmen des Artikels 10a Abs. 14 ff. auch für finanzielle Ausgleichsmaßnahmen (in Gestalt von Energiepreissubventionen) nach Artikel 10a Abs. 6 erheblich. Zum einen stellt Absatz sechs auf Sektoren bzw. Teilsektoren ab, für die ein erhebliches carbon leakage Risiko „ermittelt wurde“. Die Annahme liegt nahe, dass es sich dabei um die Ermittlung durch die Kommission auf der Grundlage von Artikel 10a Abs. 14 ff. handelt.⁶⁹ Zum anderen würde eine Ermittlung der berechtigten Sektoren bzw. Teilsektoren für die Zwecke des Artikels 10a Abs. 6 durch die Mitgliedstaaten (statt durch die Kommission) ein signifikantes Risiko bergen, dass der Kreis der berechtigten Sektoren bzw. Teilsektoren erstens weit gezogen wird und zweitens von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedlich ausfällt. Es ist sehr zweifelhaft, ob sich das mit dem Umstand, dass es sich bei finanziellen Ausgleichsmaßnahmen (in Form von Energiepreissubventionen) um einen Ausnahmefall handelt, sowie dem Grundgedanken der EH-Systems vereinbaren liesse.⁷⁰

Wenn man entgegen der vorstehend vertretenen Ansicht davon ausgehen wollte, dass die Ermittlung der energieintensiven Sektoren bzw. Teilsektoren durch die Kommission nach Artikel 10a Abs. 14 ff. im Rahmen von Artikel 10a Abs. 6 nicht greift, obläge es den Mitgliedstaaten, die Sektoren bzw. Teilsektoren zu bestimmen, die grundsätzlich berechtigt sein sollen, finanzielle Ausgleichsmaßnahmen in Form von Energiepreissubventionen zu erhalten. Bei der Festlegung der betreffenden Sektoren bzw. Teilsektoren wären die Mitgliedstaaten dann allerdings gehalten, die oben aufgeführten Kriterien zugrunde zu legen,

⁶⁹ Hinzuweisen ist insofern auf den Erwägungsgrund Nummer 27 RL 2009/29/EG über die Entschädigung indirekter Kosten iSd des Artikels 10a Abs. 6, der unmittelbar im Anschluß an die Erwägungsgründe Nummern 25 und 26 folgt, die sich mit der Ermittlung energieintensiver Sektoren bzw. Teilsektoren durch die Kommission befassen. Diese Systematik unterstützt die Annahme, dass die Formulierung „ermittelt wurde“ in Randnummer 27 und in Artikel 10a Abs. 6 sich auf die Ermittlung durch die Kommission bezieht. Dagegen spricht auch nicht, dass es bei Artikel 10a Abs. 6 nur um die indirekten Kosten aufgrund höherer Strompreise geht, während Artikel 10a Abs. 14 daneben auch auf die direkten Kosten der erforderlichen Zertifikate abhebt. Dem kann durch eine entsprechende Unterteilung der Liste seitens der Kommission Rechnung getragen werden.

⁷⁰ Erwägungsgrund Nummer 27 RL 2009/29/EG weist zudem darauf hin, dass finanzielle Ausgleichsmaßnahmen nur „übergangsweise“ gewährt werden sollen.

die sich aus den Leitlinien ergeben, um sicherzustellen, dass Energiepreissubventionen zugunsten von Anlagen bzw. Betreibern aus den ausgewählten Sektoren bzw. Teilsektoren notwendig und verhältnismässig sind.

Energiepreissubventionen unterliegen als *Betriebsbeihilfen* wegen ihres wettbewerbsverfälschenden Potentials **besonderen Anforderungen**.⁷¹ Den Leitlinien lässt sich in einer *Gesamtschau* der Grundsatz entnehmen, dass Betriebsbeihilfen nur die den Unternehmen *netto* entstehenden *Mehrkosten* ausgleichen dürfen.⁷² Dieser Grundsatz ist hier dahin zu verstehen, dass Energiepreissubventionen nur die **Nettomehrkosten** ausgleichen dürfen, die sich für die betreffenden Anlagen aus „auf den Strompreis übergewälzte Kosten der Treibhausgasemissionen“ ergeben. Diese Nettomehrkosten sind auf der Grundlage von „Ex-ante-Benchmarks“ zu berechnen, die nach Artikel 10a Abs. 6 Unterabsatz 2 aufzustellen sind (siehe dazu unten 2.2.1.2.2).

Zwischenergebnis

Finanzielle Ausgleichsmaßnahmen der Mitgliedstaaten in Form von Energiepreissubventionen können nach Artikel 107 Abs. 3 Buchst. c) AEUV iVm den Leitlinien als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden, sofern sie lediglich die aufgrund höherer Strompreise anfallenden Nettomehrkosten ausgleichen; diese Mehrkosten sind gemäß den „Ex-ante-Benchmarks“ für den entsprechenden Sektor bzw. Teilsektor zu berechnen. Die Mitgliedstaaten sind gehalten,⁷³ derartige **Energiepreissubventionen vor ihrer Gewährung bei der Kommission anzumelden und deren Entscheidung abzuwarten**.⁷⁴

⁷¹ Im Jahr 2007 entschied die Kommission, dass ein von Italien an Anlagen aus dem Chemie-, Stahl- und Zementsektor gewährter präferentieller Stromtarif eine Betriebsbeihilfe sei, die den Wettbewerb mit anderen Herstellern aus den betreffenden Sektoren verfälsche und daher rechtswidrig sei, Pressemitteilung der Kommission vom 20.11.2007 (IP/07/1727). Im Jahr 2009 stellte die Kommission fest, dass ein von Italien an einen Aluminiumproduzenten gewährter Sondertarif für Strom eine mit Artikel 107 AEUV unvereinbare Betriebsbeihilfe darstelle, da sie dem begünstigten Unternehmen einen unlauteren Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen Herstellern verschaffe, die keine derartige Betriebsbeihilfe erhielten, und kein Ausnahmetatbestand wie bspw. Umweltschutz eingreife, Pressemitteilung der Kommission vom 19.11.2009 (IP/09/1750).

⁷² Siehe Rn. 99 f. der Leitlinien im Zusammenhang mit Beihilfen für Energiesparmassnahmen; Rn. 107 ff. der Leitlinien im Zusammenhang mit Beihilfen zur Förderung erneuerbarer Energien; Rn. 119 im Zusammenhang mit Beihilfen für Kraft-Wärme-Kopplung.

⁷³ Siehe Vademekum der Kommission zum EU-Beihilfenrecht, Punkt 5., S. 13; bei Nichtbeachtung wird die Beihilfe als rechtswidrig eingestuft mit der Folge, dass die Kommission die Rückforderung der Beihilfe vom Empfänger anordnet.

⁷⁴ Die (neue) Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung der Kommission (Abl. EU, L 214/3 vom 09.08.2008), die die von ihr erfassten Beihilfekategorien grds. von der Anmeldepflicht befreit, gilt zwar auch für Umweltschutzbeihilfen, allerdings nur für diejenigen Umweltschutzbeihilfen, die dort ausdrücklich genannt sind; das trifft auf Beihilfen iVm handelbaren Umweltzertifikaten nicht zu, weshalb die Anmeldepflicht für diese Beihilfenkategorie fortbesteht.

2.2.1.2.1.2 Ermäßigungen oder Befreiungen von Umweltsteuern

Sofern finanzielle Ausgleichsmaßnahmen in der Ermäßigung oder Befreiung von Umweltsteuern bestehen werden, ist zu prüfen, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen derartige Steuerermäßigungen oder –befreiungen als mit dem Binnenmarkt vereinbar beurteilt werden können; im Rahmen dieser Prüfung sind vorrangig die von der Kommission aufgestellten Leitlinien zu berücksichtigen.

Die Leitlinien beziehen sich ausdrücklich auf die Kategorie „**Beihilfen in Form von Umweltsteuerermäßigungen oder –befreiungen**“.⁷⁵ Dabei unterscheiden die Leitlinien zwischen Ermäßigungen/Befreiungen, die unionsrechtlich harmonisierte Steuern betreffen, einerseits und Ermäßigungen/Befreiungen, die unionsrechtlich *nicht* harmonisierte (d.h. rein nationale) Steuern betreffen, andererseits.⁷⁶

Ermäßigung oder Befreiung von unionsrechtlich nicht harmonisierten Umweltsteuern

Für die Fallgruppe der unionsrechtlich nicht harmonisierten (rein nationalen) Steuern gilt, dass gerade diese *Steuern* einen Anstieg der Produktionskosten herbeiführen müssen.⁷⁷ Diese Fallgestaltung liegt hier aber nicht vor, weil die finanziellen Ausgleichsmaßnahmen bezwecken, die „durch auf den Strompreis übergewälzte Kosten der Treibhausgasemissionen“ auszugleichen. Deshalb scheidet Ermäßigungen bzw. Befreiungen von unionsrechtlich *nicht* harmonisierten (rein nationalen) Umweltsteuern als finanzielle Ausgleichsmaßnahmen im Kontext des Artikels 10a Abs. 6 aus.

Ermäßigung oder Befreiung von unionsrechtlich harmonisierten Umweltsteuern

Demgegenüber unterliegen unionsrechtlich harmonisierte Umweltsteuern nicht der Bedingung, dass gerade die Steuern den Anstieg der Produktionskosten verursachen.⁷⁸ Zu

⁷⁵ Siehe Rn. 57 und Rn. 151 ff. der Leitlinien. Rn. 70 Nr. 14 der Leitlinien definiert Umweltsteuern für die Zwecke der Leitlinien wie folgt: „Steuer, deren Gegenstand eine eindeutig negative Auswirkung auf die Umwelt hat oder die bestimmte Tätigkeiten, Gegenstände oder Dienstleistungen belastet, damit die Umweltkosten in deren Preis einfließen und/oder damit die Hersteller und die Verbraucher zu umweltfreundlicherem Verhalten hingeführt werden“.

⁷⁶ Siehe Rn. 152 – 153 der Leitlinien („gemeinschaftsrechtlich geregelte Steuern“) sowie Rn. 154 ff. der Leitlinien.

⁷⁷ Rn. 57 der Leitlinien, wonach die Notwendigkeit der Beihilfe davon abhängt, „in welchem Umfang sich die nationalen Steuern auf die Produktionskosten auswirken“; siehe auch Rn. 158 der Leitlinien („Die Umweltsteuer muss ohne die Ermäßigung einen erheblichen Anstieg der Produktionskosten ... zur Folge haben“).

⁷⁸ Das ergibt sich daraus, dass die Bedingung, der Anstieg der Produktionskosten müsse auf die Umweltsteuern zurückgehen, ausdrücklich nur auf die unionsrechtlich nicht harmonisierten (rein nationalen) Umweltsteuern bezogen ist. In diesem Sinne auch das Vademekum der Kommission zum EU-Beihilfenrecht, S. 27.

den unionsrechtlich harmonisierten Umweltsteuern zählen insbesondere „durch die Richtlinie 2003/96/EG geregelte Steuern“ (hiernach als Energiesteuer-RL⁷⁹ bezeichnet).⁸⁰ Nach den Leitlinien sind **Ermäßigungen bzw. Befreiungen von Energiesteuern iSd Energiesteuer-RL nach Artikel 107 Abs. 3 Buchst. c) AEUV zulässig**, sofern sie drei kumulative Bedingungen erfüllen:

- (1) die Energiesteuerermäßigung oder –befreiung ist nach den einschlägigen Unionsvorschriften – hier die Energiesteuer-RL – zulässig,
- (2) die Energiesteuerermäßigung oder –befreiung entspricht den in der Energiesteuer-RL festgelegten Grenzen und Bedingungen, v.a. den dort festgelegten Mindeststeuerbeträgen, und
- (c) die Geltungsdauer der Energiesteuerermäßigung oder –befreiung beträgt nicht mehr als 10 Jahre.⁸¹

Die Energiesteuer-RL lässt Steuerermäßigungen für den Verbrauch von elektrischem Strom durch energieintensive Betriebe – hier Anlagen aus den betreffenden energieintensiven Sektoren bzw. Teilsektoren – zu,⁸² doch müssen derartige Anlagen *mindestens* die Mindeststeuerbeträge für elektrischen Strom nach der Energiesteuer-RL entrichten. Allerdings dürfen die Energiesteuerermäßigungen nicht *mehr* als die durch höhere Strompreise entstehenden indirekten Kosten ausgleichen; die gemäß den „**Ex-ante-Benchmarks**“ für die indirekten CO₂-Emissionen pro Produktionseinheit zu berechnenden indirekten Kosten bilden also in jedem Fall die **Obergrenze der zulässigen Energiesteuerermäßigungen**, selbst wenn dazu die Mindeststeuerbeträge nach der Energiesteuer-RL angehoben werden müssen. Schliesslich darf die Geltungsdauer der Energiesteuerermäßigungen **nicht mehr als 10 Jahre** betragen.

Zwischenergebnis

Finanzielle Ausgleichsmaßnahmen in Form von **Ermäßigungen der auf den Verbrauch von elektrischem Strom anfallenden Steuern** können demnach als **mit dem Binnenmarkt vereinbar** angesehen werden, wenn sie nicht über die aufgrund höherer Strompreise

⁷⁹ Abl. der EU L 283/51 vom 31.10.2003, zuletzt geändert durch RL 2004/75/EG, Abl. der EU L 195/31 vom 02.06.2004. Die Energiesteuer-RL ist darauf gerichtet, für die von ihr erfassten Energieerzeugnisse gemeinschaftliche Mindeststeuerbeträge einzuführen, EuGH, Rs. C-517/07, Rz. 25.

⁸⁰ Rn. 152 der Leitlinien.

⁸¹ Siehe Rn. 152 iVm Rn. 153 der Leitlinien.

⁸² Siehe Artikel 17 Abs.1 Energiesteuer-RL.

entstehenden (Netto-)Mehrkosten hinausgehen, die nach den „Ex-ante-Benchmarks“ gemäß Artikel 10a Abs. 6 Unterabsatz zwei zu berechnen sind, und ihre Geltungsdauer auf nicht mehr als 10 Jahre angelegt ist. Sind diese Voraussetzungen eingehalten, ist eine vorherige **Anmeldung** solcher Energiesteuerermäßigungen bei der Kommission nicht erforderlich.⁸³ Es gelten somit hier andere prozedurale Voraussetzungen als für Energiepreissubventionen.

2.2.1.2.2 Ex-ante-Benchmarks

Wie vorstehend erläutert, dürfen die finanziellen Ausgleichsmaßnahmen, sei es in Form von Energiepreissubventionen, sei es in Form von Energiesteuerermäßigungen, nur die aufgrund höherer Strompreise verursachten indirekten (Netto-)Mehrkosten ausgleichen, um nach Artikel 107 Abs. 3 Buchst. c) AEUV iVm den Leitlinien für staatliche Umweltschutzbeihilfen als mit dem Binnenmarkt vereinbar beurteilt werden zu können. Für die Berechnung dieser (beihilferechtlich) ausgleichsfähigen Mehrkosten stellt Artikel 10a Abs. 6 Unterabsatz zwei eine zwingende Vorgabe auf: Diese Kosten sind auf der Grundlage von „Ex-ante-Benchmarks für die indirekten CO₂-Emissionen pro Produktionseinheit“ zu berechnen.⁸⁴ Dabei sind diese „Ex-ante-Benchmarks“ für jeden energieintensiven Sektor bzw. Teilsektor aufzustellen, den die Kommission in ihr Verzeichnis aufnimmt.⁸⁵

Härtefallregelung: Finanzielle Ausgleichsmaßnahmen zugunsten von Sektoren/Teilsektoren durch kostenlose Zuteilung von Zertifikaten?

Artikel 10a trennt grammatikalisch und systematisch scharf zwischen finanziellen Ausgleichsmaßnahmen nach Absatz sechs und der kostenlosen Zuteilung von Zertifikaten nach Absatz zwölf fortfolgende. Es ist daher davon auszugehen, dass diese beiden Instrumente *rechtlich* klar auseinanderzuhalten sind, auch wenn sie sich im Einzelfall in ihren *wirtschaftlichen* Wirkungen auf einzelne Sektoren oder Teilsektoren annähern sollten (siehe oben, vor 2.1.). Eine kostenlose Zuteilung von Zertifikaten kann demnach keine finanzielle Ausgleichsmaßnahme im Sinne des Art. 10a Abs. 6 darstellen und scheidet somit als

⁸³ Artikel 25 Abs.1 der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung.

⁸⁴ Die „Ex-ante-Benchmarks“ haben sich am Stromverbrauch pro Produktionseinheit entsprechend den effizientesten verfügbaren Techniken und der CO₂-Emissionen des für den jeweiligen Sektor bzw. Teilsektor entsprechenden europäischen Stromerzeugungsmix zu orientieren, Artikel 10a Abs. 6 Unterabsatz zwei, S. 2 RL 2003/87/EG.

⁸⁵ Artikel 10a Abs. 6 Unterabsatz zwei RL 2003/87/EG besagt nicht, wer diese „Ex-ante-Benchmarks“ aufzustellen hat, aber es entspricht dem Telos des Artikels 10a, dass diese Aufgabe der Kommission zufällt, denn die „Ex-ante-Benchmarks“ müssen einheitlich und gleichermassen für alle Anlagen aus dem vom Kommissionsverzeichnis erfassten Sektoren bzw. Teilsektoren gelten. Sofern man dagegen annimmt, dass die Sektoren bzw. Teilsektoren iSd Artikels 10a Abs. 6 von den Mitgliedstaaten bestimmt werden, würde es den Mitgliedstaaten obliegen, die „Ex-ante-Benchmarks“ aufzustellen.

Instrument einer „Härtefallregelung“ im Kontext dieser Vorschrift aus.

2.2.2 WTO-Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen (SCM-Übereinkommen)

2.2.2.1 Finanzielle Ausgleichsmaßnahmen als spezifische Subventionen

Zu prüfen ist weiterhin, ob – und ggf. unter welchen Voraussetzungen – finanzielle Ausgleichsmaßnahmen der Mitgliedstaaten iSd Artikels 10 a Abs. 6 mit dem SCM-Übereinkommen vereinbar sind.

Subventionsbegriff (Artikel 1 SCM-Übereinkommen)

Finanzielle Ausgleichsmaßnahmen sind **Subventionen iSd Definition des Artikels 1.1 SCM-Übereinkommen**, weil sie einen finanziellen Beitrag darstellen, der bei den Empfängern dieses Beitrags einen wirtschaftlichen Vorteil begründet, den sie am Markt nicht oder jedenfalls nicht zu diesen Konditionen erhalten hätten. Für finanzielle Ausgleichsmaßnahmen in Form von *Energiepreissubventionen* ist das offensichtlich. Es trifft aber gleichermassen auf finanzielle Ausgleichsmaßnahmen in Gestalt von *Ermäßigungen der auf den Verbrauch von elektrischem Strom anfallenden Energiesteuern* zu, weil die EU-Mitgliedstaaten dadurch auf ihnen eigentlich zustehende (Steuer-)Einnahmen verzichten. Dieser Verzicht auf Steuereinnahmen begründet einen wirtschaftlichen Vorteil bei den Anlagen aus den von der Kommission (oder alternativ den Mitgliedstaaten) ausgewählten energieintensiven Sektoren bzw. Teilsektoren, da sie dadurch von den (Netto-)Mehrkosten befreit werden, die ansonsten (ohne die Steuerermässigung) aufgrund höherer Strompreise anfielen; dieser Vorteil ist nicht marktüblich.

Spezifität der Subvention (Artikel 2 SCM-Übereinkommen)

Finanziellen Ausgleichsmaßnahmen müssten des weiteren **spezifische Subventionen** iSd Artikels 2 SCM-Übereinkommen sein.⁸⁶ Die Mitgliedstaaten dürfen finanzielle

⁸⁶ Zur Spezifität von Subventionen nach Artikel 2.1 SCM-Übereinkommen siehe oben 2.1.2.1.2

Ausgleichsmaßnahmen, sei es in Form von Energiepreissubventionen, sei es in Gestalt von Energiesteuerermäßigungen, nur den von der Kommission (oder alternativ von den Mitgliedstaaten selbst) ermittelten energieintensiven Sektoren bzw. Teilsektoren gewähren; insoweit ist der *Zugang* zu solchen Subventionen auf bestimmte Wirtschaftszweige beschränkt, was eine **Spezifität der finanziellen Ausgleichsmaßnahmen** indiziert.

Eine Spezifität finanzieller Ausgleichsmaßnahmen gemäss Artikel 2 SCM-Übereinkommen scheidet allerdings dann aus, wenn die Gewährung dieser Subventionen im Einklang mit den Anforderungen nach Artikel 2.1 b) SCM-Übereinkommen steht.⁸⁷ Artikel 2.1 b) SCM-Übereinkommen verlangt u.a., dass der Anspruch auf den Erhalt der fraglichen Subventionen „automatisch besteht“,⁸⁸ wenn die für die Gewährung massgeblichen Bedingungen erfüllt sind. Die für die Gewährung der fraglichen Subventionen zuständigen Behörden dürfen also nicht über ein Rechtsfolgenmessen verfügen.⁸⁹

Fraglich ist, ob es für die Beurteilung der Spezifität finanzieller Ausgleichsmaßnahmen auf Artikel 10a Abs. 6 oder auf etwaige nationale Umsetzungsakte durch die EU-Mitgliedstaaten ankommt. Da entsprechende nationale Umsetzungsakte auf der sekundärrechtlichen Ermächtigung des Artikels 10a Abs. 6 beruhen müssen, ist zuerst diese Norm in den Blick zu nehmen. Dabei ist vorab darauf hinzuweisen, dass (sekundärrechtliche) Maßnahmen der EU ohne weiteres auf ihre Vereinbarkeit mit dem WTO-Recht geprüft werden können, weil die EU ein eigenständiges WTO-Mitglied ist.⁹⁰

Artikel 10a Abs. 6 ist die massgebliche sekundärrechtliche Norm für die Gewährung von finanziellen Ausgleichsmaßnahmen durch die Mitgliedstaaten, sei es in Form von Energiepreissubventionen, sei es in Gestalt von Energiesteuerermäßigungen. Daher kommt es für die rechtliche Bewertung im Rahmen von Artikel 2.1 b) SCM-Übereinkommen entscheidend auf diese sekundärrechtliche Norm an. Sie räumt den EU-Mitgliedstaaten ein Ermessen dahin ein, *ob* sie den Anlagen bzw. Betreibern aus den betreffenden energieintensiven Sektoren bzw. Teilsektoren solche finanziellen Ausgleichsmaßnahmen gewähren. Mit anderen Worten: Der Umstand, dass eine Anlage zu einem von der Kommission (oder alternativ den Mitgliedstaaten) ausgewählten energieintensiven Sektor

⁸⁷ Zu diesen Anforderungen siehe oben 2.1.2.1.2

⁸⁸ Im englischen Originalwortlaut ist die Rede von “the eligibility is automatic”.

⁸⁹ Herrmann, § 14, Rn. 692; Pitschas, S. 462, Rn. 80; so wohl auch Evtimov, S. 462, Rn. 31.

⁹⁰ Verschiedenste Massnahmen der EU waren bereits in einer Vielzahl von Streitbelegungsverfahren der WTO Gegenstand von Entscheidungen der WTO-Spruchkörper, siehe den Überblick über die von anderen WTO-Mitgliedern gegen die EU geführten WTO-Streitbelegungsverfahren auf der folgenden website der GD Handel: <http://trade.ec.europa.eu/wtodispute/search.cfm?code=2>

oder Teilsektor gehört und damit die Bedingungen für den Erhalt finanzieller Ausgleichsmaßnahmen erfüllt, führt nach Artikel 10a Abs. 6 gerade nicht automatisch zu einem Anspruch auf den Erhalt dieser Subventionen. Das wäre aber nach Artikel 2.1 b) SCM-Übereinkommen erforderlich, um eine Spezifität dieser Subventionen zu verneinen.

Zu fragen ist, ob sich an diesem Befund etwas ändert, wenn man etwaige nationale Umsetzungsakte, welche die EU-Mitgliedstaaten gemäss Artikel 10a Abs. 6 erlassen, in die Betrachtung einbezieht. Sofern solche Umsetzungsakte ihrerseits den zuständigen nationalen Behörden ein *Ermessen* bei der Gewährung finanzieller Ausgleichsmaßnahmen (d.h. Energiepreissubventionen oder Energiesteuerermäßigungen) einräumen, ändert sich an dem vorstehend gefundenen Ergebnis nichts; es ist dann gleichfalls von der Spezifität dieser Subventionen iSd des Artikels 2 SCM auszugehen.

Anders könnte es allenfalls dann liegen, wenn nationale Umsetzungsakte den zuständigen nationalen Behörden kein Ermessen einräumen, sondern den Anlagen bzw. Betreibern aus den ausgewählten Sektoren bzw. Teilsektoren einen *Anspruch* auf den Erhalt der besagten Subventionen vermitteln. Käme es in dieser Konstellation für die rechtliche Bewertung am Maßstab des Artikels 2 SCM-Übereinkommen auf den nationalen Umsetzungsakt an, würde die Subventionsberechtigung *automatisch* bestehen mit der Folge, dass keine Spezifität vorläge, vorausgesetzt, die sonstigen Anforderungen des Artikels 2.1 b) SCM-Übereinkommen wären gleichfalls erfüllt (rechtsförmige und nachprüfbare Festlegung der Kriterien, die über die Subventionsberechtigung entscheiden; diese Kriterien müssen objektiv sein und strikt befolgt werden).⁹¹

Gegen die Heranziehung nationaler Umsetzungsakte in der zuletzt genannten Konstellation (kein Ermessen der die Subvention gewährenden nationalen Behörde) für die Zwecke der Prüfung am Maßstab des Artikels 2.1 b) SCM-Übereinkommen spricht jedoch, dass diese nationalen Umsetzungsakte ihre rechtliche Grundlage in dieser Bestimmung haben. Artikel 10a Abs. 6 räumt jedoch keinen automatischen Anspruch auf den Erhalt finanzieller Ausgleichsmaßnahmen ein. Weiterhin spricht ein Vergleich mit der kostenlosen Zuteilung von Zertifikaten gegen die Heranziehung nationaler Umsetzungsakte: Die Bestimmung eines Sektors bzw. Teilsektors durch die Kommission als energieintensiv führt automatisch zu einem Anspruch auf kostenlose Zuteilung in Höhe von 100% der Menge an Zertifikaten, die nach Maßgabe der „Ex-ante-Benchmarks“ festgelegt wurde. Die kostenlose Zuteilung von Zertifikaten ist daher keine spezifische Subvention iSd SCM-Übereinkommens.⁹²

⁹¹ Siehe zu den Anforderungen des Artikels 2.1 b) SCM-Übereinkommen oben 2.1.2.3.

⁹² Siehe oben 2.1.2.3.

Demgegenüber berechtigt die Festlegung als energieintensiver Sektor bzw. Teilsektor durch die Kommission die Anlagen bzw. Betreiber aus dem betreffenden Sektor bzw. Teilsektor gerade nicht automatisch dazu, finanzielle Ausgleichsmaßnahmen zu erhalten; die Gewährung dieser Subventionen ist vielmehr in das *Ermessen* der Mitgliedstaaten gestellt.

Im Ergebnis ist also von einem „Rechtsfolgeermessen“ der die Subvention gewährenden nationalen Behörden der EU-Mitgliedstaaten auszugehen. Da ein solches Ermessen nicht mit Artikel 2.1 b) SCM-Übereinkommen vereinbar ist, sind die **finanziellen Ausgleichsmaßnahmen spezifische Subventionen** iSd SCM-Übereinkommens.

2.2.2.2 „Anfechtbarkeit“ finanzieller Ausgleichsmaßnahmen

Da es sich bei den finanziellen Ausgleichsmaßnahmen nach Artikel 10a Abs. 6 um spezifische Subventionen iSd SCM-Übereinkommens handelt, ist weiterhin zu prüfen, ob diese spezifischen Subventionen nach Artikel 3 SCM-Übereinkommen verboten oder, falls das nicht der Fall ist, nach Artikel 5 und 6 SCM-Übereinkommen anfechtbar sind.

Verbotene Subventionen (Artikel 3 SCM-Übereinkommen)

Die finanziellen Ausgleichsmaßnahmen fallen **nicht** in die Kategorie der nach Artikel 3.1 SCM-Übereinkommen **verbotenen Subventionen**, da ihre Gewährung weder von der Ausfuhrleistung abhängt noch an die Bedingung geknüpft ist, dass statt eingeführter einheimische (Vor-)Produkte eingesetzt werden.

Anfechtbare Subventionen (Artikel 5 und 6 SCM;-Übereinkommen)

Da die Kategorie der „unanfechtbaren“ Subventionen nicht mehr operabel ist,⁹³ verbleibt für die finanziellen Ausgleichsmaßnahmen nur die Kategorie der „**anfechtbaren**“ **Subventionen** iSd Artikels 5 SCM-Übereinkommens. Subventionen sind nach Artikel 5 SCM-Übereinkommen jedoch nur dann anfechtbar, wenn sie sich *nachteilig* auf die Interessen anderer WTO-Mitglieder auswirken.⁹⁴ Artikel 5 SCM-Übereinkommen stellt drei Fallgruppen auf, in denen eine solche nachteilige Auswirkung anzunehmen ist. Davon ist

⁹³ Die Kategorie der unanfechtbaren Subventionen nach den Artikeln 8 und 9 SCM-Übereinkommen war nach Artikel 31 SCM-Übereinkommen nur vorläufig anwendbar; nach Ablauf einer fünfjährigen Übergangszeit ab Inkrafttreten der WTO-Übereinkommen hätte das Subventionskomitee den Anwendungszeitraum zwar verlängern können, aber das ist nicht geschehen; siehe auch WTO, World Trade Report 2006, S. 201.

⁹⁴ Artikel 5.1 SCM-Übereinkommen spricht im authentischen englischen Text von „adverse effects to the interests of other Members“.

vorliegend v.a. Artikel 5 c) SCM-Übereinkommen relevant.⁹⁵ Danach wirken sich Subventionen eines WTO-Mitglieds nachteilig auf die Interessen anderer WTO-Mitglieder aus, wenn sie die **Interessen dieser anderen Mitglieder „ernsthaft schädigen“**.⁹⁶

Was eine ernsthafte Schädigung in diesem Sinne ist, erläutert Artikel 6.3 SCM-Übereinkommen. Diese Vorschrift nennt vier Konstellationen, in denen von einer ernsthaften Schädigung auszugehen ist.⁹⁷ Drei der vier Konstellationen setzen eine Untersuchung voraus, wie sich das subventionierte Produkt (preislich) auf ein gleichartiges Produkt aus einem anderen WTO-Mitglied auswirkt; es bedarf somit einer **produktbezogenen (Preis-) Analyse im Einzelfall**.⁹⁸ Die vierte Konstellation stellt darauf ab, ob der Weltmarktanteil eines subventionierten Primärprodukts oder Rohstoffs zunimmt, und setzt somit ebenfalls eine **Einzelfallbetrachtung** anhand eines Vergleichs mit einem dreijährigen Vorjahreszeitraum voraus.⁹⁹ Aus diesem Grund lässt sich nicht abstrakt-generell bewerten, ob finanzielle Ausgleichsmaßnahmen nach Artikel 10a Abs. 6 die Interessen anderer WTO-Mitglieder ernsthaft schädigen.¹⁰⁰

Ungeachtet dessen ist fraglich, ob finanzielle Ausgleichsmaßnahmen im Einzelfall die Interessen anderer WTO-Mitglieder ernsthaft schädigen könnten. Zwar begründen sie einen wirtschaftlichen Vorteil bei den betreffenden Anlagen bzw. deren Betreibern, aber dieser Vorteil besteht in einem Ausgleich von (Energie-)Mehrkosten, die aufgrund eines regulatorischen Eingriffs durch das EU-Emissionshandelssystem entstehen. Die **Situation der betreffenden Anlagen im Wettbewerb mit Anlagen aus Drittländern**, die keinen dem EU-Emissionshandelssystem vergleichbaren regulatorischen Anforderungen unterliegen, **verbessert sich** durch diesen Ausgleich der (Energie-)Mehrkosten **nicht**, da bloß der *status quo ante* gewahrt wird: Die finanziellen Ausgleichskosten sollen vielmehr sicherstellen, dass

⁹⁵ Die Fallgruppe nach Artikel 5 (b) SCM-Übereinkommen verlangt, dass die einem anderen WTO-Mitglied aus dem GATT 1994 erwachsenden Vorteile, insbesondere solche aufgrund von Zollzugeständnissen, geschmälert oder zunichte gemacht werden; diese Fallgruppe hat nur einen sehr schmalen Anwendungsbereich. Die Fallgruppe nach Artikel 5 (a) SCM-Übereinkommen setzt voraus, dass ein inländischer Wirtschaftszweig eines anderen WTO-Mitglieds geschädigt wird; für diese Fallgruppe treffen letztlich die nachfolgenden Ausführungen im Text zu.

⁹⁶ Im englischen Originalwortlaut ist von “serious prejudice to the interests of another Member” die Rede.

⁹⁷ Siehe Piérola, in: Wolfrum et al. (Hrsg.), WTO. Trade Remedies, S. 510, Rn. 27; WTO, World Trade Report 2006, S. 202.

⁹⁸ Siehe Herrmann, § 14, Rn. 696; Piérola, S. 512, Rn. 33; siehe auch van den Bossche, Abschnitt 6.3.4.2, S. 583.

⁹⁹ Siehe Herrmann, § 14, Rn. 696; Piérola, S. 512, Rn. 33; siehe auch van den Bossche, Abschnitt 6.3.4.2, S. 583.

¹⁰⁰ Diese Aussage gilt gleichermassen für die Fallgruppe der Schädigung eines inländischen Wirtschaftszweigs iSd Artikels 5 (a) SCM-Übereinkommen, denn die Feststellung eines solchen Schadens bedingt den Nachweis im Einzelfall, dass das subventionierte Erzeugnis den Schaden verursacht hat, vgl. van den Bossche, Abschnitt 6.3.4.1, S. 578; WTO, World Trade Report 2006, S. 202.

sich die Wettbewerbssituation im Vergleich mit den zuletzt genannten Anlagen aus Drittländern nicht verschlechtert.

Festzuhalten bleibt, dass **finanzielle Ausgleichsmaßnahmen** nach Artikel 5 SCM-Übereinkommen von anderen WTO-Mitgliedern prinzipiell **angefochten werden können**; eine solche Anfechtung setzt aber den **Nachweis im Einzelfall** voraus, dass sich die finanziellen Ausgleichsmaßnahmen *nachteilig* auf die Interessen anderer WTO-Mitglieder auswirken. Ob ein solcher Nachweis tatsächlich erbracht werden kann, ist allerdings zweifelhaft.

2.2.3 Zwischenergebnis

Finanzielle Ausgleichsmaßnahmen – wie Energiepreissubventionen und Ermäßigungen der auf den Verbrauch von elektrischem Strom anfallenden Steuern – sind als Beihilfen nach den EU-Beihilferegeln zwar grundsätzlich untersagt. Sie können aber als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden, wenn sie lediglich die (Netto-)Mehrkosten ausgleichen, die den Anlagen aus den von der Kommission ausgewählten energieintensiven Sektoren bzw. Teilsektoren durch höhere Strompreise entstehen. Diese (Netto-)Mehrkosten sind nach den „Ex-ante-Benchmarks“ iSd Artikels 10a Abs. 6 zu berechnen. Die EU-Mitgliedstaaten dürfen finanzielle Ausgleichsmaßnahmen in Form von Energiepreissubventionen erst nach ihrer Genehmigung durch die Kommission gewähren; finanzielle Ausgleichsmaßnahmen in Form von Energiesteuerermäßigungen bedürfen dagegen keiner vorherigen Genehmigung durch die Kommission, sofern die zuvor genannten Bedingungen eingehalten sind.

Finanzielle Ausgleichsmaßnahmen im vorstehenden Sinne sind spezifische Subventionen gemäß dem SCM-Übereinkommen und grundsätzlich durch andere WTO-Mitglieder anfechtbar. Eine solche Anfechtung setzt aber den Nachweis im Einzelfall voraus, dass die betreffende Maßnahme sich tatsächlich nachteilig auf die Interessen eines anderen WTO-Mitglieds auswirkt. Ob ein solcher Nachweis bei einem Ausgleich der durch den Emissionshandel verursachten höheren Strompreiskosten gelänge, ist zweifelhaft.

3 Grenzausgleichsmaßnahmen

Grenzausgleichsmaßnahmen (GAM) werden in verschiedenen Ausgestaltungsformen diskutiert. Die Einbeziehung von Importeuren in den Emissionshandel (EIE) ist eine Variante,

eine tarifäre Belastung von Importeuren bei Einfuhr eine andere. Da für die Rechtmäßigkeit einer GAM deren konkrete Ausgestaltung im Detail maßgeblich ist, werden im Folgenden konkrete Ausgestaltungsvarianten geprüft: Zunächst wird die EIE geprüft; anschließend werden GAM in Form von tarifären Belastungen bei der Einfuhr untersucht.

Beweislastregeln im WTO-Schiedsgerichtsverfahren

Das GATT unterscheidet zwischen Rechten und Pflichten der Vertragsstaaten. Dies hat wichtige Konsequenzen für die Beweislast im Schiedsgerichtsverfahren. Grundsätzlich muss der Kläger darlegen und beweisen, dass die beklagte Partei ihre Pflichten aus dem GATT verletzt hat. Für GAM bedeutet dies, dass die belastete Vertragspartei – etwa China als großes Importland – eine Verletzung der Pflichten aus beispielsweise Artikel I oder III zumindest prima facie darlegen muss. Es obliegt dann der beklagten Partei – zum Beispiel der EU –, entweder die prima facie dargelegte Verletzung zu widerlegen oder eine Rechtfertigung nach Artikel XX zu beweisen.

3.1 Einbeziehung von Importeuren in den Emissionshandel

Die Einbeziehung von Importeuren in den europäischen Emissionshandel (EIE) ist eine besonders intensiv diskutierte Ausgestaltungsform einer GAM. Sie ist ausdrücklich in der RL 29/2009/EG angelegt. Gem. Artikel 10 b Abs. 1 b) RL 29/2009/EG soll die Europäische Kommission bis zum 30. Juni 2010 Vorschläge machen, um „Importeure von Produkten, die von den gemäß Artikel 10a ermittelten Sektoren oder Teilsektoren hergestellt werden“, in das Gemeinschaftssystem einzubeziehen. Weitere Detailregelungen zur Ausgestaltung einer EIE enthält die Richtlinie nicht. Die im US Kongress diskutierten Klimaschutz- und Energiegesetze regeln eine EIE im Detail (s. Box). Im Folgenden werden zunächst wesentliche Aspekte und Kriterien für die Ausgestaltung vorgestellt; anschließend wird die Vereinbarkeit einer EIE mit dem GATT diskutiert.

US Vorschläge zu EIE

In den Vereinigten Staaten geht die Diskussion über Maßnahmen zum Wettbewerbsschutz im Klimabereich auf einen konzeptionellen Vorschlag von Michael G. Morris des

Energieversorgungsunternehmens American Electric Power (AEP) sowie Edwin D. Hill der Gewerkschaft International Brotherhood of Electrical Workers (IBEW) zurück.¹⁰¹ Dieser Vorschlag wurde im Februar 2007 im Rahmen eines Kommentars in einer Fachveröffentlichung umrissen, löste aber eine weitreichende Diskussion aus, die schließlich auch zur Einbindung entsprechender Bestimmungen in den zentralen Gesetzgebungsvorschlägen zum Klimaschutz führte. Der jüngste und insoweit wichtigste Schritt ist der „American Clean Energy and Security Act of 2009 (ACES)“, der am 26. Juni 2009 im amerikanischen Repräsentantenhaus verabschiedet wurde.

Die ACES Gesetzesvorlage, die von den Abgeordneten Henry A. Waxman und Edward J. Markey eingebracht wurde, enthält Vorschriften zum Schutz vor Wettbewerbsnachteilen für einheimische Unternehmen, die aus den klimapolitischen Auflagen im Gesetz erwachsen. Hiernach ist der Präsident der Vereinigten Staaten angewiesen, ab 2020 eine GAM für energieintensive Warenimporte einzuführen, soweit bis dahin kein „verbindliches Übereinkommen mit allen wesentlichen treibhausgasemittierenden Staaten“ erzielt wird, welches einen „angemessenen“ (equitable) Minderungsbeitrag der fraglichen Staaten vorsieht und entstehende Wettbewerbsverzerrungen berücksichtigt. Bei der Grenzausgleichsmaßnahme handelt es sich um die Pflicht zum Erwerb von „internationalen Reserveberechtigungen“ (International Reserve Allowances) für eingeführte Waren; diese Maßnahme würde ein zeitlich vorgelagertes System von Gutschriften (Rebates) für einheimische Unternehmen ablösen. Von der Einführung derartiger internationalen Reserveberechtigungen kann nur abgesehen werden, falls der Präsident feststellt, dass diese nicht im nationalen Interesse sind und der Kongress einen entsprechenden Beschluss verabschiedet.

Die Gesetzesvorlage kann nur in Kraft treten, wenn auch der Senat entsprechende Gesetzgebung erlässt. Unterschiede in den Fassungen des Senats und des Repräsentantenhauses sind dann in einem Vermittlungsausschuss (Conference Committee) abzugleichen, bevor das Gesetz dem Präsidenten zur Unterzeichnung vorgelegt werden kann. Der Diskussionsstand im Dezember 2009 geht dahin, dass im Senat entsprechende GAM beibehalten oder womöglich noch verschärft werden.

¹⁰¹ *Morris und Hill.*

3.1.1 Einbeziehung von Importeuren in den Emissionshandel: Ausgestaltungsvarianten und Kriterien

Bei EIE werden die Importeure von solchen Produkten grundsätzlich in den europäischen Emissionshandel einbezogen, deren Herstellung in der EU zur Teilnahme am europäischen Emissionshandel verpflichtet. Die EIE würde Importeure also verpflichten, für importierte Produkte die Menge an Emissionsberechtigungen bei Einfuhr abzugeben, die der Menge an Emissionen entspricht, die bei der Herstellung eines gleichartigen, in der Gemeinschaft hergestellten Produktes entstünden. Nach der RL 2009/29 EG sollen nur Importeure einbezogen werden, deren Produkte von den gemäß Artikel 10a ermittelten Sektoren oder Teilsektoren hergestellt werden. Diese Sektoren oder Teilsektoren sind nach Sinn und Zweck der Vorschrift die Sektoren, für die ein erhebliches Risiko einer *Carbon Leakage* angenommen wird (Artikel 10a Abs. 15 ff). Hierdurch sollen die Wettbewerbsnachteile ausgeglichen werden, die einem in der Gemeinschaft ansässigen Produzenten aus dem Emissionshandel entstehen.

EIE unterstellt in jeder Ausgestaltungsform, dass der belastete Importeur den **gleichen Preis** für das erworbene Emissionsrecht bezahlen muss wie der heimische Hersteller. Für den Kauf von Emissionsrechten bedeutet dies, dass der Importeur am Markt für Emissionsberechtigungen zu den gleichen Bedingungen auftritt wie sein europäischer Wettbewerber. Der Grundsatz der Einbeziehung von Importeuren zu Marktpreisen in der EU scheint eindeutig, wobei allerdings wichtige verfahrensrechtliche Details – wie der Zeitpunkt des Erwerbs des Emissionsrechtes oder die Verifizierung der Emissionsmenge – geregelt werden müssen, da sie über die Rechtmäßigkeit einer EIE entscheiden (s. unten 3.1.2.).

Als eine der zentralen Frage muss eine EIE regeln, **wie viele Emissionsrechte** der Importeur bei Einfuhr abgeben muss. Für eine vom GATT verlangte Gleichbehandlung ist es unabdingbar, dass heimische Produkte und gleichartige Importe gleich belastet werden und somit gleich viele Emissionsberechtigungen abgeben müssen. Dabei besteht grundsätzlich das Problem, dass europäische Hersteller ihre Emissionen jährlich für ihre **Produktionsanlagen** nachweisen müssen (und in entsprechender Höhe Emissionsberechtigungen abgeben müssen), nicht aber bezogen auf die Produkte. Tatsächlich gehören die Produktionsmengen nicht einmal zu den Angaben, über die die Hersteller regelmäßig Bericht erstatten müssen; dementsprechend begrenzt ist der Informationsstand der zuständigen Behörden über die hergestellten Produkte und die dafür verwendeten Techniken. Spiegelbildlich stellt sich die Fragestellung der Gleichbehandlung von Importeuren bei der Zuteilung von Emissionsberechtigungen; auch hier muss eine EIE sicherstellen, dass Importeur und heimischer Wettbewerber zu den gleichen Bedingungen Emissionsrechte zugeteilt bekommen, was bei der bisherigen Praxis der kostenlosen Zuteilung schwierige Fragestellungen aufwirft (s. unten 3.1.2.).

Zur **Berechnung der Menge an Emissionsberechtigungen**, die Importeure abgeben müssen, werden verschiedene Modelle diskutiert. Am genauesten und damit rechtlich am unangreifbarsten wäre es, wenn für jede einzelne Einfuhr (bspw. eine Schiffsladung Stahlblech) die Emissionen zugrunde gelegt werden würden, die bei der Herstellung der damit eingeführten Produkte tatsächlich entstanden sind. Hiernach würden Importeure verpflichtet werden, die in der Produktion verursachten Emissionsmengen für jedes einzelne Produkt zu belegen. Dieser Nachweis müsste individuell nach Unternehmen oder ggf. sogar anlagenspezifisch erfolgen. Es liegt auf der Hand, dass der administrative Aufwand hierfür kaum noch zu leisten wäre, zumal wenn die Angaben auch noch zu verifizieren wären.¹⁰² Mit Blick auf diese kaum lösbare praktische Schwierigkeit werden die folgenden **pauschalierenden Optionen** vorgeschlagen:

- **Effizienteste Technik oder bestverfügbare Technik:** Nach diesem Vorschlag müsste ein Importeur so viele Emissionsrechte erwerben wie ein heimischer Hersteller bei Verwendung der effizientesten Technik benötigen würde.¹⁰³ Zur Bestimmung dieser „effizientesten Technik“ könnten entweder die Emissionsbenchmarks dienen, die ab 2013 EU-weit für die Zuteilung von Emissionsberechtigungen verwendet werden sollen, oder aber die „beste verfügbare Technik“ (BVT), die gemäß der IVU-Richtlinie für den jeweiligen Sektor / Produktionsprozess einschlägig ist. Nach diesem Vorschlag gäbe es nur ein einziges, globales Kalkulationskriterium. Auch wenn dieser Vorschlag den administrativen Aufwand erheblich reduzieren würde, hätte er eine Reihe erheblicher **Nachteile**:
 - Für heimische Hersteller, die nicht die effizienteste Technik verwenden, würde diese Regelung die bestehenden Wettbewerbsnachteile nicht (vollständig) ausgleichen. Für Importeure würde – unabhängig von ihrer tatsächlichen Performance – unterstellt, dass sie zu den saubersten und effizientesten Herstellern zählen.
 - Wie der Sevilla Prozess zeigt, ist es nicht einfach, die „beste verfügbare Technik“ zu definieren; das Ergebnis ist oft eher ein Kompromiss als die tatsächlich beste Technik am Markt. Der BVT-Ansatz liefert zudem kein Ergebnis in der Form „Tonne CO₂ pro Produkteinheit“. So werden u.a. die verwendenden Brennstoffe nicht berücksichtigt, da die IVU-Richtlinie lediglich auf die Energieeffizienz abstellt, nicht aber auf Minimierung des CO₂-Ausstoßes.

¹⁰² Jordan-Korte; Mildner, S. 5

¹⁰³ Vgl. etwa Ismer; Neuhoff, 2004, s. auch Hilbert, Berg, S. 9

- Aus Umweltschutzsicht ist der Ansatz der effizientesten Technik unbefriedigend, da sich die GAM dann auf relativ niedrigem Niveau bewegen würde und nur vergleichsweise geringe Anreize auf das Ausland hätten.¹⁰⁴ Wenn man unterstellt, dass die tatsächliche Emissionsintensität im Ausland erheblich schlechter ist als die effizienteste Technik am europäischen Markt, liefert dieser Ansatz ein stark verzerrtes Preissignal für inländische und ausländische Hersteller.
- **In der EU vorherrschende Produktionsmethode:** Nach einem anderen Vorschlag würde die Menge zu erwerbender Emissionsrechte auf Grundlage der in der EU vorherrschenden Produktionsmethode errechnet, d.h. es wird fiktiv unterstellt, dass der Importeur während der Produktion so viele Emissionen verursacht hat, wie sie nach der in der EU vorherrschenden Produktionsmethode entstanden wären.¹⁰⁵ Dieser Vorschlag hat gegenüber dem Bezugspunkt der effizientesten Technik oder BVT den Vorteil, dass potenzielle Wettbewerbsnachteile für heimische Hersteller stärker ausgeglichen werden würden. Demgegenüber steht der erhebliche Nachteil, dass sich eine „vorherrschende Technik“ noch schwieriger definieren lässt als die „beste verfügbare Technik“. Zudem ist die Bestimmung der „vorherrschenden Technik“ eine Festlegung, die nicht an einen anderen Verwendungszusammenhang gekoppelt wäre, wie es etwa bei BVT oder Zuteilungsbenchmarks der Fall ist.¹⁰⁶ Vielmehr wäre die Festlegung einzig und allein für die EIE relevant. Entsprechend groß wäre der zu erwartende Druck von Lobbyisten, um eine möglichst wenig ambitionierte Definition der „vorherrschenden Technik“ zu bestimmen, und dementsprechend naheliegend der Protektionismusvorwurf von Handelspartnern.
- **Emissionsdurchschnittswerte pro Importland:** Nach diesem Vorschlag – wie er etwa in den US amerikanischen Gesetzesvorschlägen angelegt ist – werden für Importländer bestimmte durchschnittliche Emissionswerte für bestimmte Produktgruppen geschätzt, d.h. es werden für Importländer durchschnittliche Emissionswerte pro BIP oder pro Einwohner erstellt. Aufgrund dieser Daten werden Listen mit den Ländern verfasst, deren Importeure wegen der Länderemissionswerte Emissionsrechte nachweisen müssen oder nicht. Dieses System hat das Problem, dass Importeure keinen Anreiz bekommen, ihre

¹⁰⁴ Hilbert, Berg, S. 9

¹⁰⁵ Pauwelyn, 2007

¹⁰⁶ Diese Schwierigkeiten werden auch nicht durch das Benchmarking nach den 10% der effizientesten Anlagen behoben. Zwar können über das Benchmarking durchschnittliche Emissionsstandards ermittelt werden, bei der Ermittlung der „vorherrschenden Technik“ geht es aber um die Produktionsmethode, wie sie von der überwiegenden Anzahl der Hersteller eines bestimmten Sektors verwendet wird.

Produktionsemissionen unterhalb des Länderdurchschnitts zu drücken. Zudem besteht die Gefahr, dass Länder, die in Länderlisten geführt werden, bestrebt sein werden, ihre Importe über ein Drittland abzuwickeln, welches in keiner Länderliste geführt wird und somit keine Emissionswerte nachweisen muss. Damit wäre weder der Wettbewerbsfähigkeit der eigenen Wirtschaft noch der Umwelt geholfen, ggf. erhöhen sich sogar Transportemissionen, da Produkte über den Umweg des Drittlandes abgewickelt werden.

- **Emissionsdurchschnittswerte pro Importland mit der Möglichkeit von Importeuren, eigene Emissionen nachzuweisen:** Dieser Vorschlag basiert auf dem vorherigen, gibt aber Importeuren die Möglichkeit, ihre tatsächlichen Emissionen nachzuweisen, um entsprechend weniger Emissionsrechte abgeben zu müssen. Dieses System schafft einen Anreiz, in effizientere Produktionsverfahren zu investieren, hat aber den Nachteil, dass es administrativ aufwändiger ist als ein System, das allein auf Länderdurchschnittswerte abstellt.
- **Einbeziehung von Importen aus Vertragsstaaten internationaler Klimaschutzabkommen:** Es wird des Weiteren vorgeschlagen, dass Importeure aus Vertragsstaaten des Kyoto-Protokolls oder eines Nachfolgeabkommens grundsätzlich nicht in den Emissionshandel einbezogen werden, da diese Länder bereits „vergleichbare“ Klimaschutzanstrengungen zugesagt haben und daher Firmen, die in diesen Ländern produzieren, mit vergleichbaren Kosten belastet sind. Entsprechend bestünden hier keine (erheblichen) Unterschiede in den Wettbewerbsbedingungen und somit kein leakage Risiko. Hier ist aber zu berücksichtigen, dass Vertragsstaaten des Kyoto-Protokolls nicht die gleichen Verpflichtungen tragen. Mit Blick auf die internationalen Verhandlungen und das Prinzip gemeinsame aber differenzierte Verantwortlichkeiten kann mit Sicherheit davon ausgegangen werden, dass auch ein neues Klimaschutzabkommen die Verpflichtungen der Vertragsstaaten nach deren Fähigkeiten und Verantwortlichkeiten differenziert. Dementsprechend werden sich auch die klimapolitischen Rahmenbedingungen und damit die Wettbewerbssituationen weiterhin unterscheiden.

Neben der Frage nach den Herkunftsländern muss eine EIE regeln, welche **Produkte, Sektoren oder Unternehmen** Emissionsrechte bei Einfuhr abgeben müssen:

- **Keine Produkte nachgelagerter Verarbeitungsstufen:** Aus der Verknüpfung einer EIE mit dem europäischen Emissionshandel und den Gleichbehandlungsgeboten des GATT folgt automatisch, dass nur Produkte aus solchen Sektoren erfasst werden können, die selbst vom europäischen Emissionshandel erfasst sind, vgl. auch Artikel 10 a RL 2009/29. Insofern gilt grundsätzlich, dass nur Ausgangsstoffe in eine EIE einbezogen werden können; Produkte aus nachgelagerten Verarbeitungsstufen müssen

grundsätzlich von der EIE ausgenommen werden. Denn nach dem europäischen Emissionshandelssystem fallen bspw. Eisen und Stahl unter den Emissionshandel, weiterverarbeitete Produkte wie Halbzeuge, Profile etc. jedoch nicht.¹⁰⁷ Diese Beschränkung ist insofern problematisch, als bei europäischen Herstellern das Preissignal des Emissionshandels über alle Verarbeitungsstufen hinweg wirksam wird: der Emissionshandel verteuert gezielt die Herstellung energieintensiver (Vor-) Produkte wie Stahl, Zement oder Papier. Um seine volle Wirkung zu entfalten, muss dieses Preissignal auch durch alle nachgelagerten Verarbeitungsschritte weitergereicht werden. Da es jedoch nicht möglich ist, diesen Mechanismus analog auf alle Importprodukte zu übertragen, entsteht ein zusätzlicher Anreiz, Teile der Wertschöpfung ins Ausland zu verlagern.

- **Berücksichtigung des Strompreises:** Damit verbunden ist die Frage, ob EIE auch die Wirkung des Emissionshandels auf den Strompreis berücksichtigen können und dürfen. Für bestimmte Produkte (Aluminium) und Produktionsverfahren (Elektrostahl) stellt elektrische Energie einen erheblichen Input- und damit auch Kostenfaktor dar. Indes ist die Berechnung der Wirkung des Emissionshandels auf den Strompreis bereits innerhalb der EU umstritten und Gegenstand vielfältiger, oft widerstreitender Gutachten und Stellungnahmen¹⁰⁸, weshalb dieser Aspekt in einer global anwendbaren EIE praktisch kaum berücksichtigt werden kann.
- **Carbon leakage Risiko:** Des Weiteren sollten nur solche Produkte einbezogen werden, die überhaupt von *Carbon leakage* betroffen sein können. Mit Blick auf dieses Kriterium können nur energieintensive und im internationalen Wettbewerb stehende Produkte einbezogen werden.¹⁰⁹

Einbeziehung des Flugverkehrs in den Emissionshandel: Modell für die Berechnung von nachzuweisenden Emissionsmengen und Preis?

Nach RL 2008/101/EG wird grundsätzlich der *gesamte Flugverkehr*, der in der EU endet

¹⁰⁷ Zu beachten ist insofern, dass nach dem Anhang I der Richtlinie auch die Weiterverarbeitung von Metallen und Feuerungsanlagen von über 20 MW umfasst sind.

¹⁰⁸ Vgl. beispielsweise: Rheinisch-Westfälisches Institut für Wirtschaftsforschung: <http://www.rwi-essen.de/publikationen/rwi-positionen/44/> Deutsche Zementindustrie: <http://www.bdzement.de/997.html?lang=en> oder Bundesumweltministerium: <http://www.bmu.de/emissionshandel/aktuell/doc/42091.php>

¹⁰⁹ Vgl. Hilbert, Berg, S. 6

oder abgeht, ab 2012 in den Emissionshandel einbezogen. Ab 2012 und auch 2013 werden nach der Richtlinie 15 % der Emissionsberechtigungen versteigert. Luftfahrzeugbetreiber im Sinne der Richtlinie sind verpflichtet, ihre Tonnenkilometerleistung und Kohlendioxid-Emissionen bereits ab 2010 zu überwachen und darüber jährlich Bericht zu erstatten. Nach Anhang I der Richtlinie werden für jeden einzelnen Flug die tatsächlichen Emissionen nach der Formel Treibstoffverbrauch x Emissionsfaktor berechnet. Insofern könnte überlegt werden, inwiefern eine Parallele zwischen den in die EU hereingehenden Flügen und eingeführten Waren gezogen werden könnte.

Anders als bei den sonstigen vom Emissionshandel erfassten Sektoren sind im Luftverkehr indes die spezifischen Emissionen anhand von Wegstrecke, Flugzeugtyp und verbrauchtem Treibstoff belastbar und nachvollziehbar ermittelbar. Aus diesem Grund ist die Einbeziehung des Flugverkehrs in den Emissionshandel nicht auf die anderen Sektoren des Emissionshandels übertragbar. Die RL 2008/101/EG kann daher für eine EIE nicht Modell stehen.

3.1.2 Artikel III Abs. 4 GATT: Diskriminierungsverbot in Bezug auf Gesetze und Regulierungen

Artikel III Abs. 4 GATT

Die Erzeugnisse des Gebietes eines Vertragspartners, die in das Gebiet eines anderen Vertragspartners eingeführt werden, sollen keiner ungünstigeren Behandlung unterworfen werden, als sie gleichartigen Erzeugnissen einheimischen Ursprungs in bezug auf alle Gesetzesbestimmungen, Verwaltungsanordnungen oder Vorschriften bezüglich des Verkaufs, des Verkaufsangebotes, des Ankaufs, der Beförderung, Verteilung und Verwendung dieser Erzeugnisse auf dem inneren Markt gewährt wird.

Die Pflicht eines Importeurs, Emissionsrechte abzugeben, fällt unter Artikel III Abs. 4 GATT, da es sich hierbei nicht um eine Abgabe i.S.v. Artikel III Abs. 2 GATT handelt, sondern um die regulatorische Vorgabe zum Nachweis von Emissionen und zur Abgabe von Emissionsrechten, d.h. um „eine Vorschriften bezüglich des Verkaufs, des Verkaufsangebotes, des Ankaufs, der Beförderung, Verteilung und Verwendung dieser

Erzeugnisse auf dem inneren Markt“.¹¹⁰ Nach Artikel III Abs. 4 GATT ist zunächst zu prüfen, ob die betroffenen Produkte gleichartig sind. Im Anschluss muss geprüft werden, inwieweit eine Ungleichbehandlung aufgrund der Herkunft vorliegt.

3.1.2.1 Gleichartigkeit

Die Bestimmung der Gleichartigkeit eines Produktes ist Gegenstand einer langen rechtswissenschaftlichen Diskussion. Die Rechtssprechung hat eine Reihe von Kriterien zur Bestimmung der Gleichartigkeit entwickelt:

1. Eigenschaften, Natur und Qualität des Produkts;
2. Endgebrauch;
3. Verbrauchergeschmack und- gewohnheiten im Bezug auf das Produkt; und
4. und Zollklassifikation des Produkts.

Gleichzeitig hebt die Rechtsprechung hervor, dass diese Kriterien keinen abschließenden Katalog darstellen, sondern nur Hilfsmittel für die Bestimmung der Gleichartigkeit im Einzelfall sind. Entscheidend ist nach der Rechtsprechung die Wettbewerbsbeziehung zwischen den jeweiligen Produktgruppen.¹¹¹ In EC - Asbestos hat das Schiedsgericht entschieden, die Bestimmung der Gleichartigkeit sei „*a determination about the nature and extent of a competitive relationship between and among products*“.¹¹² Dies entspricht dem Zweck des Artikel III und dem GATT insgesamt, nämlich gleiche Wettbewerbsbedingungen für importierte und heimische Produkte sicherzustellen¹¹³ und damit ein möglichst hohes Maß an Handelserleichterung zu erreichen.

¹¹⁰ Green, S. 157; Potts, S. 13 – 14. Japan – Alcoholic Beverages II, S. 20; Canada – Periodicals, S. 21; EC – Asbestos, para. 102, Panel, Canada – Autos (WT/DS139, 142/R), para. 10.80. Für die Abgrenzung zwischen Art. III Abs. 2 und Abs. 4 ist es erforderlich, die genaue Ausgestaltung eines Grenzsteuerausgleichs zu beachten, vgl. auch unten Abschnitt 3.2. (insofern etwas undifferenziert Hilbert, Berg, S. 613).

¹¹¹ Appellate Body Report on European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products WT/DS135/AB/R, 12 March 2001, para. 99.

¹¹² AB, EC – Asbestos (WT/DS135/AB/R), para. 99.

¹¹³ AB, Japan – Alcoholic Beverages II, S. 16; Canada – Periodicals (WT/DS31/AB/R), p. 18; Korea – Alcoholic Beverages (WT/DS75, 84/AB/R), para. 120; Chile – Alcoholic Beverages (WT/DS87, 110/AB/R), para. 52. Vgl. auch Mavroidis, S. 127 – 128; Zarrilli, S. 359.

Vor diesem Hintergrund ist es herrschende Meinung, dass für die Bestimmung der Gleichartigkeit von Produkten grundsätzlich nicht die Herstellungsverfahren (***process and production methods***, oder PPMs) maßgeblich sind, sondern die physischen Eigenschaften des Produktes.¹¹⁴ Aus diesem Grund hat das Schiedsgericht befunden, dass in „Delfin-freundlicher“ Weise gefischter Thunfisch gleich solchem Thunfisch ist, der in „Delfin-unfreundlicher“ Weise gefangen wurde.¹¹⁵ Allerdings handelt es sich bei diesem Fall um einen alten Fall, der vor der Gründung der WTO verhandelt wurde.

Unterschiedliche Produktionsverfahren sind damit grundsätzlich unerheblich für die Gleichartigkeit eines Produktes, d.h. heimisches und eingeführtes Produkt werden nicht deshalb ungleich, weil sie auf unterschiedliche Weise produziert wurden – es ist für die Gleichartigkeit eines Produktes ohne Bedeutung, ob der bei der Produktion eingesetzte Strom aus Windenergien oder Kohle erzeugt wurde. Eine EIE ist daher nicht allein deshalb mit Artikel III Abs. 4 vereinbar, weil die einbezogenen Produkte aufgrund verschiedener Herstellungsmethoden nicht gleichartig wären.

3.1.2.2 Ungleichbehandlung

Soweit die von einer EIE erfassten Produktgruppen gleichartig sind, müssen sie gleich behandelt werden, d.h. importierte Produkte dürfen „keiner ungünstigeren Behandlung unterworfen werden, als das gleichartige Erzeugnis einheimischen Ursprungs“. Eine Ungleichbehandlung liegt vor, wenn ein importiertes Produkt schlechter gestellt wird als ein gleichartiges heimisches Produkt. Artikel III Abs. 4 GATT **verbietet jede Schlechterstellung** und sei sie nur geringfügig.¹¹⁶

Mit Blick auf die einschlägige Rechtsprechung muss eine EIE sicherstellen, dass **in jedem Einzelfall gleiche Wettbewerbsbedingungen** für Importeur und heimischer Hersteller herrschen müssen. Nach der Rechtsprechung in US - Gasoline genügt eine Gleichbehandlung von Importeuren und heimischen Herstellern im Durchschnitt dagegen nicht den Anforderungen des Artikel III Abs.4:

¹¹⁴ Vgl. etwa Howse, Regan, S. 249 ff., Potts, oder Cossy, 2006.

¹¹⁵ United States – Restrictions on Imports of Tuna, GATT BISD (39th Supp.) S. 155 (1993), in 30 I.L.M. 1594 (1991) (nicht angenommen); United States – Restrictions on Imports of Tuna, DS29/R, 16 June 1994, in 33 I.L.M. 839 (1994) (nicht angenommen). Im Ergebnis so auch Hilbert, Berg, S. 17.

¹¹⁶ AB, Korea – Beef, para. 135; Dominican Republic – Cigarettes, WT/DS302/AB/R, AB report, para. 93.

A previous panel had found that the "no less favourable" treatment requirement of Article III:4 has to be understood as applicable to each individual case of imported products. The Panel rejected any notion of balancing more favourable treatment of some imported products against less favourable treatment of other imported products. If this notion were accepted, it would entitle a contracting party to derogate from the no less favourable treatment obligation in one case, or indeed in respect of one contracting party, on the ground that it accords more favourable treatment in some other case, or to another contracting party. Such an interpretation would lead to great uncertainty about the conditions of competition between imported and domestic products and thus defeat the purposes of Article III.30 The Panel concurred with this reasoning that under Article III:4 less favourable treatment of particular imported products in some instances could not be balanced by more favourable treatment of other imported products in other instances.¹¹⁷

Entsprechend muss eine EIE so gestaltet sein, dass sie die **Wettbewerbsbedingungen nicht zum Nachteil eines jeden einzelnen Importeurs – auch nicht im Detail – verändert**. Vor diesem Hintergrund ist es eine Herausforderung, die Berechnung der abzugebenden Emissionsmengen so zu gestalten, dass sie eine Gleichbehandlung zwischen heimischen Herstellern und Importeuren in jedem Einzelfall sicherstellen kann. Spiegelbildlich gilt dies auch für die Zuteilung von Emissionsrechten. Es ist daher unausweichlich, Importeuren **analog zum europäischen Emissionshandel** das Recht einzuräumen, **individuell** die jeweiligen Emissionsberechtigungen zugeteilt zu bekommen und abzugeben.¹¹⁸ Selbst dann ist es allerdings fraglich, wie eine Analogie zwischen dem anlagenbezogenen Ansatz des EU-Emissionshandels und einem produktbezogenen Ansatz, wie er für die GAM erforderlich ist, konkret gestaltet werden kann. In jedem Fall macht eine solche Individualisierung das System administrativ aufwändig, nicht zuletzt, wenn die Angaben der Importeure unabhängig verifiziert werden sollen. Wie im europäischen Emissionshandel wäre es sinnvoll, von einer EIE erfasste Anlagen (und deren Produkte) durch einen unabhängigen Gutachter auditieren und verifizieren zu lassen. Dieses Kontrollerfordernis wäre in der Praxis kaum umsetzbar, ist aber auch keine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung, da Artikel III Abs. 4 GATT keine Schlechterstellung heimischer Hersteller verbietet.

¹¹⁷ US Gasoline, para. 6.14., vgl. auch *Dominican Republic – Cigarettes*, WT/DS302/AB/R, AB report, para. 96

¹¹⁸ Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass für die Ausgestaltung des europäischen Emissionshandels die Frage der Zuteilung und Abgabe von Emissionsrechten zwar von zentraler Bedeutung ist, für die Prüfung des Artikel III ist diese Frage unerheblich. Denn Importeure und heimische Hersteller müssen sowohl bei der Zuteilung als auch bei der Abgabe von Emissionsberechtigungen gleich behandelt werden. Daher wird im Folgenden Zuteilungsanspruch und Abgabepflicht gemeinsam nach den Vorgaben des Welthandelsrechts geprüft.

Da individuelle Emissionsnachweise kaum umsetzbar sind, bieten sich **pauschalierende Kalkulationsmethoden** als Ausweg an. Da aber eine Gleichbehandlung in jedem Einzelfall von Artikel III Abs. 4 GATT verlangt wird, bestehen Zweifel, ob pauschale Ansätze so gestaltet werden können, dass sie eine gleiche Behandlung im Einzelfall gewährleisten. Soweit eine EIE auf Grundlage von **Länderlisten** arbeitet, die Emissionsdurchschnittswerte des Importlandes zur Berechnungsgrundlage machen, scheint es ausgeschlossen zu sein, eine individuelle Gleichbehandlung sicherstellen zu können. Denn es ist nahezu unmöglich, die Klimaschutzpolitik eines Importlandes in einer Länderliste derart genau und belastbar abzubilden, dass ein Importeur die Besonderheiten seines Herkunftslandes nicht mehr geltend machen könnte.

Diese Problematik könnte – zumindest auf den ersten Blick – durch eine EIE, die auf **die effizienteste Technik, BVT oder die vorherrschende Produktionstechnik** im Bestimmungsland abstellt, gelöst werden. Denn dieses System liefe darauf hinaus, dass die effizientesten Anlagen im Bestimmungsland als rechnerische Grundlage für die Schätzung der Emissionen im Herkunftsland dienen. Sofern davon ausgegangen werden kann, dass im Inland tendenziell effizientere Anlagen zum Einsatz kommen als im Ausland, würden deren tatsächliche Emissionen auf diese Weise systematisch unterschätzt. Dies ist effektiv eine Schlechterstellung der heimischen Hersteller, die nach Artikel III Abs. 4 GATT möglich ist. Indes räumen diese Ansätze die **folgenden Bedenken** nicht aus¹¹⁹:

- **Ein Importeur ist effizienter als der Referenzmaßstab:** Es würde eine Ungleichbehandlung vorliegen, wenn ein Importeur nachweisen kann, dass die tatsächlichen Emissionen des von ihm eingeführten Produktes geringer waren als solche Emissionen, die nach der in der EU vorherrschenden Produktionsmethode oder sogar nach BVT entstanden wären.
- **Keine Benchmarks für Importeure und Einzelfallnachweis für heimische Hersteller:** Des Weiteren kommt hier der Rechtsprechung im **US Gasoline Fall** besondere Bedeutung zu. Gegenstand dieses Falles war eine Regelung des *US Clean Air Act*, wonach ab einem Stichtag nur noch Benzin verkauft werden durfte, welches bestimmte Schadstoffgrenzwerte nicht überschreiten darf. Diese Regelung fand auf heimische Raffinerien wie auch auf Importeure Anwendung. Während aber der *Clean Air Act* individuelle Grenzwerte für heimische Importeure festlegte, galten für Importeure durchschnittliche Standardgrenzwerte, die von der amerikanischen Umweltagentur festgelegt wurden. Das Schiedsgericht hielt diese Regelung mit

119

Insofern sind die Ausführungen von Hilbert, Berg, S. 14-16, zu unkritisch.

Artikel III Abs. 4 GATT für unvereinbar, da sie heimische Produkte gegenüber gleichartigen Importen besserstelle:

*This resulted in less favourable treatment to the imported product, as illustrated by the case of a batch of imported gasoline which was chemically [...]. The Panel found therefore that since, under the baseline establishment methods, imported gasoline was effectively prevented from benefitting from as favourable sales conditions as were afforded domestic gasoline by an individual baseline tied to the producer of a product, imported gasoline was treated less favourably than domestic gasoline.*¹²⁰

Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung wäre eine Ausgestaltung einer EIE in der Form, dass heimische Hersteller individuell ihre Emissionen pro Anlage nachweisen müssen, Importeure ihre Emissionen aber nach durchschnittlichen Standardwerten berechnen müssen, mit Artikel III Abs. 4 unvereinbar. In der Konsequenz bedeutet dies, dass Importeuren die Möglichkeit von Ausnahmeregelungen eingeräumt werden müsste, was – je nach Umfang solcher Ausnahmeregelung – die administrativen Erleichterungen eines Benchmarksystems nach BVT oder vorherrschende Produktionstechnik wieder aufheben kann.

- **BVT oder vorherrschende Produktionstechnik Ansätze weichen von RL 2009/29/EG ab:** Die BVT oder vorherrschende Produktionstechnik Ansätze weichen von dem Benchmarksystem der RL 2009/29/EG ab. Nach Artikel 10 a der RL 2009/29/EG legt die Europäische Kommission im Komitologieverfahren Benchmarks fest, die die effizientesten 10% der europäischen Anlagen zum Maßstab der Zuteilung haben. Die Richtlinie lässt die Frage offen, welche Produktionsmengen bei der Bemessung der Zuteilung herangezogen werden. BVT schließt demgegenüber wirtschaftliche Gesichtspunkte ausdrücklich mit ein; die „vorherrschende Produktionsmethode“ weicht offensichtlich von dem System der RL 2009/29/EG ab. In der Konsequenz bedeutet dies, dass eine Ungleichbehandlung vorliegt, wenn die Emissionsberechtigungen von Importeuren nach BVT oder vorherrschender Produktionstechnik berechnet werden, heimische Hersteller hingegen nach der Richtlinie ihre Emissionen nachweisen müssen. Umgekehrt bedeutet dies, dass eine auf BVT oder der vorherrschende Produktionstechnik beruhende Lösung, die gleichermaßen für Importeure wie für heimische Hersteller gelten würde, das Emissionshandelssystem der Richtlinie 2009/29/EG stark

¹²⁰

US-Gasoline, 6.10

verändern würde. Eine derartige tiefgreifende Änderung der Richtlinie erscheint inhaltlich unsinnig und politisch unrealistisch.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die sehr wichtige Frage, inwiefern eine **Ungleichbehandlung durch die kostenlose Zuteilung von Emissionsberechtigungen** entsteht. Problematisch ist, dass nach der RL 2009/29/EG zunächst bis zum Jahr 2020, und perspektivisch bis zum Jahr 2027, zumindest ein Teil der Emissionsberechtigungen kostenlos zugeteilt werden soll. Bleibt es dabei, so müsste beim Umgang mit Importeuren berücksichtigt werden, dass dessen heimische Wettbewerber einen Teil ihrer Emissionsrechte kostenlos zugeteilt bekommen hat. Soweit der Importeur nicht selbst in den Genuss einer kostenlosen Zuteilung kommt, wäre er gegenüber dem heimischen Wettbewerber benachteiligt.

Aus Sicht des Welthandelsrechts ist zudem erforderlich, dass alle Privilegierungen heimischer Hersteller auch Importeuren gleichartiger Produkte eingeräumt werden. Dies betrifft auch eventuelle **Härtefallregelungen**, wie sie bspw. § 6 Abs. 6 Zuteilungsgesetz 2012 für die zweite Handelsperiode vorsieht. Falls derartige Regelungen mit Einführung einer EIE beibehalten werden – was etwa aus Gründen der Verfassungsmäßigkeit des Emissionshandels nach nationalem Recht oder aus Gründen der politischen Durchsetzbarkeit erforderlich sein kann – müssten sie grundsätzlich auch Importeuren offen stehen. Die praktischen Konsequenzen einer solchen Ausdehnung aller Ausnahmeregelungen sind nicht absehbar; es besteht zudem ein erhebliches Missbrauchsrisiko. Mithin würde die praktische Umsetzbarkeit einer durch Ausnahmeregelungen verkomplizierten EIE erheblich beschränkt sein.

3.1.3 Meistbegünstigungsprinzip (Artikel I GATT)

Artikel I GATT

1. Alle Vorteile, Vergünstigungen, Vorrechte oder Befreiungen, die von einem Vertragspartner für ein Erzeugnis gewährt werden, das aus irgendeinem anderen Land stammt oder für irgendein anderes Land bestimmt ist, werden sofort und bedingungslos auch auf jedes gleichartige Erzeugnis ausgedehnt, das aus den Gebieten anderer Vertragspartner stammt oder für sie bestimmt ist. Diese Bestimmung bezieht sich auf Zölle und andere Abgaben jeder Art, die die Einfuhr oder Ausfuhr belasten oder anlässlich der Einfuhr oder Ausfuhr erhoben werden, sowie auf diejenigen, die die zwischenstaatliche Überweisung von Geldmitteln zur Bezahlung der Einfuhr oder Ausfuhr belasten, auf die Art der Erhebung dieser Zölle, Steuern oder anderen Abgaben, auf die Gesamtheit der Vorschriften und Förmlichkeiten für die Einfuhr oder Ausfuhr sowie auf alle anderen Fragen, die

in den Ziffern 2 und 4 des Artikels III behandelt werden.

Soweit eine GAM bei gleichartigen Produkten nach dem Herkunftsland differenziert, ist das Meistbegünstigungsprinzip (Artikel I GATT) zu prüfen. Denn nach dem Meistbegünstigungsprinzip müssen alle gewährten Vorteile sofort und bedingungslos auch auf jedes gleichartige Erzeugnis ausgedehnt werden, „das aus den Gebieten anderer Vertragspartner stammt oder für sie bestimmt ist.“ Da das Meistbegünstigungsprinzip nach Artikel I grundsätzlich eine Differenzierung von gleichartigen Produkten nach ihrem Herkunftsland verbietet, ist diese Vorschrift allein auf EIE-Ausgestaltungen anwendbar, die auf die Gegebenheiten im Herkunftsland abstellen. In der konkreten Ausgestaltung bedeutet dies, dass sich eine EIE, die nach Länderlisten differenziert (vgl. Abschnitt 3.1.1.), sich an Vorgaben des Meistbegünstigungsprinzips messen lassen muss. Ausgestaltungsformen einer EIE, die an den Gegebenheiten im Importland anknüpfen (vgl. Abschnitt 3.1.1.), müssen sich dagegen an dem Diskriminierungsverbot nach Artikel III messen lassen.

Der Wortlaut dieser Vorschrift und die einschlägige Rechtsprechung machen deutlich, dass sowohl eine **de jure als auch eine de facto Diskriminierung von Importen verboten** ist.¹²¹ Die Frage der Gleichartigkeit folgt dabei grundsätzlich den gleichen Anforderungen wie Artikel III, da beide Vorschriften den gleichen Normzweck haben, nämlich gleiche Wettbewerbsbedingungen zwischen Importen und heimischen Produkten herzustellen.

Im *Canada-Automotives* befand das Gericht:

“[W]e consider that the obligation to accord 'unconditionally' to third countries which are WTO Members an advantage which has been granted to any other country means that the extension of that advantage may not be made subject to conditions with respect to the situation or conduct of those countries. This means that an advantage granted to the product of any country must be accorded to the like product of all WTO Members without discrimination as to origin” (Unterstreichung hinzugefügt).¹²²

¹²¹ Ständige Rechtsprechung; zum Beispiel, *Canada-Automotives*, Appellate Body Report, WT/DS139/AB/R, para. 78. Eine *de-facto* Diskriminierung liegt vor, wenn eine Ungleichbehandlung zwar nicht formal gegeben ist, wohl aber nach den tatsächlichen Gegebenheiten das typische Ergebnis einer Regelung ist. Eine *de-jure* Diskriminierung ist demgegenüber anzunehmen, wenn nach dem Wortlaut der jeweils einschlägigen Rechtsvorschrift eine Ungleichbehandlung vorliegt.

¹²² Panel Report on Canada - Autos, paras 10.23.

Mit Blick auf diese Rechtsprechung kann nicht argumentiert werden, dass eine Differenzierung aufgrund von **Länderlisten** tatsächlich nicht auf die Herkunft eines Produktes, sondern auf die jeweiligen nationalen Klimaschutzpolitiken abstelle.¹²³ Diese Argumentation übersieht, dass Artikel I GATT auch *de facto* Diskriminierungen verbietet, mit der Folge, dass Adressatenländer einer EIE einwenden können, dass die konkrete Ausgestaltung der angegriffenen EIE sie typischer Weise diskriminieren würde. Sie unterstellt zudem, dass die nationalen Klimaschutzpolitiken in der Weise vergleichbar sind, dass sie Grundlage für eine nach Länderlisten differenzierte EIE sein könne.¹²⁴ Allerdings ist zweifelhaft, dass nationale Klimaschutzmaßnahmen derart vergleichbar sind. Nationale Klimaschutzmaßnahmen unterscheiden sich ganz erheblich, was die Eingriffsintensität, das Ambitionsniveau und damit verbundene Kosten angeht, die Art der Instrumente, die sektorale Abdeckung und nicht zuletzt die Wirkung auf Emissionen. Ein Staat mag etwa an keinem Emissionshandelssystem teilnehmen, dafür aber über eine klimapolitisch ehrgeizige Abgabepolitik verfügen; ein Staat mag keine Emissionsreduktionsziele akzeptiert haben, aber durch seine Energiepolitik Emissionen stärker reduzieren als ein Staat mit verpflichtenden Emissionsgrenzen. Insofern ist es wahrscheinlich, dass ein Schiedsgericht dem Hinweis auf vorgetragene Unterschiede in nationalen Klimaschutzmaßnahmen nicht folgen wird, sondern zumindest eine *de facto* Diskriminierung annehmen wird.

Daher bietet es sich an, die **EIE auf alle Importländer** anzuwenden. In diesem Fall erscheint eine Verletzung von Artikel I GATT ausgeschlossen zu sein, da alle Importeure gleichermaßen belastet werden. Allerdings übersieht diese Argumentation, dass eine unterschiedslose Anwendung der EIE auf alle Importländer auch solche Länder einbeziehen würde, deren eigene Klimaschutzpolitik bereits den Importeur belastet, was eine Doppelbelastung zur Folge haben würde. Diese Doppelbelastung würde wiederum solchen Importeuren einen Vorteil i.S.d. Art I GATT einräumen, deren Herkunftsländer keine vergleichbaren klimapolitischen Belastungen kennen.¹²⁵ Insofern würde wiederum eine Verletzung des Artikel I GATT vorliegen. Denn nach Artikel I GATT müssen die Vertragsstaaten alle gewährten Vorteile allen Vertragspartnern gleichermaßen zu kommen lassen.

¹²³ Vgl. oben 3.1.1., wo eine Differenzierung einer EIE nach Ländern dargestellt wird. Danach werden zur Umsetzung einer EIE Länderlisten erstellt, die nach Emissionsdurchschnittswerten oder eingegangenen internationalen Klimaschutzverpflichtungen differenzieren. Importeure aus den gelisteten Ländern müssen Emissionsrechte nachweisen oder sind von dieser Pflicht ausgenommen. S. auch die Legislativvorschläge im US Kongress (oben 3.1.)

¹²⁴ Hilbert, Berg, S. 22.

¹²⁵ Dhar, Das, S. 33

3.1.4 Allgemeine Ausnahmeregelung nach Artikel XX GATT

Artikel XX Allgemeine Ausnahmen

Unter dem Vorbehalt, dass die nachstehenden Maßnahmen nicht in einer Weise durchgeführt werden, dass sie ein Mittel zur willkürlichen oder ungerechtfertigten Diskriminierung zwischen den Ländern, bei denen die gleichen Verhältnisse vorliegen, oder eine verschleierte Beschränkung im internationalen Handel darstellen, soll keine Bestimmung des vorliegenden Abkommens so ausgelegt werden, dass sie einen Vertragspartner hindern würde, folgende Maßnahmen zu beschließen oder durchzuführen:

b.) Maßnahme, die für den Schutz des Lebens oder der Gesundheit von Personen und Tieren oder die Erhaltung des Pflanzenwuchses erforderlich sind;

g.) Maßnahmen zum Schutz natürlicher Hilfsquellen, bei denen die Gefahr der Erschöpfung besteht, wenn solche Maßnahmen gleichzeitig mit Beschränkungen der einheimischen Produktion oder des einheimischen Verbrauchs durchgeführt werden.

Soweit die Einbeziehung von Importeuren in den Emissionshandel mit den Artikel I und III nicht vereinbar ist, bedeutet dies nicht zwangsläufig, dass die Maßnahme mit dem GATT insgesamt unvereinbar ist. Nach Artikel XX, der allgemeinen Ausnahmeregel, ist es möglich, dass eine an sich rechtswidrige Maßnahme gerechtfertigt ist. Dies setzt voraus, dass die Voraussetzungen der Absätze a)-j) sowie der Einleitung (Chapeau) erfüllt sind. Für eine EIE kommen allein die Absätze g) und b) als mögliche Rechtfertigungsgründe in Betracht.

3.1.4.1 Artikel XX g)

Gem. Artikel XX g.) wäre die verpflichtende Einbeziehung in den Emissionshandel gerechtfertigt, wenn diese Verpflichtung eine „Maßnahmen zum Schutz natürlicher Ressourcen, bei denen die Gefahr der Erschöpfung besteht“ darstellt und wenn sie „gleichzeitig mit Beschränkungen der einheimischen Produktion oder des einheimischen Verbrauchs durchgeführt werden“.

Mit Blick auf die Rechtsprechung der WTO Schiedsgerichte erscheint es sicher zu sein, dass das Klima und die Atmosphäre unter den Begriff erschöpfliche **natürliche Ressource** subsumiert werden kann.¹²⁶ Des Weiteren muss eine EIE dem **Schutz des Klimas dienen**

¹²⁶ AB Report on *US – Shrimp*, WT/DS58/AB/R, para. 129.

(„relating to the conservation“). Nach der Rechtsprechung ist dies der Fall, wenn eine enge und echte Beziehung zwischen Ziel und Mittel besteht („close and genuine relationship of ends and means“).¹²⁷ Das Schiedsgericht hat zudem im *US-Shrimp* als weiteres Kriterium festgelegt, dass die Maßnahme nicht unverhältnismäßig weit in seiner Anwendung und Reichweite in Bezug auf den Schutz des natürlichen Ressource sein darf („disproportionately wide in its scope and reach in relation to the policy objective of protection and conservation“).¹²⁸

Mit Blick auf diese Rechtsprechung muss eine EIE nachweisen können, dass sie **vornehmlich und unmittelbar dem Klimaschutz dient** („close and genuine relationship of ends and means“) und nicht eine Maßnahme darstellt, die allein oder ganz überwiegend den Schutz europäischer Industrien vor außereuropäischen Wettbewerbern bezweckt. Insofern wäre es problematisch, wenn Schätzungen nahelegen, dass eine EIE keine oder eine nur sehr geringe emissionsreduzierende Wirkung habe würde, wie es etwa die Studie von McKibbin tut.¹²⁹ Allerdings kommt hier zum Tragen, dass die EU keine quantifizierte Schätzung oder gar empirisch belegte Berechnung der Wirkung einer EIE auf Treibhausgasemissionen vorlegen müsste. Nach der Rechtsprechung im *Brazil-Tyres* reichen weite und plausible Abschätzungen des Reduktionspotenzials aus, um das Tatbestandsmerkmal „zum Schutz“ zu erfüllen.¹³⁰ Mit Blick auf die Rechtsprechung ist es problematisch, wenn Regierungsvertreter in der politischen Diskussion die Wettbewerbswirkung einer EIE betonen.

Schließlich setzt Artikel XX g) voraus, dass die Einbeziehung in den Emissionshandel **„gleichzeitig mit Beschränkungen der einheimischen Produktion oder des einheimischen Verbrauchs durchgeführt werden“** muss. Die Rechtsprechung hat dieses Tatbestandsmerkmal nicht dahin ausgelegt, dass die Beschränkungen von heimischen und importierten Produkten identisch sein müssen, sondern sie verlangt eine **allgemeine** Gleichstellung („even handedness“).¹³¹ Demnach würde die Einbeziehung von Importeuren dieses Merkmal erfüllen, wenn heimische Produkte der gleichen Beschränkung unterworfen werden würden. Entsprechend wäre es nicht zulässig, heimische Produkte beispielsweise

¹²⁷ AB Report on *US – Shrimp*, para. 136.

¹²⁸ AB Report on *US – Shrimp*, para. 141.

¹²⁹ McKibbin, Wilcoxon, S. 5

¹³⁰ Vgl. auch AB Report in *Brazil-Tyres*, WT/DS332/AB/R, paras. 146-149.

¹³¹ AB Report in *US-Gasoline*, S. 21.

von der Versteigerung von Emissionsrechten auszunehmen, während Importeure ihre Emissionsrechte ersteigern müssten (s. unten 3.1.4.3.).

3.1.4.2 Artikel XX b.)

Gem. Artikel XX b.) wäre die EIE gerechtfertigt, wenn sie „für den Schutz des Lebens oder der Gesundheit von Personen und Tieren oder die Erhaltung des Pflanzenwuchses erforderlich ist“. Da Buchstabe b) fordert, dass die EIE für den Schutz von Leben etc. „*erforderlich*“ ist, stellt diese Vorschrift höhere Anforderungen als Buchstabe g), welcher lediglich einen Bezug zwischen Ziel und Instrument verlangt (*relating to*). Umgekehrt setzt Buchstabe b) niedrigere Anforderungen, da er – anders als Buchstabe g) – nicht verlangt, dass die Maßnahme „gleichzeitig mit Beschränkungen der einheimischen Produktion oder des einheimischen Verbrauchs durchgeführt“ wird.

Nach der Rechtsprechung erscheint es eindeutig, dass der Klimaschutz unter die Tatbestandsmerkmale „Schutz des Lebens oder der Gesundheit von Personen und Tieren oder die Erhaltung des Pflanzenwuchses“ subsumiert werden kann.¹³² Das gesonderte Tatbestandsmerkmal der **Erforderlichkeit** stellt demgegenüber eine potenzielle Hürde - je nach Ausgestaltung – für eine EIE dar. Nach der Rechtsprechung ist das Merkmal der Erforderlichkeit dahin zu interpretieren, dass zunächst eine Abwägung zwischen den widerstreitenden Interessen vorgenommen wird und dass des Weiteren keine mildere, weniger handelshemmende Alternative vorliegt.

Hinsichtlich der Interessensabwägung hat das Schiedsgericht in ständiger **Rechtsprechung** (1) die Bedeutung des Schutzgutes, (2) den Beitrag der angegriffenen Maßnahme zum Erhalt dieses Schutzgutes und (3) die handelshemmende Wirkung der angegriffenen Maßnahme geprüft.¹³³ In Anwendung dieser Rechtsprechung auf EIE bestehen keine Zweifel an der relativen Bedeutung des Schutzgutes, hier des globalen Klimas. Hinsichtlich des Merkmales „Beitrag zum Erhalt des Schutzgutes“ stellt das Schiedsgericht in *Brazil Tyres* fest, dass

¹³² Vgl. auch *AB Report in Brazil-Tyres*, para. 151 “*measures to attenuate global warming*” (as examples of measures whose impact may be felt only long-term) *while examining Article XX(b)*.

¹³³ Vgl. *Brazil Tyres*, *Korea-Beef*, *US-Gambling*, *Dominican Republic-Cigarettes*.

“[s]uch a contribution exists when there is a genuine relationship of ends and means between the objective pursued and the measure at issue. The selection of a methodology to assess a measure's contribution is a function of the nature of the risk, the objective pursued, and the level of protection sought. It ultimately also depends on the nature, quantity, and quality of evidence existing at the time the analysis is made.”¹³⁴

Wichtig ist dabei, dass das Schiedsgericht eine qualitative Erklärung des Beitrages eines EIE zum Klimaschutz für ausreichend halten würde und keine quantifizierte Darlegung oder gar Nachweis dieses Beitrages verlange, auch wenn derartige quantitative Darlegungen im Verfahren hilfreich sein würden.¹³⁵ Im Brazil-Tyres Fall hat das Schiedsgericht festgestellt, dass nicht jeder Beitrag zum Schutzzweck ausreiche, sondern verlangte einen „materiellen Beitrag“ („**material contribution**“) zur objektiven Zielerreichung.¹³⁶ Insofern würde eine EIE dieses Kriterium erfüllen, wenn es einen „materiellen Beitrag“ zum Klimaschutz leisten würde, welcher nach Möglichkeit aus Beweisgründen quantifiziert werden sollte, es aber nicht notwendigerweise muss. Eine EIE muss also einen Beitrag zum Klimaschutz nachweisen können; allein das Ausgleichen von (vorgeblichen) Wettbewerbsnachteilen ohne Wirkung auf die globale Entwicklung von Treibhausgasemissionen würde nicht ausreichen (s. oben 3.1.4.1.).¹³⁷

Des Weiteren hat das Schiedsgericht das Tatbestandsmerkmal der „Erforderlichkeit“ dahin ausgelegt, dass keine **weniger handelshemmende Alternative** zur Verfügung stehen dürfe. In der Praxis hat das Schiedsgericht den Mitgliedstaaten – als souveräne Staaten – ein weites Regelungsermessen eingeräumt, weshalb hier keinen wesentlichen Hürden für eine EIE bestehen dürften.¹³⁸ Indes ist nicht ausgeschlossen, dass eine EIE (erhebliche) administrative Hürden errichtet, die als ein Handelshemmnis von einem Schiedsgericht eingeordnet werden könnten, wenn der administrative Aufwand in keinem angemessenen Verhältnis zum Regelungszweck steht. Ob aber hierdurch einer Rechtfertigung nach Buchstabe g) die Grundlage entzogen wird, ist allerdings unwahrscheinlich; ratsam ist in

¹³⁴ AB Report in Brazil-Tyres, para. 145.

¹³⁵ Brazil-Tyres, AB Report, para. 145

¹³⁶ Brazil-Tyres, AB Report, para. 150.

¹³⁷ a.A. wohl Hilbert Berg, S. 25, die allerdings unbegründet behaupten, dass eine GAM ohne weiteres Anreize für klimafreundliches Handeln in den Exportländern setzt. Indes ist zweifelhaft, ob eine GAM das Potenzial hat, andere Staaten zu ehrgeiziger Klimaschutzpolitik zu veranlassen. Zum Beispiel macht China – der erste Kandidat für eine GAM nach US amerikanischem Recht – 1/3 der globalen Stahlproduktion aus, exportiert aber nur 1 % in die USA.

¹³⁸ Brazil-Tyres, AB Report, para. 172.

jedem Fall, die administrativen Anforderungen an eine EIE – neben grundsätzlichen Erwägungen – auch mit Blick auf GATT möglichst gering zu halten.

3.1.4.3 Chapeau

Zusätzlich zu den Merkmalen in den Absätzen a)-j) ist eine EIE nach Artikel XX GATT nur gerechtfertigt, wenn sie nach dem einleitenden Absatz des Artikel XX gerechtfertigt ist, dem sog. Chapeau. Danach dürfte eine EIE keine „willkürliche und ungerechtfertigte Diskriminierung zwischen Ländern, bei denen die gleichen Verhältnisse vorliegen, oder eine verschleierte Handelsbeschränkung“ darstellen. Der Chapeau ist in der Praxis das maßgebliche Kriterium für die Rechtmäßigkeit einer umweltpolitisch motivierten Maßnahme gewesen. In US - Shrimp, US—Gasoline und Brazil Tyres Fall haben die Schiedsgerichte die streitgegenständlichen Maßnahmen wegen Verletzung des Chapeaus für rechtswidrig gehalten.¹³⁹

3.1.4.3.1 Vorliegen einer willkürlichen und ungerechtfertigten Diskriminierung

Nach der Rechtsprechung würde eine EIE eine „**willkürliche und ungerechtfertigte Diskriminierung**“ darstellen, wenn sie in keiner objektiven Beziehung zu den Rechtfertigungsgründen der Absätze a)-j) steht. Mithin dürfen nur diese Rechtfertigungsgründe hinzugezogen werden; andere Regelungsgründe kommen nicht als Rechtfertigung zum Tragen, selbst wenn sie andere öffentliche Interessen zum Gegenstand haben:

“There is arbitrary or unjustifiable discrimination when a measure ... is applied in a discriminatory manner ‘between countries where the same conditions prevail’, and when the reasons given for this discrimination bear no rational connection to the objective falling within the purview of a paragraph of Article XX, or would go against this objective” (Unterstreichung hinzugefügt)¹⁴⁰

Mit Blick auf diese Rechtsprechung wäre eine EIE nicht gerechtfertigt, die keine klimaschützende Wirkung nachweisen kann (s. oben). Im US Shrimp Fall hat das Schiedsgericht zudem eine „willkürliche und ungerechtfertigte Diskriminierung“ festgestellt, weil die USA in der Sache von Krabbenimporteuren verlangte, die gleiche Fangmethoden

¹³⁹ AB Report on *US – Shrimp*, para. 144; AB Report in *US-Gasoline*, S. 23; *Brazil-Tyres*, AB Report, para. 215.

¹⁴⁰ *Brazil-Tyres*, AB Report, para.227.

wie in den USA anzuwenden. Im Brazil Tyres Fall hat das Schiedsgericht eine willkürliche und ungerechtfertigte Diskriminierung sowie verschleierte Handelsbeschränkung festgestellt, weil ein Importverbot Brasiliens für aufbereitete Altreifen nicht auf MERCOSUR Staaten Anwendung fand, wohl aber auf alle anderen Importe von aufbereiteten Reifen. Eine **EIE würde demnach eine „willkürliche und ungerechtfertigte Diskriminierung“ darstellen**, wenn klimapolitisch bedingte Belastungen für die heimische Produktion abgemildert oder aufgehoben werden und eine derartige *de facto* Privilegierung gleichartigen Importen nicht gewährt wird. Demnach müssen zum Beispiel Härtefallregelungen und andere Formen der kostenlosen Zuteilung sowie ähnliche andere Privilegierungen Importeuren gleichermaßen eingeräumt werden (s. oben 3.1.2.2.). Eine derartige Diskriminierung würde auch vorliegen, wenn sich die Berechnung der Emissionsmengen zwischen Importeuren und heimischen Wettbewerbern dahingehend unterscheiden würden, dass Importeure eine höhere Zahl an Emissionsberechtigungen abgeben müssen (s. oben 3.1.2.2.). Ebenso würde eine Diskriminierung bestehen, wenn die Verhältnisse in dem jeweiligen Herkunftsland nicht ausreichend berücksichtigt würden, und die EIE eine Doppelbelastung des Importeurs nach sich ziehen würde, etwa weil der Importeur bereits im Herkunftsland zur Teilnahme an einem Emissionshandel verpflichtet ist.¹⁴¹

Des Weiteren ist zu beachten, dass eine derartige Diskriminierung nur dann verboten wäre, wenn sie **„zwischen den Ländern, bei denen die gleichen Verhältnisse vorliegen“**, bestünde. Insofern erscheint eine Differenzierung aufgrund der objektiven Bedingungen in den Herkunftsländern zulässig. Insbesondere wird eine Privilegierung von Entwicklungsländern, namentlich den ärmsten Entwicklungsländern (LDC), für zulässig erachtet. Dementsprechend sehen alle Gesetzgebungsvorschläge für GAM in den USA eine Privilegierung für LDC vor.¹⁴² Eine Differenzierung könnte auch nach den tatsächlichen Treibhausgasemissionen im Herkunftsland gestaffelt werden, d.h. nur für Importe aus Ländern, deren Treibhausgasausstoß oberhalb eines bestimmten Schwellenwertes liegt, müssten Emissionsrechte abgegeben werden. Denkbare Ausgestaltungen dieser Schwellenwerte wären Emissionen pro Kopf und pro Einheit des BIP.

Allerdings ist eine **Differenzierung nach den genannten Kriterien problematisch**. Auch wenn das Merkmal „Länder, bei denen die gleichen Verhältnisse vorliegen“ einen sehr weiten Auslegungsspielraum zulässt, so ist – wie oben dargestellt – die klimapolitische Vergleichbarkeit der unterschiedlichen Länder in der Sache schwierig und (gerichtlich) angreifbar. Kriterien wie Emissionen pro Kopf oder BIP-Einheit mögen ein objektives Kriterium sein, sind aber derart allgemein, dass sie nicht ausreichen werden, um Einwände

¹⁴¹ Bordoff, S. 22

¹⁴² Pauwelyn, 2008

wegen der jeweiligen Gegebenheiten im Herkunftsland zu entkräften. Allein die Ratifizierung des Kyoto Protokolls oder eines Nachfolgeabkommens würde nicht ausreichen, um die Vergleichbarkeit zwischen Herkunfts- und Bestimmungsland herzustellen, da hierfür die tatsächlich umgesetzten Klimaschutzpolitiken maßgeblich sind (s. oben).

Neben dem Merkmal „Länder, bei denen die gleichen Verhältnisse vorliegen“ hat das Schiedsgericht die US-amerikanischen Maßnahmen zum Schutz von Meeresschildkröten für eine willkürliche und ungerechtfertigte Diskriminierung gehalten, da das Verfahren zur **Länderklassifizierung intransparent** war. Übertragen auf EIE bedeutet dies, dass die Länderlisten in einem transparenten Verfahren zu erstellen sind. Das in den USA vorgeschlagene Verfahren, nach dem der Präsident mit Hilfe des EPA Administrator die Länderlisten festlegt, erscheint kein ausreichend transparentes Verfahren zu sein, da die interne Entscheidungsfindung in der EPA für Außenstehende nicht ohne weiteres einsichtig ist. Ggf. könnte ein solcher Mangel in der Verfahrenstransparenz mit umfassenden Anhörungen geheilt werden, was natürlich den administrativen Aufwand einer EIE erhöhen würde. Insgesamt fällt es pauschalierenden Ausgestaltungen einer EIE schwer, willkürliche und ungerechtfertigte Diskriminierungen zu vermeiden.

3.1.4.3.2 Vorliegen einer verschleierte Handelsbeschränkung

Alternativ darf die angegriffene Maßnahme **keine verschleierte Handelsbeschränkung** darstellen. In dem US-Gasoline Fall hat das Schiedsgericht eine allgemeine Annäherung und Abgrenzung des Begriffs erarbeitet, wonach dieser Teil des Chapeaus insbesondere verdeckten oder indirekten Protektionismus verhindern soll:

“It is clear to us that 'disguised restriction' includes disguised discrimination in international trade. It is equally clear that concealed or unannounced restriction or discrimination in international trade does not exhaust the meaning of 'disguised restriction.' We consider that 'disguised restriction', whatever else it covers, may properly be read as embracing restrictions amounting to arbitrary or unjustifiable discrimination in international trade taken under the guise of a measure formally within the terms of an exception listed in Article XX. Put in a somewhat different manner, the kinds of considerations pertinent in deciding whether the application of a particular measure amounts to 'arbitrary or unjustifiable discrimination', may also be taken into account in determining the presence of a 'disguised restriction' on international trade. The fundamental theme is to be found in the purpose and object

*of avoiding abuse or illegitimate use of the exceptions to substantive rules available in Article XX.*¹⁴³

Mit Blick auf diese Rechtsprechung erscheint es plausibel, dass eine EIE als eine verschleierte Handelsbeschränkung von einem Schiedsgericht eingeordnet werden würde, wenn sie nicht identisch zum europäischen Emissionshandel gestaltet wird und wenn ihre klimaschützende Wirkung gering, aber ihr Schutz für heimische Produkte groß ist.¹⁴⁴ Denn in diesem Fall könnte eine EIE als eine Privilegierung heimischer Produzenten verstanden werden, die mangels umweltschützender Wirkung nicht gerechtfertigt wäre.

3.1.5 Zwischenergebnis

Eine EIE kann in der Theorie im Einklang mit WTO-Recht ausgestaltet werden. Die größte Wahrscheinlichkeit, mit dem WTO-Recht kompatibel zu sein, hätte eine EIE, die identisch zum europäischen Emissionshandel ausgestaltet ist und für jeden Importeur auf der Grundlage individuell nachgewiesener Emissionen die Menge erforderlicher Emissionsrechte berechnet. Allerdings ist der administrative Aufwand für diese Einzelfallregelung enorm. Um diesen inhärenten Schwächen einer Einzelfallregelung zu begegnen, werden pauschalierende Lösungen vorgeschlagen. Diese pauschalierenden Lösungsvorschläge sind mit einer Reihe von rechtlichen Schwierigkeiten behaftet. Sobald Importeure unter anderen Bedingungen in den europäischen Emissionshandel einbezogen werden, läge eine unzulässige Ungleichbehandlung vor, die nur schwer nach Artikel XX gerechtfertigt werden kann. In der Konsequenz bedeutet dies, dass alle Detailvorschriften des europäischen Emissionshandels – wie etwa Härtefallregelungen oder Zuteilungsvorschriften – ausnahmslos auch für den Importeur gelten müssen. Dies macht eine EIE mit einer pauschalierenden Berechnungsmethode in der Sache unbrauchbar. In der Summe besteht im Grundsatz das Dilemma, dass eine rechtmäßige Ausgestaltung einer EIE nicht praktikabel ist, eine praktikable Variante aber rechtswidrig wäre

¹⁴³ US-Gasoline, AB Report, S. 25.

¹⁴⁴ a.A. wohl Hilbert Berg, S. 27, die argumentieren, dass auf die Zielsetzung der GAM ankomme. Indes ergibt sich aus dem Wortlaut des Artikel XX, dass die Intention einer GAM unerheblich ist; maßgeblich ist deren tatsächliche handelsbeschränkende Wirkung.

3.2 Tarifäre Belastung von Importen

Eine GAM kann anstatt einer EIE auch als tarifäre Belastung von Importen ausgestaltet werden. Denkbar ist es, dass Importe in die Gemeinschaft mit einer Steuer oder Gebühr belastet werden, um eine klimapolitische Belastung gleichartiger heimischer Produkte auszugleichen. Derartige klimapolitische Belastungen bestehen in:

- Abgaben, die in der Gemeinschaft auf in der Produktion verursachte Emissionen oder verbrauchte Energie erhoben werden (z.B. CO₂-Steuern),
- durch den Emissionshandel verursachte Kosten, sei es direkt durch den Kauf von Emissionsberechtigungen, sei es indirekt durch erhöhte Strompreise,
- Abgaben, die direkt auf Energie erhoben werden (z.B. Stromsteuer, Mineralölsteuer)
- oder durch Regulierung verursachte Kosten (zum Beispiel Energieeffizienzstandards).

In der **konkreten Ausgestaltung** belastet diese Gruppe von GAM das importierte Produkt an der Grenze, d.h. die Gebühr oder Steuer wird bei Einfuhr fällig. Viele der oben diskutierten Berechnungsfragen sind auch bei der tarifären Ausgestaltung einer GAM von Bedeutung. Soweit heimische Belastungen ausgeglichen werden, die durch Abgaben von Energieverbrauch oder Emissionen entstanden sind, stellen sich bei der Berechnung die gleichen Herausforderungen wie bei der EIE, d.h. es muss ein Mechanismus gefunden werden, der diskriminierungsfrei und verlässlich die in den Importen enthaltenen Emissionen oder Energiegehalte ermittelt, entweder individuell oder per Benchmark. Soweit Belastungen ausgeglichen werden sollen, die durch klimapolitisch motivierte Regulierungen entstanden sind und unabhängig vom jeweiligen Energieverbrauch oder Emissionen sind, sind neue, noch schwierigere Kalkulationsprobleme zu lösen. Denn in dieser Ausgestaltung ist bereits die Berechnung der Belastung heimischer Produkte schwierig und regelmäßig zwischen den Akteuren umstritten; die Schätzung der Kosten vergleichbarer Regulierungen in den Importländern erscheint unmöglich und wird daher hier nicht weiter vertieft.

Im **Folgenden** werden tarifäre GAM für Belastungen geprüft, die am Energieverbrauch oder den Emissionen während der Produktion festmachen. Ebenso wird eine GAM für durch den ETS verursachte Kosten geprüft. Ein Ausgleich für Belastungen, die durch die direkte Besteuerung von Energie entstehen, wird hier nicht weiter vertieft, da hier kein unmittelbarer Zusammenhang zum Emissionshandel besteht. Ebenso wenig werden die durch klimapolitische Regulierungen entstandenen Kosten oder die Belastungen von Transportemissionen geprüft, da diese Kosten für Importe sehr schwer zu kalkulieren sind

und ein Ausgleich für diese Belastungen deshalb nicht praktikabel erscheint. Die folgende Prüfung beschränkt sich auf Artikel II und III GATT; hinsichtlich der ebenfalls einschlägigen Artikel I und XX GATT wird keine eigene Prüfung durchgeführt, da die die oben diskutierten rechtlichen Erwägungen mit Blick auf den gleichen Regelungszweck gleichermaßen zum Tragen kommen.

3.2.1 Ausgleich für Abgaben auf Energieverbrauch und Emissionen während des Produktionsprozesses

3.2.1.1 Artikel II Abs. 2; Add Artikel III GATT

2. Keine Bestimmung des vorliegenden Artikels soll einen Vertragspartner daran hindern, jederzeit bei der Einfuhr eines beliebigen Erzeugnisses:

a. eine Abgabe zu erheben, die einer inneren Steuer gleichwertig ist, die in Übereinstimmung mit Ziffer 2 des Artikels III ein gleichartiges einheimisches Erzeugnis oder eine Ware belastet, die in dem eingeführten Gegenstand enthalten ist.

Soweit eine GAM als Abgabe ausgestaltet wird, stellt sich zunächst die Frage, inwieweit das WTO-Recht einen derartigen Ausgleich *überhaupt* zulässt. Es wird vertreten, dass das GATT nur unter den Voraussetzungen des Artikel II Abs. 2 a) GATT eine GAM zulässt.¹⁴⁵ Nach diesem Verständnis würde Artikel II Abs. 2 a) GATT einen abschließenden Kriterienkatalog für zulässige GAM enthalten. Demnach dürfte nach Artikel II Abs. 2 a) eine GAM in Form einer Abgabe nur erhoben werden, wenn

- die Abgabe einer inneren Steuer gleichwertig ist und ein gleichartiges einheimisches Erzeugnis belastet *oder*

¹⁴⁵ Puth, S. 267 – 269. Cf. und Petersmann S. 146

- die Abgabe eine Ware belastet, die in dem eingeführten Gegenstand enthalten ist
und
- keine Verletzung von Artikel III vorliegt (Inländergleichbehandlungsgebot).

Zur Frage, ob ein Ausgleich für Abgaben auf Energieverbrauch und Emissionen während des Produktionsprozesses unter Artikel II Abs. 2 a) GATT subsumierbar ist, ist die **Superfund Entscheidung**¹⁴⁶ von besonderer Bedeutung. Streitgegenstand dieser Entscheidung war u.a. eine Steuer nach dem *US Superfund Act* auf bestimmte Chemikalien, wie sie in heimischen und importierten Produkten enthalten sind. Nach dem *US Superfund Act* besteuert der Finanzminister bestimmte Chemikalien, wenn das Gewicht der in der Produktion des Importes verwendeten Chemikalie mehr als 50 % des Gesamtwertes der in der Produktion verwendeten Materialien ausmacht (berechnet auf der Basis der herkömmlichen Produktionsmethode). In gleicher Weise können Chemikalien besteuert werden, wenn sie mehr als 50 % des Gesamtwertes der verwendeten Materialien ausmachen. Zum Zweck der Besteuerung werden Importeure verpflichtet, die relevanten Informationen den Steuerbehörden zur Verfügung zu stellen. Für den Fall, dass der Importeur diese Informationen nicht zur Verfügung stellt, wird eine Steuer in Höhe von 5 % des geschätzten Wertes des Importgutes erhoben. Abweichend von dieser Regel darf der Finanzminister eine Verordnung erlassen, nach der der Import so besteuert werden würde, wie er belastet werden würde, wenn er nach der herkömmlichen Produktionsmethode in den USA hergestellt worden wäre.

Das Schiedsgericht entschied, dass diese Steuer eine zulässige Grenzausgleichsmaßnahme darstellt. Nach Ansicht des Schiedsgerichts stellt die Steuer eine direkte auf ein Produkt erhobene Steuer dar und kann daher analog zu anderen direkten Steuern – wie Mehrwert- oder anderen Verkaufssteuern – an der Grenze ausgeglichen werden. Das Schiedsgericht argumentierte ausdrücklich, dass das GATT hinsichtlich der Zulässigkeit von Grenzausgleichsmaßnahmen allein die Frage direkte vs. indirekte Steuer unterscheidet und dem politischen Zweck der Maßnahme keine eigene rechtliche Bedeutung einräumt. Es verweist auf die Schlussfolgerungen der *Working Party on Border Tax Adjustments*:

"There was convergence of views to the effect that taxes directly levied on products were eligible for tax adjustment. Examples of such taxes comprised specific excise duties, sales taxes and cascade taxes and the tax on value added ... 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

¹⁴⁶ Panel Report on United States – Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances, GATT, BISD 34S/136, 17 June 1987

adjustment. Examples of such taxes comprised social security charges whether on employers or employees and payroll taxes" (BISD 18S/100-101).¹⁴⁷

Mit Blick auf diesen Bericht führt das Schiedsgericht weiter aus:

The Panel wishes to point out, however, that the Working Part on Border Tax Adjustment agreed that the provisions of the General Agreement on tax adjustment: "set maxima limits for adjustment (compensation) which were not to be exceeded, but below which every contracting party was free to differentiate in the degree of compensation applied, provided that such action WAS in conformity with other provisions of the General Agreement" (BISD 18S/100).

Consequently, if a contracting party wishes to tax the sale of certain domestic products (because their production pollutes the domestic environment) and to impose a lower tax or no tax at all on like imported products (because their consumption or use causes fewer or no environmental problems), it is in principle free to do so. The General Agreement's rules on tax adjustment thus give the contracting party in such a case the possibility to follow the Polluter-Pays Principle, but they do not oblige it to do so.

Mit Blick auf diese Rechtsprechung kann argumentiert werden, dass Artikel II Abs. 2 a) GATT eine GAM in Form einer Abgabe nicht grundsätzlich verbietet. Insofern schließt Artikel II Abs. 2 a) GATT nicht bereits im Grundsatz eine tarifäre GAM für Belastungen aus, die den Energieverbrauch oder die Emissionen während der Produktion knüpfen. Allerdings muss hier berücksichtigt werden, dass das Schiedsgericht im Superfund Fall nicht klärte, ob die Chemikalien physisch im Endprodukt enthalten sein müssen oder nicht.¹⁴⁸ Auch die *Working Party on Border Tax Adjustments* hat sich nicht zu dieser Frage geäußert. Insofern bleibt mit Blick auf diese von Rechtsprechung ungeklärte Frage die Unsicherheit bestehen, dass möglicherweise nur solche Belastungen an der Grenze ausgeglichen werden können, die an Stoffe anknüpfen, welche weiterhin im Produkt physisch enthalten sind. In diesem Fall dürfte eine Abgabe auf in der Produktion entstandene Emissionen nicht an der Grenze ausgeglichen werden.¹⁴⁹ Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass auch in der Literatur keine einheitliche Auffassung besteht.¹⁵⁰ Unabhängig von der Frage der

¹⁴⁷ Superfund, para. 5.2.4.

¹⁴⁸ Dhar, Das, S. 16

¹⁴⁹ Dhar, Das, S. 16

¹⁵⁰ Zum Teil wird vertreten, dass GAM allein an die physische Zusammensetzung des Endproduktes anknüpfen dürfen (Pitschas, S. 479ff). Nach anderer Auffassung können WTO Mitglieder GAM auch auf im Produktionsprozess verbrauchte Stoffe erheben, wie z.B. auf in der Produktion verbrauchte Energie (in diese Richtung Hilbert, Berg, S. 15). Insofern klärt auch die Literatur nicht die Frage, inwieweit Belastungen an im importierten Produkt enthaltene Stoffe anknüpfen müssen,

grundsätzlichen Zulässigkeit von GAM, ist jede Ausgestaltung an den weiteren materiellen Maßgaben des GATT zu messen, d.h. insbesondere an Artikel III Abs. 2 GATT und Artikel I GATT.

3.2.1.2 Artikel III Abs. 2 Satz 1 GATT

2. Die aus dem Gebiet eines Vertragspartners in das Gebiet eines anderen Vertragspartners eingeführten Erzeugnisse sollen weder direkt noch indirekt mit irgendwie gearteten Steuern oder anderen inneren Abgaben belastet werden, welche höher sind als diejenigen, die die gleichartigen Erzeugnisse einheimischen Ursprungs direkt oder indirekt belasten. Außerdem wird kein Vertragspartner entgegen den Grundsätzen der Ziffer 1 eine andere Art von Steuern oder sonstige innere Abgaben auf den eingeführten oder inländischen Erzeugnissen erheben.

Da es sich bei Abgaben auf Energieverbrauch während des Produktionsprozesses um eine Steuer oder Gebühr handelt, ist Artikel III Abs. 2 erster Satz die maßgebliche Vorschrift. Das Merkmal der Gleichartigkeit i.S.d. Artikel III Abs. 2 Satz 1 GATT ist dabei so zu verstehen, wie oben bei Artikel III Abs. 4 bereits dargestellt.¹⁵¹ Demnach dürfen eingeführte Erzeugnisse nicht höher belastet werden als gleichartige Erzeugnisse einheimischen Ursprungs. Gleichbehandlung bedeutet eine **identische Behandlung, d.h. auch die geringste Ungleichbehandlung ist verboten.**¹⁵² Für den Bereich der Abgaben bedeutet dies, dass die Abgabe auf importierte Produkte identisch mit der Abgabe auf das gleichartige heimische Produkt sein muss; die innere Abgabe darf nicht (im Geringsten) „höher sein als diejenigen, die die gleichartigen Erzeugnisse einheimischen Ursprungs direkt oder indirekt belasten“.¹⁵³ Bezogen auf die hier zu prüfende Abgaben auf den während der Produktion entstandenen Energieverbrauch oder die Emissionen bedeutet dies, dass der Energieverbrauch oder die Emissionsmengen sowohl bei dem importierten als auch bei dem heimischen Produkt die maßgebliche Bemessungsgrundlage darstellt.

¹⁵¹ Abschnitt 3.1.21.; AB, EC – Asbestos, para. 99.

¹⁵² Japan-Alcoholic Beverages II, S. 23

¹⁵³ „ Even the smallest amount of ‘excess’ is too much“, AB, Japan – Alcoholic Beverages II, S. 22. Vgl. auch *Mavroidis*, S. 148.

Im Superfund Fall hat das Schiedsgericht festgestellt, dass die Steuerbelastung von heimischen und importierten Chemikalien gleich ist, also keine Ungleichbehandlung bestehe:

The tax on certain imported substances equals in principle the amount of the tax which would have been imposed under the Superfund Act on the chemicals used as materials in the manufacture or production of the imported substance if these chemicals had been sold in the United States for use in the manufacture or production of the imported substance. In the words which the drafters of the General Agreement used in the above perfume-alcohol example: The tax is imposed on the imported substances because they are produced from chemicals subject to an excise tax in the United States and the tax rate is determined in principle in relation to the amount of these chemicals used and not in relation to the value of the imported substance. The Panel therefore concluded that, to the extent that the tax on certain imported substances was equivalent to the tax borne by like domestic substances as a result of the tax on certain chemicals the tax met the national treatment requirement of Article III:2, first sentence.

Allerdings hat das Schiedsgericht sich nicht mit den **Details der Superfund Regelung** auseinandergesetzt, sondern ohne Weiteres eine Gleichbehandlung unterstellt. Insbesondere hat das Gericht nicht bewertet, inwiefern die von Importeuren zur Verfügung gestellten Daten sachlich korrekt sind. Das Gericht bewertet auch nicht den Sachverhalt, dass Importeure mit einer höheren Steuer (5 % des Warenwertes) belegt werden als gleichartige heimische Produkte (2 %), sofern Importeure keine Produktionsdaten bei Einfuhr zur Verfügung stellen. Zwar kritisierte das Gericht den letzten Punkt, da eine wesentlich höhere Besteuerung von Importeuren nicht ausgeschlossen werden könne. Es hielt aber im Ergebnis die Superfund Regelung für GATT-kompatibel, da der Superfund Act dem US-Finanzminister die Kompetenz gab, Importeure per Rechtsverordnung von dieser Strafsteuer auszunehmen und sie stattdessen so zu besteuern, als wenn sie nach der herkömmlichen Produktionsmethode in den USA hergestellt worden wären. Diese Entscheidung ist insofern merkwürdig, als der Finanzminister zum Zeitpunkt der Entscheidung von seiner Kompetenz keinen Gebrauch gemacht hatte. Das Gericht gab sich damit zufrieden, dass die USA zusicherten, die Strafsteuer niemals zu erheben.

Im Ergebnis könnte daher die Superfund Rechtsprechung *im Grundsatz* herangezogen werden, um die Vereinbarkeit einer GAM für Abgaben auf Energieverbrauch und Emissionen während des Produktionsprozesses zu begründen. Denn die Superfund Rechtsprechung ist mit dem Ausgleich von bestimmten Belastungen an der Grenze befasst (s. vorherigen Abschnitt). Allerdings muss berücksichtigt werden, dass der Energieverbrauch der Produktion einer Reihe von Industriegütern ungleich schwieriger zu kalkulieren ist als die Verwendung einer Gruppe ausgesuchter Chemikalien, die in einer überschaubaren Anzahl von Produktionsverfahren eingesetzt werden. Zudem hat die Superfund Rechtsprechung einige wichtige Fragen offengelassen, wie insbesondere Härtefallregelungen für heimische Hersteller, Kontrollierbarkeit und Vergleichbarkeit (vgl. oben 3.1.2.2.).

3.2.1.3 Artikel III Abs. 2 Satz 2 GATT

Soweit die von einer GAM erfassten Importe zwar nicht gleichartig zu der heimischen Produktgruppe sind, aber mit dieser in einer direkten Wettbewerbsbeziehung stehen, kommt Artikel III Abs. 2, Satz 2 i.V.m. Ad Artikel III zur Anwendung. Diese Regelung betrifft Produkte, die in einer weniger intensiven Wettbewerbsbeziehung stehen als Produkte, die unter Satz 1 fallen.¹⁵⁴ Die Rechtsprechung hat das Bestehen einer direkten Wettbewerbsbeziehung von Fall zu Fall entschieden, aber ein insgesamt weites Verständnis des Begriffes „direkte Wettbewerbsbeziehung“ angenommen.¹⁵⁵ Die Vorschrift des Satz 2 hat eine andere Rechtsfolge als Satz 1. Satz 2 verlangt keine identische Behandlung zwischen importiertem und heimischen Produkt, sondern nur eine annähernd gleiche Behandlung (**de minimis Regel**).¹⁵⁶ Danach wäre eine gewisse Ungleichbehandlung zulässig. Rechtsprechung und Literatur haben dieses Kriterium dahin ausgelegt, dass eine in protektionistischer Weise erhobene Gebühr oder Steuer mit Satz 2 unvereinbar wäre.¹⁵⁷ Damit liegt der Schwerpunkt der Prüfung insbesondere auf dem objektiven Zweck, der Struktur und Ausgestaltung der Maßnahme.

Insofern ist für nicht gleichartige, aber im direkten Wettbewerb stehende Produkte eine Verletzung des Artikel III Abs. 2 Satz 2 leichter vermeidbar als eine Verletzung des Satz 1, der eine identische Behandlung gleichartiger Produkte verlangt. Dennoch kommt es bei der *de minimis* Rechtsfolge auch darauf an, den Energieverbrauch oder die Emissionsmenge während der Produktion zu kennen, denn soweit Satz 2 Anwendung findet, muss bestimmt werden können, ob die Ungleichbehandlung nur geringfügig, d.h. *de minimis*, ausfällt. Hinzu kommt, dass zusätzlich zur *de minimis* Regel eine unterschiedliche Belastung nur dann zulässig ist, wenn die unterschiedliche Behandlung nicht den objektiven Zweck hatte, die heimische Produktion zu schützen (Artikel III Abs. 2). Bei der Prüfung der protektionistischen

¹⁵⁴ In Canada – Periodicals, S. 28, Korea – Alcoholic Beverages, Nr. 118.

¹⁵⁵ AB, Japan – Alcoholic Beverages II, S. 25.

¹⁵⁶ AB, Japan – Alcoholic Beverages II, S. 27; Canada – Periodicals, S. 29.

¹⁵⁷ AB, Japan – Alcoholic Beverages II, S. 27; Chile – Alcoholic Beverages, Nr. 49. Korea – Alcoholic Beverages, Nr. 153.

Absicht stellt die Rechtsprechung ab auf die objektive “design, the architecture, and the revealing structure of a measure”.¹⁵⁸

3.2.2 Ausgleich für durch Emissionshandel verursachte Kosten

In dieser Ausgestaltung einer GAM geht es um einen Ausgleich für die Kosten, die der Emissionshandel heimischen Herstellern auferlegt, d.h. es geht nicht um den Nachweis von Emissionsrechten, sondern um einen finanziellen Ausgleich für die durch den Emissionshandel verursachten Kosten. Dabei sind hier nur die **direkten durch den Kauf von Emissionsberechtigungen verursachten Kosten** gemeint. Denn indirekte Kosten, insbesondere in Form höherer Strompreise, sind zum einen schwerer belastbar abzuschätzen; zum anderen sind diese Kosten als indirekte Kosten nicht an der Grenze ausgleichbar. Nach Artikel II Abs. 2 a GATT sind nur solche Belastungen an der Grenze ausgleichbar, die direkt auf ein Produkt erhoben werden (s. oben).

Nach der unserer Auffassung stellen die *direkt* durch den Emissionshandel verursachten Kosten eine Abgabe i.S.d. Artikel III Abs. 2 GATT und keine nach III Abs. 4 GATT geregelte heimische Regulierung dar. Denn es geht hier nicht um die Abgabe von Emissionsberechtigungen, wie sie oben bei der EIE geprüft wurde, sondern um den Ausgleich der durch den Emissionshandel verursachten Kosten. Insgesamt ist allerdings die Frage der Einordnung der einschlägigen Rechtsvorschrift, d.h. entweder Artikel III Abs. 2 oder Abs. 4 GATT, von nachrangiger Bedeutung, da sich diese beiden Vorschriften in der Rechtsfolge nicht unterscheiden (s. oben 3.1.2.). Aus diesem Grund wird hier auf die dortige Prüfung verwiesen (s. Zwischenergebnis unter 3.1.5.).

3.2.3 Zwischenergebnis

Hier wurden zwei Formen einer tarifären GAM geprüft: zum einen ein Ausgleich von Belastungen, die am Energieverbrauch oder den Emissionen während der Produktion festmachen; zum anderen ein Ausgleich für durch das Emissionshandelssystem verursachte Kosten. Beide Ausgestaltungen müssen den Vorgaben des Artikel III Abs. 2 GATT entsprechen. Dies bedeutet, dass die Abgabe auf importierte Produkte identisch mit der Abgabe auf das gleichartige heimische Produkt sein muss; die innere Abgabe darf nicht (im

¹⁵⁸ AB, Japan – Alcoholic Beverages II, S. 29; Chile – Alcoholic Beverages, Nr. 62 and 71, Canada – Periodicals, S. 30.

Geringsten) „höher sein als diejenigen, die die gleichartigen Erzeugnisse einheimischen Ursprungs direkt oder indirekt belasten“.¹⁵⁹ Im Ergebnis muss eine tarifäre GAM die gleichen Fragestellungen lösen wie eine EIE, d.h. sie muss sich ebenfalls an Artikel I und III GATT messen und ggf. den Vorgaben des Artikel XX entsprechen (vgl. 3.1.5.).

4 Grundsätze der UNFCCC

Neben dem Welthandelsrecht müssen sich GAM auch an der Klimarahmenkonvention messen lassen. Als Prüfungsmaßstab kommen insbesondere das Prinzip der gemeinsamen, aber unterschiedlichen Verantwortlichkeiten (Artikel 3 Abs. 1 UNFCCC), das Prinzip der offenen Wirtschaft und Handels (Artikel 3 Abs. 5 UNFCCC) und das Kooperationsprinzip in Betracht. GAM könnten mit dem Prinzip der gemeinsamen, aber unterschiedlichen Verantwortlichkeiten unvereinbar sein, weil sie voraussichtlich von den Staaten erhoben werden, die eine besondere historische Verantwortung für die gegenwärtigen Treibhausgaskonzentrationen in der Atmosphäre tragen. Sie können somit geeignet sein, das Prinzip der gemeinsamen, aber unterschiedlichen Verantwortlichkeiten zu unterlaufen. GAM haben ihrer Intention nach eine handelshemmende Wirkung und könnten somit das Prinzip der offenen Wirtschaft und des offenen Handels verletzen. GAM werden zudem in der Regel als eine unilaterale Maßnahme ergriffen und könnten daher dem Kooperationsgebot entgegenstehen.

Im Folgenden wird die Vereinbarkeit einer GAM mit diesen Grundsätzen geprüft, wobei allerdings nicht anhand einzelner Ausgestaltungen einer GAM geprüft wird, da hier die rechtliche Prüfung in der Regel nicht von der konkreten Ausgestaltung einer GAM abhängt.

¹⁵⁹ “Even the smallest amount of ‘excess’ is too much”, AB, Japan – Alcoholic Beverages II, S. 22. oder Mavroidis, S. 148.

4.1 Prinzip der gemeinsamen aber unterschiedlichen Verantwortlichkeiten

Artikel 3 Abs. 1 UNFCCC legt für die UNFCCC das Prinzip der gemeinsamen, aber unterschiedlichen Verantwortlichkeiten nieder, wie es auch in Artikel 7 der Rio-Deklaration formuliert ist. Gem. Artikel 3 Abs. 1 UNFCCC sollen die Vertragsparteien „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.“ In Ausgestaltung dieses Prinzips bestimmt Artikel 4 UNFCCC, dass die Vertragsparteien unter Berücksichtigung ihrer gemeinsamen, aber unterschiedlichen Verantwortlichkeiten und ihrer speziellen nationalen und regionalen Entwicklungsprioritäten, Ziele und Gegebenheiten unterschiedlichen Verpflichtungen wie sie in Abs. 2 niedergelegt sind unterworfen sind.

Inhaltlich ist der genaue **Regelungsgehalt** dieses Prinzip der gemeinsamen, aber unterschiedlichen Verantwortlichkeiten schwer bestimmbar. Zum Teil wird argumentiert, dass dieses Prinzip eine differenzierte Behandlung von nach allgemeinem Völkerrecht gleichen Staaten erlaube. Konkret wird angenommen, dass das Prinzip die Anwendung von anderen Standards für Entwicklungsländer erlaube und deren Handeln von der Solidarität entwickelter Ländern abhängig mache.¹⁶⁰ Dies scheint indes ein normativer Fehlschluss zu sein, denn die Unterschiede in den vertraglichen Verpflichtungen ergeben sich nicht aus dem Prinzip der gemeinsamen, aber unterschiedlichen Verantwortlichkeiten, sondern aus den unterschiedlichen Verpflichtungen, die sich aus den konkreten Detailvorschriften der UNFCCC ergeben, wie etwa Artikel 4, der in Absatz 1 einen Katalog gemeinsamer Pflichten normiert und in Absatz 2 die besonderen, weitergehenden Pflichten von Annex I Staaten niederlegt. Insgesamt ergeben sich aus dem Prinzip keine juristisch operativen Handlungsgrenzen; das Prinzip bedarf hierfür konkreterer (Ausführungs)bestimmungen und entfaltet für sich genommen keine eigene Regelungswirkung. Das Prinzip hat insofern einen deklaratorischen Charakter, beschreibt die unterschiedlichen Rechtspflichten der Vertragsstaaten, setzt aber keine eignen Rechtspflichten oder gewährt keine eigenständige Anspruchsgrundlage. Insofern kommt allein dem oben geprüften Welthandelsrecht ein eigener **rechtlicher Regelungsgehalt** zu (s. Abschnitt 3). Mithin ist das Prinzip der gemeinsamen, aber unterschiedlichen Verantwortlichkeiten für die oben geprüften Maßnahmen *rechtlich* unerheblich.

¹⁶⁰ Birnie, S. 133

Politisch kann argumentiert werden, dass eine GAM ein (künftiges) Klimaregime unterlaufen kann. Denn auf der einen Seite werden auch Staaten, die eine GAM einführen die differenzierten Verpflichtungen eines neuen Klimaschutzregimes akzeptieren, aber auf der anderen Seite würden diese Staaten mit der Einführung einer GAM diese Vereinbarungen durch die Hintertür entwerten. Rechtlich kann sich aber diese Argumentation aber nicht auf Artikel 3 Abs. 1 UNFCCC stützen, da diese Vorschrift in ihrer Regelungswirkung auf die konkreteren Ausführungsbestimmungen eines neuen Vertrages angewiesen ist. Auch kann hier das Verbot widersprüchlichen Verhaltens nicht herangezogen werden. Danach ist eine Partei an die Erwartungen gebunden, die eine andere Partei nach Treu und Glauben in ausdrückliche oder im Verhalten implizierte Äußerungen der ersten setzen durfte.¹⁶¹ Mit dem Abschluss eines (neuen) Klimaschutzregimes werden aber die Vertragsstaaten aller Voraussicht nach nicht die Verpflichtung eingehen, keine weiteren (und sei es bilateralen) Klimaschutzmaßnahmen zu ergreifen. Eine derartig weite Handlungsbeschränkung werden die Vertragsstaaten ausschließen.

4.2 Prinzip der offenen Wirtschaft und des offenen Handels sowie Kooperationsprinzip, Artikel 3 Abs. 5 UNFCCC

Die Vertragsparteien sollen zusammenarbeiten, um ein tragfähiges und offenes internationales Wirtschaftssystem zu fördern, das zu nachhaltigem Wirtschaftswachstum und nachhaltiger Entwicklung in allen Vertragsparteien, insbesondere den Entwicklungsländern, führt und sie damit in die Lage versetzt, die Folgen des Klimawandels besser zu bewältigen. Klimaschutzmaßnahmen, einschließlich einseitiger Maßnahmen, sollen weder ein Mittel willkürlicher oder ungerechtfertigter Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des internationalen Handels sein.

Insofern könnte eine GAM als eine handelsbeschränkende Maßnahme diese Grundsätze verletzen. Indes gehen diese Vorschriften nicht über die Detailregelungen des WTO-Rechts hinaus, sondern stellen deklaratorische Grundsätze dar, die gegenüber dem WTO-Recht keine eigene Regelungswirkung beanspruchen können. Insofern wird hier auf die oben stehende Detailprüfung des WTO Rechts verwiesen.

¹⁶¹ Ipsen, S. 203 Ziffer 7.

5 Zusammenwirken und Verhältnis zwischen den Privilegierungsvorschlägen

Die politischen Diskussionen machen eine Kombination zwischen den beiden Privilegierungsvorschlägen – direkte Kompensation und Grenzausgleich – nicht unwahrscheinlich. Die politische Diskussion lässt erwarten, dass sowohl inländische Hersteller entlastet und gleichzeitig Importeure belastet werden. Insofern ist das Verhältnis zwischen den unterschiedlichen Privilegierungsvorschlägen eine zentrale Frage für den Normgeber. Diese Untersuchung hat einige **Aspekte** herausgearbeitet, die **für das Verhältnis zwischen den Privilegierungsvorschlägen von Bedeutung** sind¹⁶², wobei diese Aspekte nur zum Tragen kommen, wenn tatsächlich eine Kombination der verschiedenen Privilegierungsvorschläge erwogen wird:

- **Mit einem Grenzausgleich entfällt grundsätzlich die Begründung für eine kostenlose Zuteilung:** Die Begründung für eine kostenlose Zuteilung von Emissionsberechtigungen entfällt zumindest teilweise, sofern ein Grenzausgleich eingeführt wird, und wäre demnach zu beenden bzw. zu reduzieren. Hierfür gibt es mehrere Gründe:
 - **Verminderung der carbon leakage Gefahr als Regelungszweck der Richtlinie:** Die novellierte EU-Emissionshandelsrichtlinie sieht vor, dass für alle Unternehmen in allen Sektoren Emissionsberechtigungen grundsätzlich versteigert werden sollen. Als Übergangsregelung ist vorgesehen, dass Industrieanlagen weiterhin kostenlos Emissionsberechtigungen erhalten, die auf Grundlage harmonisierter Zuteilungsregeln anhand von Benchmarks zugeteilt werden. Diese fortgesetzte kostenlose Zuteilung teilt sich wiederum in zwei Bestandteile: Anlagen aller Branchen erhalten zunächst 80% der errechneten Benchmark-Zuteilung kostenlos; dieser Anteil wird in der Folge jährlich abgesenkt, so dass im Jahr 2020 30% der errechneten Benchmark-Zuteilung kostenlos vergeben werden. Für das Jahr 2027 ist anvisiert, die kostenlose Zuteilung gänzlich zu beenden. Für Unternehmen in Branchen, für die ein erhebliches Risiko von *Carbon Leakage* festgestellt wurde, entfällt diese jährliche Minderung; diese *erhalten* (zunächst befristet bis 2020) 100% der errechneten Benchmark-Zuteilung kostenlos.

¹⁶²

Zu berücksichtigen ist, dass im Rahmen dieser juristischen Untersuchung eine vertiefte Analyse des Verhältnisses zwischen den Privilegierungsvorschlägen nicht möglich ist; eine derartige Untersuchung bedürfte u.a. einer eingehenden ökonomischen und politischen Analyse.

Die besondere Vergünstigung für Unternehmen in leakage-gefährdeten Sektoren begründet sich dadurch, dass Unternehmen in diesen Sektoren nicht in der Lage seien, die Kosten der Emissionsberechtigungen auf die Produktpreise umzulegen und so auf ihre Kunden zu überwälzen. Erwägungsgrund 24 der Richtlinie begründet ausdrücklich die kostenlose Zuteilung von Zertifikaten mit der „Gefahr der Verlagerung von CO₂ Emissionen“. Dieses Argument entfällt grundsätzlich durch einen Grenzausgleich, da dieser den Wettbewerbsnachteil ausgleicht, der die Ursache für das festgestellte leakage-Risiko ist. Zumindest der Teil der kostenlosen Zuteilung, der aufgrund der festgestellten leakage-Gefährdung gewährt wird, sollte demnach entfallen, sofern ein Grenzausgleich eingeführt wird. Eine kostenlose Vergabe von Emissionsberechtigungen wäre nur noch für die Herstellung von Exportgütern erforderlich, um Exporteuren die Kostenbelastung aus dem Emissionshandel und die damit verbundenen Einbußen bei der Wettbewerbsfähigkeit auf ausländischen Märkten auszugleichen. Eine darüber hinaus gehende kostenlose Zuteilung würde dagegen bedeuten, dass die Unternehmen doppelt begünstigt werden: die kostenlose Zuteilung würde einen vorgeblichen Nachteil ausgleichen, der tatsächlich bereits durch den Grenzausgleich behoben ist.

Diese Argumentation wird zusätzlich dadurch unterstützt, dass gemäß Artikel 10 a Abs. 12 die kostenlose Zuteilung von Zertifikaten ab 2013 und den folgenden Jahren bis 2020 „vorbehaltlich“ des Artikels 10 b erfolgt. Artikel 10 b Abs. 1 b) sieht die Möglichkeit vor, dass die Kommission Vorschläge zu einer EIE unterbreitet. Diese Regelung macht deutlich, dass der Richtliniengeber den Zusammenhang zwischen EIE und kostenloser Zuteilung erkannt hat, auch wenn der Begriff „vorbehaltlich“ für sich genommen eine Kombination zwischen EIE und kostenloser Zuteilung nicht ausschließt. Der Vorbehalt des Artikel 10 a Abs. 12 gebietet allerdings, dass die Wechselwirkungen zwischen EIE und kostenloser Zuteilung im Lichte des Normzwecks – Vermeidung von carbon leakage – berücksichtigt werden.

- **Kostenlose Zuteilung für Importeure:** Würde eine EIE eingeführt, während gleichzeitig heimischen Unternehmen eine kostenlose Zuteilung gewährt wird, müssten, um eine Gleichbehandlung zu gewährleisten, auch Importeure Anspruch auf eine kostenlose Zuteilung haben (s. oben 3.1.2.). Würde dies analog zum bestehenden Zuteilungsverfahren für heimische Anlagenbetreiber gehandhabt, wonach die Antragsteller umfangreiche, ggf. verifizierte Informationen über historische Produktions- und Emissionsvolumen beibringen müssen, würde dies den Verwaltungsaufwand für die EIE ins Unermessliche steigern (s. oben Abschnitt 3.1.).

Sollten sowohl die Zuteilungsentscheidung als auch die Abgabeverpflichtung für Importeure anhand von Benchmarks errechnet werden, würde die EIE zu einem starren Aufschlag pro Produkt: sowohl die Zuteilung als auch die Abgabeverpflichtung wäre pro importierter Produkteinheit vorgegeben, die Belastung entspräche der Differenz zwischen den Zuteilungs- und Abgabebenchmarks. Der Hersteller hätte demnach keinen Einfluss auf die Höhe seiner Zuteilung oder seiner Abgabeverpflichtung, und entsprechend keinen Anreiz, seine Emissionen pro Produkteinheit zu mindern. Für den diskutierten Fall, dass die EU-Zuteilungsbenchmarks verwendet werden, um die Höhe der Abgabepflicht für importierte Produkte zu bestimmen, ergäbe sich die absurde Situation, dass Importeure zunächst eine kostenlose Zuteilung gemäß Benchmark pro Produkteinheit erhielten, um in der Folge Emissionen gemäß demselben Benchmark zu begleichen. Die Wirkung des EIE wäre damit praktisch neutralisiert. Insgesamt sind in beiden Fällen Zweifel angebracht, ob die Anreizwirkung des EIE den Verwaltungsaufwand rechtfertigt.

- **Beihilfen für energieintensive und klimaschädigende Sektoren:** Im Fall des Emissionshandels sind derartige Beihilfen zwar für die Wirkung des Instruments zunächst unschädlich, da diese durch die Höhe des Caps bestimmt wird. Indem sie bestimmte Minderungspotenziale von der Wirkung des Preissignals ausnehmen, erhöhen sie aber insgesamt die Kosten der Zielerreichung: Nur wenn das Preissignal des Emissionshandels in allen Sektoren gleichermaßen zur Geltung kommt, führt der Emissionshandel dazu dass die günstigsten Minderungsmaßnahmen zuerst durchgeführt werden und die Kosten der Emissionsminderung insgesamt minimiert werden. Jede Ausnahme führt dazu, dass kostengünstige Minderungsmaßnahmen in einzelnen Sektoren ausbleiben. Da das Cap insgesamt fix ist, müssen stattdessen in anderen Sektoren teurere Minderungsmaßnahmen durchgeführt werden, was die Kosten der Zielerreichung in der Summe nach oben treibt. Solche Ausnahmen unterminieren die Glaubwürdigkeit des Instruments und schwächen so letztlich die Chancen für weitergehende Emissionsminderungen durch anspruchsvollere Caps in folgenden Jahren.
- **Beihilfen können Rechtfertigung einer GAM nach Artikel XX GATT unterlaufen:** Des Weiteren zu berücksichtigen, dass Beihilfen, deren Aufkommen aus einer GAM generiert wird, eine Rechtfertigung nach Artikel XX GATT untergräbt. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn die Einnahmen aus einer GAM in den allgemeinen Haushalt ohne spezifische umweltpolitische Zielrichtung fließen würden. Dies würde erst Recht gelten, wenn die Einnahmen aus einer GAM an besonders ineffiziente und umweltschädliche Sektoren weitergeleitet würden. Diese Art der Subventionierung würde die umweltpolitische Zielsetzung einer GAM unterminieren und ggf.

Schiedsgerichte veranlassen, die umweltpolitische Zielsetzung einer GAM insgesamt abzulehnen und die Maßnahme als verschleierten Protektionismus zu betrachten, mit der Folge, dass eine Rechtfertigung nach Artikel XX ausgeschlossen wäre.

- **Vermeiden von doppelten Belastungen.** Sowohl aus ökonomischen als auch aus welthandelsrechtlichen Gründen dürfen Importeure durch eine GAM nicht doppelt belastet werden. Um eine derartige Doppelbelastung zu vermeiden, wären die im Ausland entrichteten Abgaben und weitere Belastungen als Folge dortiger Klimaschutzinstrumente beim GAM anzurechnen, was in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten mit sich bringt.¹⁶³ Denn dazu wären belastbare Informationen über die in den einzelnen Herkunftsländern angewandten Klimaschutzinstrumente, ihre Wirkungen sowie über die dort bei der Herstellung der fraglichen Produkte verwendeten Produktionstechniken, die eingesetzten Brennstoffe und die emittierten CO₂-Mengen erforderlich. Auf Grundlage dieser (schwer erhältlichen) Informationen müsste auf belastbare Weise die durch Klimaschutzpolitik verursachten Zusatzkosten ermittelt werden, was bereits innerhalb der EU schwer ist.¹⁶⁴ Es wird ungleich schwerer, wenn nicht unmöglich in anderen Ländern eine belastbare Kalkulation zu erstellen.

6 Zusammenfassung und Bewertung

Zum Ausgleich von Wettbewerbsnachteilen, die der europäische Emissionshandel tatsächlich oder angeblich verursacht, werden direkte Kompensationen an betroffene Unternehmen und Grenzausgleichsmaßnahmen diskutiert. Zum Teil sind diese Maßnahmen bereits in geltendem Recht angelegt. Inwieweit diese Maßnahmen Wettbewerbsnachteile tatsächlich ausgleichen, ist umstritten. Weniger umstritten ist dagegen, dass die umweltpolitische Wirkung dieser Instrumente gering oder gar kontraproduktiv ist: Kompensationszahlungen an energieintensive Industrien sind aus Sicht der Umweltpolitik kontraproduktiv. Sie privilegieren den Verursacher und schwächen Anreize umweltfreundlicher zu produzieren. GAM können dazu führen, dass Handelsströme umgeleitet werden: durch eine GAM belastete Staaten könnten so auf die Einführung einer GAM reagieren, dass sie ihre Exporte nicht mehr mit dem eine GAM erhebenden Staat

¹⁶³ Hilbert, Berg, S. 9

¹⁶⁴ Hilbert, Berg, S. 9

abwickeln, sondern über einen Drittstaat, der nicht von der GAM erfasst ist. Es ist zudem zweifelhaft, ob eine GAM das Potenzial hat, andere Staaten zu ehrgeiziger Klimaschutzpolitik zu veranlassen. Zum Beispiel macht China – der erste Kandidat für eine GAM nach US amerikanischem Recht – 1/3 der globalen Stahlproduktion aus, exportiert aber nur 1 % in die USA.¹⁶⁵ Das größte umweltpolitische Potenzial hat im Grundsatz und je nach Ausgestaltung im Detail eine EIE, da hier – zumindest in der Theorie – der europäische Emissionshandel auch für Importeure gelten würde. Unbeschadet von diesen Einschränkungen erscheint es Konsens zu sein, dass direkte Kompensationen oder GAM helfen können, die politische Durchsetzbarkeit von Klimaschutz in den USA aber auch in der EU zu erhöhen.

Die rechtliche Prüfung der beiden Maßnahmengruppen, direkte Kompensation und GAM, haben eine Reihe von schwierigen Fragestellungen aufgeworfen. Direkte Kompensationen in Form von kostenlosen Zuteilungen sind dabei rechtlich weniger problematisch. Sowohl die kostenlose Zuteilung von Emissionsberechtigungen als auch direkte Ausgleichszahlungen sind – je nach Ausgestaltung im Detail – mit dem einschlägigen Beihilferecht vereinbar. Demgegenüber ist es sehr schwierig, eine GAM so zu gestalten, dass sie sowohl praktikabel als auch rechtmäßig ist. Für beide Maßnahmengruppen ist das GATT und das EU Recht der maßgebliche Prüfungsmaßstab; die Klimarahmenkonvention enthält keinen eigenen, weiter gehenden Regelungsgehalt.

Im Folgenden wird die Untersuchung im Einzelnen nach den geprüften Instrumenten zusammengefasst:

6.1 Direkte Kompensationen

Die **kostenlose Zuteilung von Emissionsberechtigungen** an energieintensive Sektoren bzw. Teilsektoren stellt weder nach dem EU Beihilferecht noch nach dem SCM Abkommen eine unzulässige Beihilfe dar. Die kostenlose Zuteilung ist keine Beihilfe iSd Artikels 107 Abs.1 EUV dar, da diese Maßnahme dem Emissionshandel immanent ist und daher keine unternehmensspezifische Unterstützung darstellt. Diese Einschätzung würde sich ändern, wenn die Europäische Kommission bei der Festlegung der Sektoren, die von einer kostenlosen Zuteilung profitieren, nicht alle betroffenen Sektoren gleichermaßen berücksichtigen würde. Nicht-berücksichtigte Sektoren könnten dann argumentieren, dass ihre Wettbewerber eine spezifische Beihilfe erhalten würden. Nach dem SCM-

¹⁶⁵ Houser, S. 3

Übereinkommen ist die kostenlose Zuteilung zwar eine Subvention, doch mangelt es ihr an der für die Zwecke dieses Übereinkommens erforderlichen Spezifität.

Finanziellen Ausgleichsmaßnahmen für durch den Emissionshandel entstandene Zusatzkosten sind grundsätzlich mit dem einschlägigen Beihilferecht vereinbar:

- **EU Beihilferecht:** Energiepreissubventionen und Ermäßigungen der auf den Verbrauch von elektrischem Strom anfallenden Steuern sind Beihilfen und als solche nach den EU-Beihilferegeln grundsätzlich verboten. Diese finanziellen Ausgleichsmaßnahmen sind aber mit dem Binnenmarkt vereinbar, wenn sie lediglich die (Netto-)Mehrkosten ausgleichen, die den Anlagen aus den von der Kommission ausgewählten energieintensiven Sektoren bzw. Teilsektoren durch höhere Strompreise entstehen. Diese (Netto-)Mehrkosten sind nach den „Ex-ante-Benchmarks“ iSd Artikels 10a Abs. 6 RL 2009/29/EG zu berechnen. Hinsichtlich Energiepreissubventionen dürfen die EU-Mitgliedstaaten solche finanziellen Ausgleichsmaßnahmen erst nach ihrer Genehmigung durch die Kommission gewähren; Steuerermäßigungen bedürfen dieser Genehmigung nicht.
- **WTO-Recht:** Finanzielle Ausgleichsmaßnahmen sind spezifische Subventionen gemäß dem SCM-Übereinkommen. Als solche sind diese Ausgleichsmaßnahmen grundsätzlich durch andere WTO-Mitglieder anfechtbar. Eine solche Anfechtung setzt aber den Nachweis im Einzelfall voraus, dass die betreffende Maßnahme sich tatsächlich nachteilig auf die Interessen eines anderen WTO-Mitglieds auswirkt, was bei einem Ausgleich für durch den Emissionshandel verursachte Zusatzkosten regelmäßig nicht der Fall sein dürfte.

6.2 Grenzausgleichsmaßnahmen

Die Einführung von Grenzausgleichsmaßnahmen, sei es durch Einbeziehung von Importeuren in den europäischen Emissionshandel oder durch eine tarifäre Belastung von Importen, ist mit einer Vielzahl von rechtlichen Problemen konfrontiert. Die Wahrscheinlichkeit der Rechtmäßigkeit steigt mit dem Maße seines Emissionsreduktionspotenzials und in dem Umfang wie der konkrete Einzelfall berücksichtigt wird. Insgesamt scheinen GAM aber vor einem unauflösbaren Dilemma zu stehen: die Wahrscheinlichkeit, eine GAM im Einklang mit dem WTO Recht zu gestalten, steigt mit der Berücksichtigung des Einzelfalls und dessen klimapolitischer Wirkung, gleichzeitig nimmt damit die praktische Umsetzbarkeit und politische Durchsetzbarkeit wie bei kommunizierenden Röhren ab. Pauschalierende Lösungen haben umgekehrt zwar den Vorteil, praktikabel zu sein, sind aber rechtlich problematisch und klimapolitisch weniger

ambitioniert, womit auch deren Vereinbarkeit mit dem GATT, insbesondere eine Rechtfertigung nach Artikel XX GATT, unwahrscheinlicher wird.

Im Einzelnen werden folgende Schlussfolgerungen gezogen:

6.2.1 Einbeziehung von Importeuren in den europäischen Emissionshandel

Die **Einbeziehung von Importeuren in den europäischen Emissionshandel** (EIE) ist eine politisch besonders intensiv diskutierte Variante einer GAM. Bei EIE werden die Importeure aus den Sektoren in den europäischen Emissionshandel grundsätzlich einbezogen, die nach der EU Emissionshandelsrichtlinie bereits erfasst sind. Die EIE würde Importeure verpflichten, die Menge Emissionsrechte bei Einfuhr nachzuweisen, wie sie von einem gleichartigen in der Gemeinschaft hergestellten Produkt verlangt werden. Aus der Verknüpfung einer EIE mit dem europäischen Emissionshandel und den Gleichbehandlungsgeboten des GATT folgt quasi automatisch, dass nur Produkte von solchen Sektoren erfasst werden können, die bereits vom europäischen Emissionshandel erfasst sind. Die Frage, wie viele Emissionsrechte der Importeur bei Einfuhr nachweisen muss, ist sowohl für die Rechtmäßigkeit als auch für die Vollzugsfähigkeit einer EIE die entscheidende Kernfrage.

Die größte Wahrscheinlichkeit von einem Schiedsgericht für WTO kompatibel gehalten zu werden, hätte eine EIE, die analog zum europäischen Emissionshandel ausgestaltet ist und von jedem Importeur auf Grundlage **individuell nachgewiesener Emissionen** die Menge erforderlicher Emissionsrechte berechnet. Soweit diese Methode sicherstellt, dass Importeure und heimische Wettbewerber identisch behandelt werden, d.h. die gleiche Menge Emissionsrechte zu gleichen Konditionen nachweisen müssen, ist eine Verletzung der Artikel I und III GATT grundsätzlich ausgeschlossen. Allerdings können Detailregelungen schwierige Rechtsfragen aufwerfen. Zudem ist der administrative Aufwand für diese Einzelfallregelung enorm; es stellt sich auch die Frage, inwieweit es überhaupt technisch möglich sein wird, den Emissionsnachweis in jedem Einzelfall in der Praxis umzusetzen. Bereits die Verifizierung der von einem Importeur behaupteten Emissionsmengen wird in der Praxis nur schwer möglich sein. Der europäische Emissionshandel macht durch unabhängige Gutachter verifizierte Emissionszahlen zur Grundlage der Zuteilung – es stellt sich die Frage, wie eine vergleichbare Verifizierung global durchgeführt werden kann.

Um diesen inhärenten Schwächen einer Einzelfallregelung zu begegnen, werden **pauschalierende Lösungen** vorgeschlagen. Diese Vorschläge lassen sich in zwei Gruppen unterteilen: einmal sind die Emissionen, wie sie im Herkunftsland anfallen,

Kalkulationsgrundlage, zum anderen sind die Emissionen im Bestimmungsland Grundlage der Berechnung. In die erste Gruppe fallen Vorschläge, Importeure in Länderlisten zu fassen, d.h. Ländern werden nach bestimmten, klimapolitisch relevanten Kriterien gelistet und Importeure aus diesen Ländern müssen Emissionsrechte nachweisen oder sind von einer solchen Pflicht ausgenommen. In die zweite Gruppe fallen Vorschläge, die anhand der Produktionsmethode im Bestimmungsland die Menge nachzuweisender Emissionsmengen berechnen.

Diese pauschalierenden Lösungsvorschläge sind mit einer Reihe von **praktischen und rechtlichen Schwierigkeiten** konfrontiert. Je nach Ausgestaltung müssen die folgenden Probleme gelöst werden. Alle Lösungen müssen den Anforderungen der Artikel I und III GATT entsprechen. Sofern eine Verletzung dieser Vorschriften vorliegt, können diese gem. Artikel XX GATT gerechtfertigt sein:

- **Effiziente oder bestverfügbare Technik:** Nach diesem Vorschlag müsste ein Importeur so viele Emissionsrechte erwerben, wie ein heimischer Hersteller benötigen würde, der die effizienteste oder bestverfügbare Technologie in der Produktion einsetzt. Dieser Vorschlag würde zwar den administrativen Aufwand erheblich reduzieren, wäre – u.a. – aber aus Umweltschutzsicht unbefriedigend, da sich die GAM dann auf relativ niedrigem Niveau bewegen würde und nur vergleichsweise geringe Anreizeffekte auf das Ausland hätten. Dieser Ansatz würde zudem nur in geringem Umfang potenzielle Wettbewerbsnachteile ausgleichen. Aus Sicht des Welthandelsrecht wirft dieser Vorschlag zudem eine Reihe erheblicher Schwierigkeiten auf:
 - **Artikel III Abs. 4 GATT:** Nach dem Verständnis der einschlägigen Rechtsprechung muss eine EIE sicherstellen, dass in *jedem Einzelfall* gleiche Wettbewerbsbedingungen für Importeur und heimischer Hersteller herrschen müssen, d.h. eine Gleichbehandlung von Importeuren und heimischen Herstellern im Durchschnitt genügt nicht den Anforderungen des Artikel III Abs.4. Vor dem Hintergrund dieses Verständnisses bestehen Zweifel, ob pauschale Ansätze so gestaltet werden können, dass sie gleiche Wettbewerbsbedingungen *im Einzelfall* gewährleisten können. Zwar könnte dieses System so gestaltet werden, dass sowohl Importeur als auch heimischer Hersteller seine Emissionen anhand von BVT oder ähnlichen Benchmarks nachweisen kann. Damit wäre zwar eine Gleichbehandlung sichergestellt, allerdings würde damit das Emissionshandelssystem insgesamt *ad absurdum* geführt, da für die Anlagen keinerlei Anreiz mehr bestünde die tatsächlichen Emissionen zu mindern. Eine derartige tiefgreifende Änderung der Richtlinie erscheint inhaltlich unsinnig und politisch unrealistisch.

Soweit nach dem europäischen Emissionshandel Härtefallregelungen für heimische Hersteller gelten, wie beispielsweise in § 6 Zuteilungsgesetz 2012 vorgesehen, müssen sie auch importierenden Wettbewerbern eingeräumt werden, was – je nach Umfang – die administrativen Erleichterungen eines Benchmarksystems wieder aufheben kann. Insofern könnte es aus Sicht des Welthandelsrechts erforderlich werden, Härtefallregelungen ganz zu vermeiden – allein um zum Beispiel gerichtliche Auseinandersetzungen mit Importeuren über vorgetragene Härtefälle zu vermeiden –, was sich aber negativ auf die politische Durchsetzbarkeit oder gar Verfassungsmäßigkeit des Emissionshandels auswirken kann.

- **Artikel XX:** Der Klimaschutz fällt unter Artikel XX b) oder g). Mit Blick auf die einschlägige Rechtsprechung muss eine EIE nachweisen können, dass sie vornehmlich dem Klimaschutz dient und nicht eine Maßnahme darstellt, die allein oder ganz überwiegend den Schutz europäischer Industrien bezweckt. Zwar muss eine EIE nicht in quantifizierter Form seine klimaschützende Wirkung belegen, es ist aber für die Frage der Rechtfertigung nach Artikel XX problematisch, wenn Studien die umweltpolitische Wirkung einer EIE in Zweifel stellen. Diese Problematik könnte besondere Bedeutung bei einer EIE gewinnen, die auf dem umweltpolitisch schwachen BVT Standard berechnet wird.

Eine EIE würde eine – nach dem Chapeau verbotene – „willkürliche und ungerechtfertigte Diskriminierung“ darstellen, wenn die Vorgaben des europäischen Emissionshandels nicht in identischer Weise für Importeure gelten würden. In der Konsequenz bedeutet dies, dass willkürliche und ungerechtfertigte Diskriminierung“ vorliegen würde, wenn klimapolitische Belastungen für die heimische Produktion abgemildert oder aufgehoben werden und eine derartige *de facto* Privilegierung gleichartigen Importen nicht gewährt wird. Eine derartige Diskriminierung würde auch vorliegen, wenn die Verhältnisse in dem jeweiligen Herkunftsland nicht ausreichend berücksichtigt würden und eine EIE eine Doppelbelastung des Importeurs nach sich ziehen würde, etwa weil der Importeur bereits im Herkunftsland Emissionsrechte nachweisen muss. Zudem hat das Schiedsgericht die US Maßnahmen zum Schutz von Meeresschildkröten für eine willkürliche und ungerechtfertigte Diskriminierung gehalten, da das Verfahren zur Länderklassifizierung intransparent war – diesen Einwand können etwa die gegenwärtig diskutierten US amerikanischen Gesetzesvorschläge nur schwer ausräumen.

- **Vorherrschende Produktionsmethode in der EU:** Dieses System würde analog zum BVT gestaltet werden, hätte aber den Vorteil, dass es die tatsächlichen

Belastungen besser abbildet, da es nicht von BVT ausgeht, sondern von der (weniger anspruchsvollen) vorherrschenden Produktionsmethode in der EU, mit der Folge, dass Importeure in der Regel mehr Emissionsrechte bei Einfuhr nachweisen müssen. Unabhängig von diesem Vorteil stellen sich die gleichen rechtlichen Schwierigkeiten. Zudem muss dieser Vorschlag den Begriff „vorherrschenden Produktionsmethode“ definieren und kann dabei, anders als bei dem Sevilla Prozess, nicht auf einen laufenden Prozess zurückgreifen.

- **Länderlisten:** Nach diesem Vorschlag werden für Importländer bestimmte durchschnittliche Emissionswerte geschätzt (durchschnittliche Emissionswerte pro BIP, Sektor oder Kopf) oder Importländer werden nach ihren internationalen Klimaschutzverpflichtungen kategorisiert. Aufgrund dieser Kriterien werden Listen mit den Ländern verfasst, deren Importeure Emissionsrechte nachweisen müssen oder nicht. Dieses System hat zum einen das Problem, dass es Importeure keinen Anreiz gibt, ihre Produktionsemissionen unterhalb des Länderdurchschnitts zu drücken. Zum anderen schafft es Anreize, Importe über Drittstaaten, deren Importeure keine Emissionsrechte nachweisen müssen, abzuwickeln. Neben diesen Schwierigkeiten ist die Vereinbarkeit dieses Modells mit dem GATT zweifelhaft:
 - **Artikel III Abs. 4 GATT:** Soweit eine EIE auf Grundlage von Länderlisten arbeitet, die Emissionsdurchschnittswerte pro Importland zur Berechnungsgrundlage machen, scheint es ausgeschlossen, eine individuelle Gleichbehandlung im Einzelfall sicherstellen zu können, wie es von Artikel III Abs. 4 GATT verlangt wird. Denn es ist nahezu unmöglich, die Klimaschutzpolitik eines Importlandes in einer Länderliste derart zu kondensieren, dass ein Importeur nicht mehr die Besonderheiten seines Einzelfalls oder Herkunftslandes geltend machen könnte.
 - **Artikel I GATT:** Diese Vorschrift verbietet sowohl eine *de jure* als auch eine *de facto* Diskriminierung von Importen aufgrund des Herkunftslandes. Damit erscheint eine differenzierte Behandlung von Importen auf Grundlage von Länderlisten mit dem Prinzip der Meistbegünstigung unvereinbar zu sein. Diesem Ergebnis kann auch nicht entgegen gehalten werden, dass eine Differenzierung aufgrund von Länderlisten tatsächlich nicht auf die Herkunft eines Produktes, sondern auf die jeweiligen nationalen Klimaschutzpolitiken abstelle. Diese Argumentation übersieht, dass Artikel I GATT auch *de facto* Diskriminationen verbietet. Sie unterstellt zudem, dass die nationalen Klimaschutzpolitiken in der Weise vergleichbar sind, dass sie Grundlage für eine nach Länderlisten differenzierte EIE sein könne.

- **Länderlisten mit Einzelfallprüfung:** Dieser Vorschlag basiert auf dem vorherigen, gibt aber Importeuren die Möglichkeit, eigene niedrigere Emissionen nachzuweisen. Dieses System schafft insofern einen Anreiz in effizientere Produktionsverfahren zu investieren, hat aber den Nachteil, dass es administrativ aufwendiger ist als ein System, das allein auf Länderdurchschnittswerte abstellt. Zudem hat dieses System den Vorteil, dass es einige Einwände gegen die WTO Kompatibilität des im vorherigen Punkt beschriebenen Länderlisten-System ausräumt.

6.2.2 Tarifäre Grenzausgleichsmaßnahme

Eine GAM kann auch als tarifäre Belastung von Importen ausgestaltet werden. Denkbar ist es, dass Importe in die Gemeinschaft mit einer Steuer oder Gebühr belastet werden, um eine klimapolitische Belastung gleichartiger heimischer Produkte auszugleichen. Derartige klimapolitische Belastungen können

- Abgaben, die in der Gemeinschaft auf in der Produktion verursachte Emissionen oder verbrauchte Energie erhoben werden (z.B. CO₂-Steuern),
- durch den Emissionshandel verursachte Kosten, sei es direkt durch Versteigerung, sei es indirekt durch erhöhte Strompreise,

Mit Blick auf diese Rechtsprechung kann argumentiert werden, dass Artikel II Abs. 2 a) GATT eine GAM in Form einer Abgabe nicht grundsätzlich verbietet. Allerdings muss hier berücksichtigt werden, dass das Schiedsgericht im Superfund Fall nicht klärte, ob die Chemikalien physisch im Endprodukt enthalten sein müssen oder nicht. Auch die *Working Party on Border Tax Adjustments* hat sich nicht zu dieser Frage geäußert. Insofern bleibt mit Blick auf diese von Rechtsprechung ungeklärte Frage die Unsicherheit bestehen, dass möglicherweise nur solche Belastungen ausgeglichen werden können, die an Stoffe anknüpfen welche weiterhin im Produkt enthalten sind. In diesem Fall dürfte eine Abgabe auf in der Produktion entstandene Emissionen nicht an der Grenze ausgeglichen werden. Unabhängig von der Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit von GAM, ist jede Ausgestaltung an den weiteren materiellen Maßgaben des GATT zu messen, d.h. insbesondere an Artikel III Abs. 2 GATT und Artikel I GATT.

Da es sich bei Abgaben auf Energieverbrauch während des Produktionsprozesses unstreitig um eine Steuer oder Gebühr handelt, ist Artikel III Abs. 2 erster Satz die maßgebliche Vorschrift. Das Merkmal der Gleichartigkeit i.S.d. Artikel III Abs. 2 Satz 1 GATT ist dabei so

zu verstehen, wie oben bei Artikel III Abs. 4 bereits dargestellt. Demnach dürfte eingeführte Erzeugnisse nicht höher belastet werden als gleichartige Erzeugnisse einheimischen Ursprungs. Gleichbehandlung bedeutet eine **identische Behandlung, d.h. auch die geringste Ungleichbehandlung ist verboten**. Für den Bereich der Abgaben bedeutet dies, dass die Abgabe auf importierte Produkte identisch mit der Abgabe auf das gleichartige heimische Produkt sein muss; die innere Abgaben dürfen nicht (im Geringsten) „höher sein als diejenigen, die die gleichartigen Erzeugnisse einheimischen Ursprungs direkt oder indirekt belasten“.¹⁶⁶ Bezogen auf die hier zu prüfende Abgaben auf den während der Produktion entstandenen Energieverbrauch oder die Emissionen bedeutet dies, dass der Energieverbrauch oder Emissionsmengen sowohl bei dem importierten als auch bei dem heimischen Produkt die maßgebliche Bemessungsgrundlage darstellt. Im Ergebnis muss eine GAM die gleichen Fragestellungen lösen wie eine EIE.

6.3 Zusammenwirken und Verhältnis zwischen den Privilegierungsvorschlägen

Eine Kombination zwischen kostenloser Zuteilung von Emissionsberechtigungen, finanziellen Ausgleichs- und Grenzausgleichsmaßnahmen wirft eine Vielzahl schwieriger Frage auf. Für das Verhältnis dieser Privilegierungsvorschläge ist zunächst von Bedeutung, dass mit einer GAM die Begründung für eine kostenlose Zuteilung und finanziellen Ausgleichsmaßnahmen grundsätzlich entfällt. Denn ein Grenzausgleich sollte grundsätzlich den Wettbewerbsnachteil ausgleichen, der die Ursache für das festgestellte leakage-Risiko ist und der somit den Grund für eine kostenlose Zuteilung von Emissionsrechten darstellt. Des Weiteren ist für das Verhältnis zwischen kostenloser Zuteilung und GAM wichtig, dass auch Importeure in den Genuss einer kostenlosen Zuteilung von Zertifikaten kommen müssen, wenn eine EIE eingeführt werden würde und gleichzeitig heimischen Unternehmen eine kostenlose Zuteilung gewährt werden würde. Diese Gleichbehandlung gebietet das Diskriminierungsverbot des Artikel III GATT, hätte aber zur Folge, dass der Verwaltungsaufwand für die EIE ins Unermessliche steigen würde. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass Beihilfen für energieintensive Unternehmen umweltpolitische problematisch sind und eine Rechtfertigung nach Artikel XX GATT untergraben können.

¹⁶⁶ "Even the smallest amount of 'excess' is too much", AB, *Japan – Alcoholic Beverages II*, S. 22. Vgl. auch Mavroidis, S. 148.

7 Referenzen

7.1 Rechtsprechungsverzeichnis

Appellate Body Report on United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, WT/DS2/AB/R, 20 May 1996

Appellate Body Report on Japan – Taxes on Alcoholic Beverages, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 4 October 1996

Appellate Body Report on Brazil – Measures Affecting Desiccated Coconut, WT/DS22/AB/R, 21 February 1997

Appellate Body Report on Canada – Certain Measures Concerning Periodicals, WT/DS31/AB/R, 30 June 1997

Appellate Body Report on Korea – Taxes on Alcoholic Beverages, WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R, 18 January 1999

Appellate Body Report on Chile – Taxes on Alcoholic Beverages, WT/DS87/AB/R, WT/DS110/AB/R, 13 December 1999

Appellate Body Report on Korea – Definitive Safeguard Measures on Imports of Certain Dairy Products, WT/DS98/AB/R, 14 December 1999

Appellate Body Report on Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry, WT/DS139/AB/R, 31 May 2000

Appellate Body Report on Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, 11 December 2000

Appellate Body Report on European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products, WT/DS135/AB/R, 12 March 2001

Appellate Body Report on United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (Implementation under Article 21.5), WT/DS58/RW/AB, 21 November 2001

Appellate Body Report on United States – Final Countervailing Duty Determination with respect to Certain Softwood Lumber from Canada, WT/DS257/AB/R, 19 January 2004

Appellate Body Report on European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries, WT/DS246/AB/R, 7 April 2004

Appellate Body Report on Dominican Republic – Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes, WT/DS302/AB/R, 25 April 2005

Appellate Body Report on Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres, WT/DS332/AB/R, 3 December 2007

Panel Report on Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper, WT/DS44/R, 31 March 1998

Panel Report on Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry, WT/DS139/R, 11 February 2000

Panel Report on Brazil – Export Financing Programme for Aircraft. Article 21.5, WT/DS46/RW, 9 May 2000

Panel Report on Argentina – Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather, WT/DS155/R, 19 December 2000

Panel Report on European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products, WT/DS135/AB/R, 12 March 2001

Panel Report on United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Article 21.5, WT/DS58/RW, 15 June 2001

Panel Report on Korea – Measures Affecting Trade in Commercial Vessels, WT/DS273/R, 7 March 2005

Panel Report on Mexico - Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages, WT/DS308/R, 23 March 2006

Panel Report on United States-Restriction on Imports of Tuna, GATT, BISD 39S/155, 3 September 1991

Panel Report on United States – Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances, GATT, BISD 34S/136, 17 June 1987

7.2 Literaturverzeichnis

Birnie, Patricia, Boyle, Alan; Redgwell, Cathrine (2009): International Law and the Environment, 3. Auflage

- Biermann, Frank and Brohm, Rainer, "Implementing the Kyoto Protocol without the USA: The Strategic Role of Energy Tax Adjustment at the Border". 4 *Climate Policy* (2005), p. 284
- Bordoff, Jason: *International Trade Law and the Economics of Climate Policy: Evaluating the Legality and Effectiveness of Proposals to Address Competitiveness and Leakage Concerns*, 2008
- Carbon Trust (2004) "The European Emissions Trading Scheme: Implications for Industrial Competitiveness" - <http://www.carbontrust.co.uk/publications/publicationdetail.htm?productid=CT-2004-04>
- Calliess, Christian; Ruffert, Matthias (Hrsg.): *EUV/EGV. Kommentar* (3. Aufl. 2007)
- de Cendra, Javier, "Can Emissions Trading Schemes be Coupled with Border Tax Adjustments? An Analysis vis-à-vis WTO-Law". 15 *Review of European Community & International Environmental Law* (2006), p. 131 - 145
- Charnovitz, Steve, "Trade and Climate: Potential Conflicts and Synergies", in: Joseph E. Aldy (ed.), "Beyond Kyoto: Advancing the International Effort against Climate Change", Arlington, 2003
- Cosbey, A. 2007. *Trade and Climate Change Linkages: A Scoping Paper produced for the Trade Ministers' Dialogue on Climate Change Issues. Held in conjunction with UNFCCC COP13, Kyoto Protocol MOP 3. Bali, Indonesia, December 8-9, 2007. Available at http://www.iisd.org/pdf/2007/trade_climate_linkages.pdf*
- Cosbey, A. 2008. *Border Carbon Adjustment. IISD Background Paper for the Trade and Climate Change Seminar, June 18-20, Copenhagen, Denmark.*
- Cosbey, A. and Tarasofsky, R. 2007. *Climate Change, Competitiveness and Trade. Chatham House. June. Available at http://www.chathamhouse.org.uk/publications/papers/download/-/id/495/file/9248_r0607climatechange.pdf and http://www.iisd.org/pdf/2007/climate_trade_competitive.pdf*
- Cossy, Mireille, "Determining "likeness" under the GATS: Squaring the Circle?". WTO staff working papers, ERSD 2006-8, http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/wpaps_e.htm
- Croome: *Guide to the Uruguay Round Agreements* (1999)
- Dhar, Biswajit; Das, Kasturi: *The European Union's Proposed Carbon Equalization System: Can it be WTO Compatible?*, 2009

EU-Kommission: Vademekum zum EU-Beihilfenrecht (Stand: 30. September 2008)

Fischer, Carolyn; K. Fox, Alan February 2009: Comparing Policies to Combat Emissions Leakage
Border Tax Adjustments versus Rebates

Graichen, Verena et al. (2008). „Impacts of the EU Emissions Trading Scheme on the industrial competitiveness in Germany“. Studie im Rahmen des UFoPlan-Projekts „Wissenschaftliche Begleitung und Beratung bei der Weiterentwicklung des europäischen Handels mit Treibhausgasemissionen im Rahmen der Überarbeitung der Emissionshandelsrichtlinie 2003/87/EG“ (FKZ 3707 41 501

Grave: Der Begriff der Subvention im WTO-Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen (2002)

Green, Climate Change, Regulatory Policy and the WTO, 8 (1) JIEL 2005, p. 143 (157).

Heidenhain, Martin (Hrsg.): Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts (2003)

Herrmann, Christoph; Weiss, Wolfgang; Ohler, Christoph: Welthandelsrecht (2. Aufl. 2007)

Hilbert, Jacqueline; Berg, Holger: Grenzsteuerausgleich für Mehrkosten infolge nationaler/europäischer Umweltschutzinstrumente - Gestaltungsmöglichkeiten und WTO-rechtliche Zulässigkeit

Hoerner, Andrew J., “The Role of Border Tax Adjustment in Environmental Taxation: Theory and U.S. Experience”. Working Paper presented at the International Workshop on Market-Based Instruments and International Trade, 19 March 1998, http://www.rprogress.org/publications/1998/BTA_1998.pdf

Hourcade, J.-C., Demailly, D., Neuhoff, K., Sato, M. 2007. Differentiation and Dynamics of EU ETS Industrial Competitiveness Impacts. Climate Strategies.

Houser, T., Bradley, R., Childs, B., Werksman, J., Heilmayr, R. 2008. Leveling the Carbon Playing Field. International Competition and US Climate Policy Design. Peterson Institute for International Economics and World Resources Institute, Washington D.C.

Howse, Robert and Regan, Donald, „The Product/Process Distinction – An Illusionary Basis for Disciplining “Unilateralism” in Trade Policy“. 11 European Journal of International Law (2000), S. 249 – 289

ICTSD: Competitiveness and Climate Policies: Is There a Case for Restrictive Unilateral Trade Measures? Information Note Number 16, December 2009

Ipsen, Knut (1999): Völkerrecht, 4. Auflage.

Ismer, Roland and Neuhoﬀ, Karsten, "Border tax adjustment: a feasible way to support stringent emission trading". 24(2) European Journal of Law and Economics (2007), S. 137 - 164

Ismer, R. and Neuhoﬀ, K, "Border Tax Adjustment: A Feasible Way to Address Non-Participation in Emission Trading". CMI Working Paper 36, January 2004, <http://www.econ.cam.ac.uk/electricity/publications/wp/ep36.pdf>

Jordan-Korte, Katrin; Stormy Mildner: Climate Protection and Border Tax Adjustment: Economic Rationale and Political Pitfalls of Current U.S. Cap-and-Trade Proposals FACET Analysis No. 1 – June 2008

Kerber, Markus C.: Klimapolitik versus Wettbewerb, FAZ vom 25. November 2009, S. 10

Kraemer, A., Hinteberger, F. and Tarasofsky, R. 2007. What Contribution can trade policy make towards combating climate change? http://www.ecologic.de/download/projekte/250-299/270-03/270-03_final_report.pdf

Lenz, Carl Otto; Borchardt, Klaus-Dieter (Hrsg.): EU- und EG-Vertrag. Kommentar (4. Aufl. 2006)

Lockwood, B. and Whalley, J. 2008. Carbon Motivated Border Tax Adjustments: Old Wine in Green Bottles? Working Paper 14025, NBER Working Paper Series, Cambridge, MA.

Makipaa, Arttu, Karsten Neuhoﬀ, Ralph Czarnecki, Michael Mehling, Nils Meyer-Ohlendorf, Stéphanie Monjon and Philippe Quirion, Ulrike Lehr and Christian Lutz. (2008). Competitive distortions and leakage in a world of different carbon prices Trade, competitiveness and employment challenges when meeting the post-2012 climate commitments in the European Union. July. Available at <http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/studies/download.do?file=21551>

Matsushita, Mitsuo; Schoenbaum, Thomas J.; Mavroidis, Petros C.: The World Trade Organization. Law, Practice, and Policy (2. Aufl. 2006)

Mavroidis, The General Agreement on Tariffs and Trade. A Commentary, 2005

Mestmäcker, Ernst-Joachim; Schweitzer, Heike: Europäisches Wettbewerbsrecht (2. Aufl. 2004)

McKibbin, Warwick J. and Peter J. Wilcoxon (2008). The Economic and Environmental Effects of Border Tax Adjustments for Climate Policy. The Brookings Institution.

Michael G. Morris und Edwin D. Hill, „Trade is the Key to Climate Change“, Energy Daily vom 20. Februar 2007, abrufbar unter <http://www.ujae.org/globalwarming/hill%20morris%20article%20in%20energy%20daily%20feb%2020%202007.pdf>

OECD: Cost-Effective Actions to Tackle Climate Change. Policy Brief, August 2009

Pauwelyn, Joost, “WTO Compassion or Superiority Complex? What to make of the WTO Waiver for “Conflict Diamonds””. 24 Michigan Journal of International Economic Law (2002 - 2003), p. 1177 - 1207

Pauwelyn, Joost, “The Unbearable Lightness of Likeness”, available at: www.law.duke.edu/fac/pauwelyn/pdf/unbearable_lightness.pdf

Pauwelyn, Joost, “U.S. Federal Climate Policy and Competitiveness Concerns: The Limits and Options of International Law”. Working Paper prepared by the Nicholas Institute for Environmental Policy Solutions, Duke University, April 2007 available at <http://www.nicholas.duke.edu/institute/internationaltradelaw.pdf>

Petersmann, International Trade Law and International Environmental Law: Environmental Taxes and Border Tax Adjustment in WTO Law and EC Law, in: Environmental Law, The Economy And Sustainable Development (ed. Revesz, Sands and Stewart), S. 127

Pitschas, Christian, “GATT/WTO Rules for Border Tax Adjustments and the Proposed European Directive Introducing a Tax on Carbon Dioxide Emissions and Energy”. 24 Georgia Journal of International & Comparative Law (1994-1995), p. 479 - 500

Potts, Jason, “The Legality of PPMs under the GATT: Challenges and Opportunities for Sustainable Trade Policy”. International Institute for Sustainable Development, 2008

Priess, Hans-Joachim; Berrisch, Georg (Hrsg.): WTO-Handbuch (2003)

Report of Working Party on Border Tax Adjustments, L/3464, 20 November 1970 available at <http://www.worldtradelaw.net/reports/gattpanels/bordertax.pdf>

Schulze, Reiner; Zuleeg, Manfred: Europarecht. Handbuch für die deutsche Rechtspraxis (2006)

Streinz, Rudolf (Hrsg.): EUV/EGV. Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 57 (2003)

Umweltbundesamt: Die Verlagerung von Produktion und Emissionen als Herausforderung für den Emissionshandel? (2008)

Van den Bossche, Peter: The Law and Policy of the World Trade Organization (2. Aufl. 2008)

Voigt, Christina, "WTO Law and International Emissions Trading: Is there Potential for Conflict?". 2(1) Carbon & Climate Law Review (2008), p. 54 - 66

Whalley, John: On the effectiveness of carbon-motivated border tax adjustments Asia-Pacific Research and Training Network on Trade Working Paper Series, No 63, March 2009, <http://www.unescap.org/tid/artnet/pub/wp6309.pdf>

Wofford, Carrie, "A Greener Future at the WTO: The Refinement of WTO Jurisprudence on Environmental Exceptions to GATT." 24 Harvard Environmental Law Review (2000), p. 563-592

Wolfrum, Rüdiger; Stoll, Peter-Tobias; Koebele, Michael (Hrsg.): WTO. Trade Reemedies. Max Planck Commentaries on World Trade Law (2008)

WTO: World Trade Report 2006. Subsidies, Trade and the WTO.

WTO-UNEP Report: Trade and Climate Change (2009)

Zarrilli, Simonetta, "Domestic Taxation of Energy Products and Multilateral Trade Rules: Is this a Case of Unlawful Discrimination?". 37(2) Journal of World Trade (2003), p. 359 – 394