

Teil 1: Klimaschutz im Luftverkehr im internationalen Kontext

Das Klimaschutzrecht im Luftverkehr ist in einen vielfältigen internationalen Kontext eingebettet. Die dafür relevanten Regelungen und Akteure werden in Teil 1 aufgearbeitet. Neben dem UNFCCC-Regime, das als völkerrechtliche Rahmenordnung fungiert und wichtige Parameter für den Luftverkehrssektor bereithält (dazu § 3), sind vor allem die ICAO (dazu § 4) und die EU (dazu § 5) diejenigen Akteure, die zentrale Regelungen für den Luftverkehr schaffen.

Als wichtiger Teil des viersäuligen Maßnahmenpakets der ICAO zum Klimaschutz für den internationalen Luftverkehr ist insbesondere das CORSIA hervorzuheben (dazu § 4 B.). Im Rahmen der klimapolitischen Anstrengungen der EU kommt vor allem dem LuftV-EU-EHS Bedeutung zu (§ 5 B.). Im Übrigen wird kurz auf die Einflussnahme der *International Air Transport Association* (IATA) auf die Regelsetzung der ICAO und der EU eingegangen (dazu § 6). Insgesamt bilden die verschiedenen Bausteine des internationalen Klimaschutzrechts für den Luftverkehr eine plurale Regelungsumgebung, die ihre Schatten für die in Teil 2 zu analysierenden Spannungslagen vorauswirft (dazu § 7).

§ 3 Das UNFCCC-Regime: Völkerrechtlicher Rahmen

Das UNFCCC-Regime¹¹⁵ gründet sich auf drei völkerrechtliche Verträge – die Klimarahmenkonvention aus dem Jahr 1992 (KRK)¹¹⁶, das Kyoto

115 Der Begriff „Regime“ betont dabei in Anlehnung an seine Verwendung in den Internationalen Beziehungen/Regimetheorie den auch dynamischen Charakter der vielfältigen Regelungsumgebung, für die völkerrechtliche Verträge Start- und nicht Endpunkt einer Entwicklung sind, *Bodansky/Brunnée/Rajamani International Climate Change Law*, 56; *T. Gehring Dynamic International Regimes*, 394 ff. Zum Begriff des Regimes als „durch eine Gesamtheit von Normen unterschiedlichen Ursprungs und unterschiedlicher Qualität, die von mehreren Staaten auf der Basis eines völkerrechtlichen Vertrages zur Regelung einer bestimmten Materie durch eigene Vertragsorgane geschaffen, angewendet und durchgesetzt werden“ im Kontext des Umweltrechts *H.E. Ott Umweltregime im Völkerrecht*, 43, zur Herleitung und Einordnung siehe S. 37 ff. Grundlegend

Protokoll aus dem Jahr 1997 (KP)¹¹⁷ und das Pariser Übereinkommen aus dem Jahr 2015 (PÜ)¹¹⁸ – sowie auf die Entscheidungen der Vertragsparteien dieser Verträge im Rahmen der Vertragsstaatenkonferenzen.¹¹⁹ Es bildet einen zentralen Baustein¹²⁰ des internationalen Klimaschutzrechts. Relevante Akteure im Umfeld des UNFCCC-Regimes sind die im Rahmen von Vertragsstaatenkonferenzen zusammenkommenden Staaten, die Vertragsparteien der Klimarahmenkonvention und ggf. des Kyoto-Protokolls sowie des Pariser Übereinkommens sind.¹²¹ Das UN-Klimasekretariat unterstützt die Staaten und wird im Rahmen des UNFCCC-Regimes administrativ und organisatorisch tätig.¹²²

Für den Luftverkehr schafft das UNFCCC-Regime den rechtlichen Rahmen der konkret klimaschützenden Regelungen der ICAO und der EU. Die einzelnen Bestandteile des UNFCCC-Regimes nehmen den Luftverkehr unterschiedlich stark in Bezug: teils in einzelnen Normen, wie in der Klimarahmenkonvention (dazu A.) und dem Kyoto-Protokoll (dazu B.), teils nur implizit wie im Pariser Übereinkommen (dazu C.) oder als wiederkehrendes, aber randständiges Thema im Rahmen der Verhand-

zur interdisziplinären Verknüpfung der Internationalen Beziehungen mit der Völkerrechtswissenschaft *Slaughter/Tulumello/Wood* AJIL 92 (1998), 367 ff., wie sie auch in diesem Sinne zur besseren Beschreibung der Rechtsstrukturen zum Tragen kommt, 375 ff.

116 United Nations Framework Convention on Climate Change 1992. New York, 09.05.1992. Inkrafttreten: 21.3.1994. 1771 UNTS 107.

117 Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change 1997. Kyoto, 11.12.1997. Inkrafttreten: 16.2.2005. 2303 UNTS 162.

118 Paris Agreement 2015. Paris, 12.12.2015. Inkrafttreten: 4.11.2016. FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1.

119 *Bodansky/Brunnée/Rajamani* International Climate Change Law, 10 f.

120 Daneben kommt einer Vielzahl nicht- und unter-staatlicher, sowie anderer multilateralen Akteure und auch nationalen und internationalen Spruchkörpern eine stetig wachsende Bedeutung zu, dazu im Überblick *dies.* International Climate Change Law, 258 ff.

121 Die Vertragsstaatenkonferenz ist Organ der Klimarahmenkonvention und der anderen Verträge, stellt aber keine Internationale Organisation dar, *Ruffert/Walter* Institutionalisiertes Völkerrecht, § 14 Rn. 694. Die UN-Generalversammlung stieß den Prozess zur Schaffung des UNFCCC 1991 zwar mit an, indem es das *Intergovernmental Negotiating Committee for a Framework Convention in Climate Change* (INC) schuf (UN-Generalversammlung, Resolution 45/212 v. 21.12.1990, A/RES/45/212), dazu *Bodansky* Yale Journal of International Law 18 (1993), 451, 473 f. Die Klimarahmenkonvention, das Kyoto-Protokoll und das Pariser Übereinkommen sind aber klassische völkerrechtliche und damit zwischenstaatliche Verträge.

122 Art. 8 Abs. 2 KRK.

lungen zur Weiterentwicklung des UNFCCC-Regimes (dazu D.). Nach einem kurzen Überblick über die jeweiligen Verträge (jeweils I.) liegt der Fokus der nachfolgenden Ausführungen auf denjenigen Regelungen, die speziell für den Luftverkehr relevant sind. Das abschließende Fazit setzt diese einzelnen Bausteine des UNFCCC-Regimes zu einem größeren Bild zusammen (dazu E.).

A. Klimarahmenkonvention

I. Überblick

Die Klimarahmenkonvention bildet das Fundament des UNFCCC-Regimes¹²³. Sie trifft als Rahmenabkommen, neben grundsätzlichen Verpflichtungen der Staaten zur Stabilisation der Treibhausgaskonzentration auf einem ungefährlichen Niveau¹²⁴ und grundlegenden (verfahrens-)rechtlichen und institutionellen Festlegungen¹²⁵, einige materielle Regelungen.¹²⁶ Damit folgt sie im Grundsatz der Logik eines „framework

123 *Bodansky/Brunnée/Rajamani* International Climate Change Law, 118; *Bodansky* Yale Journal of International Law 18 (1993), 451, 493 ff. weist in seiner sehr nuancierten Auseinandersetzung aber auch auf neben der rahmenschaffenden Charakterisierung bestehende materielle Gehalte der Klimarahmenkonvention hin.

124 Art. 2 KRK.

125 Insbesondere die allgemeinen Grundsätze in Art. 3 KRK (CBDRRC-Prinzip, Vorsorgeprinzip, Prinzip der nachhaltigen Entwicklung), die Verpflichtung zur Forschung, Beobachtung und Schaffung eines öffentlichen Bewusstseins in Art. 5, 6 KRK und die Schaffung der Vertragsstaatenkonferenz, Art. 7, eines Klimasekretariats in Art. 8 sowie von Unterorganen, Art. 9, 10 KRK und eines Finanzierungsmechanismus, Art. 11 KRK; Berichtspflichten, Art. 12 KRK; Prüfung der staatlichen Implementierung (Review) Art. 7 Abs. 2 KRK; Konsultation bzgl. Implementierung, Art. 13 KRK und Streitschlichtung, Art. 14 KRK. Dazu *Bodansky/Brunnée/Rajamani* International Climate Change Law, 118, 149 ff.

126 Insbesondere die Verpflichtung zur Überwachung und Berichterstattung der Menge der Treibhausgase in Art. 4, 12 KRK, zur Erarbeitung von Programmen zur Einsparung von Emissionen und zur finanziellen und technischen Unterstützung in Art. 11 KRK, *Bodansky* Yale Journal of International Law 18 (1993), 451, 496.

convention/protocol model“¹²⁷, nach der ein Rahmenabkommen die Basis für nachfolgende, inhaltlich detailliertere Protokolle bildet.¹²⁸

Als zentralen Grundsatz¹²⁹ des Regimes verankert Art. 3 Abs. 1 KRK das Prinzip der „gemeinsamen, aber unterschiedlichen Verantwortlichkeiten und respektiven Fähigkeiten“ (*common but differentiated responsibilities and respective capabilities* – CBDRRC-Prinzip). Der Grundsatz hebt einerseits die gemeinsame Verantwortung der Staatengemeinschaft hervor, dem Klimawandel als global verursachten Problem gemeinsam zu begegnen („common responsibilities“) und vergegenwärtigt andererseits, dass die Staaten dafür verschiedene Verursachungsbeiträge geliefert haben („differentiated responsibilities“) sowie unterschiedlich von den Auswirkungen betroffen und aufgrund ihres Entwicklungsstandes mit unterschiedlichen Fähigkeiten zur Problemlösung ausgestattet sind, die es zu berücksichtigen gilt („respective capabilities“).¹³⁰ Danach obliegt es vor allem den entwickelten Staaten, die in Annex 1 KRK aufgeführt sind,¹³¹ Maßnahmen zum Klimaschutz zu ergreifen. Sie sollen eine Führungsrolle einnehmen, während die besonderen Umstände der Entwicklungsländer stets zu berücksichtigen sind. Daran anschließend treffen die Annex I-Staaten besondere Verpflichtungen zur Mitigation und Berichterstattung über ihre Emissionen und zum unterstützenden Finanz- und Technologietransfer.¹³²

127 ders. Yale Journal of International Law 18 (1993), 451, 494.

128 Zu diesem Modell allgemein Bodansky/Brunnée/Rajamani International Climate Change Law, 57.

129 Rajamani Differential Treatment, 161 f. Weitere Prinzipien: Vorsorge- und das Nachhaltigkeitsprinzip, Art. 3 Abs. 3, 4 KRK.

130 Kellersmann Gemeinsame, aber differenzierte Verantwortlichkeit, 37 ff., zu Entstehung, Herleitung und Inhalt des Konzepts allgemein S. 39 ff., speziell zur Klimarahmenkonvention S. 142 ff., ferner Rajamani Differential Treatment, 13 ff., 176 ff.; Stoll/Krüger in: Proelß (Hrsg.) Internat. Umweltrecht, 9. Abschnitt Rn. 17. Mit Hinweis auf die widerstreitenden Implikationen der Betonung der „responsibilities“ (durch die Entwicklungsländer) oder der „capabilities“ (v.a. durch die USA) Bodansky/Brunnée/Rajamani International Climate Change Law, 27.

131 Österreich, Weißrussland, Belgien, Bulgarien, Kanada, ehemalige Tschechoslowakei, Dänemark, EU, Estland, Finnland, Frankreich, Deutschland, Griechenland, Ungarn, Island, Irland, Italien, Japan, Lettland, Litauen, Luxemburg, Niederlande, Neuseeland, Norwegen, Polen, Portugal, Rumänien, Russland, Spanien, Schweden, Schweiz, Türkei, Ukraine, Großbritannien und USA.

132 Art. 4 Abs. 2 KRK, Art. 12 Abs. 2 KP, Art. 4 Abs. 3-5, 8 KRK. Prozedurale Pflichten, insbes. zur Erstellung nationaler Verzeichnisse treffen alle Staaten (aber mit Flexibilitäten), Art. 4 Abs. 1 KRK. Vertieft Kellersmann Gemeinsame, aber differenzierte Verantwortlichkeit, 143 ff.; Rajamani Differential Treatment, 191 ff.

Damit wird eine dichotomisch-asymmetrische Differenzierung zwischen entwickelten Staaten und Entwicklungsländern konturiert.

Zu den zentralen Verpflichtungen, die die Emissionseinsparung betreffen,¹³³ zählt die Pflicht, jeweils emittierte Treibhausgasmengen zu überwachen und über die jeweiligen Mengen in nationalen Emissionsverzeichnissen zu berichten.¹³⁴ In den nationalen Emissionsverzeichnissen müssen gem. Art. 4 Abs. 1 lit. a KRK alle menschengemachten, emittierten Treibhausgase nach Quellen aufgeführt sowie deren Abbau verzeichnet werden.¹³⁵ Diese Verpflichtung gilt für alle Staaten, wobei das CBDRRC-Prinzip zu berücksichtigen ist. Die so gesammelten Informationen bilden die Wissensgrundlage für die (Fort-)Entwicklung der nationalen Einsparungsmaßnahmen.¹³⁶

II. Art. 4 Abs. 1 lit. c KRK: alle Verkehrssektoren

In Art. 4 Abs. 1 lit. c KRK wird der Verkehrssektor als einer der wichtigen Sektoren genannt, in denen die Entwicklung, Anwendung und Verbreitung von Technologien, Methoden und Verfahren zur Bekämpfung, Verringerung oder Verhinderung von anthropogenen Emissionen zu fördern ist.¹³⁷ Dabei wird nicht zwischen verschiedenen Verkehrsträgern¹³⁸ oder Verkehrsarten¹³⁹ differenziert. Die Regelungen der Klimarahmenkonvention erfassen damit grundsätzlich auch den Luftverkehr.

133 Die weiteren Verpflichtungen beziehen sich auf Adaption, finanzielle Unterstützung, Austausch von Technologien sowie Berichterstattung und Transparenz, dazu *Bodansky/Brunnée/Rajamani* International Climate Change Law, 135 ff.

134 *dies.* International Climate Change Law, 130.

135 Von der Erfassung ausgenommen sind, wie insgesamt im Rahmen des UNFCCC-Regimes die Gase, die vom Montreal Protokoll erfasst werden, Art. 4 Abs. 1 lit. b, c, d, Abs. 2 lit. a, b, e KRK.

136 *Yamin/Depledge* International Climate Change Regime, 94.

137 Art. 4 Abs. 1 lit. c KRK: „All Parties, taking into account their common but differentiated responsibilities and their specific national and regional development priorities, objectives and circumstances, shall:

(c) Promote and cooperate in the development, application and diffusion, including transfer, of technologies, practices and processes that control, reduce or prevent anthropogenic emissions of greenhouse gases not controlled by the Montreal Protocol in all relevant sectors, including the energy, transport, industry, agriculture, forestry and waste management sectors;”.

138 Denkbar wären: Straße, Schiene, Wasserstraße, Luftverkehr.

139 Denkbar wären: Öffentlicher oder privater Verkehr.

Im Übrigen wird keine Unterscheidung zwischen rein innerstaatlichen Luftverkehrsbewegungen (nationaler Luftverkehr) und zwischenstaatlichen Luftverkehrsbewegungen (internationaler Luftverkehr) getroffen. Vielmehr ist der Luftverkehr mit anderen möglichen Verkehrsträgern einheitlich erfasst.¹⁴⁰

III. Art. 4 Abs. 1 lit. a KRK: Unterscheidung nationaler – internationaler Luftverkehr

Diese einheitliche Erfassung wird allerdings bereits im Rahmen der Klimarahmenkonvention selbst relativiert. Während der nationale Luftverkehr wie auch die anderen Verkehrsträger mit Ausnahme des internationalen Schiffsverkehrs unproblematisch im Rahmen von nationalen Treibhausgasemissions-Verzeichnissen erfasst werden müssen, ist für den internationalen Luftverkehr eine besondere Behandlung vorgesehen. In den nationalen Emissionsverzeichnissen werden alle Emissionen aufgeführt, die auf dem eigenen Staatsgebiet entstehen. Die Zuordnung der Emissionen zu einem Staat erfolgt also nach dem Territorialitätsprinzip.¹⁴¹ Alle Vertragsstaaten der Klimarahmenkonvention müssen solche Verzeichnisse führen, regelmäßig aktualisieren und veröffentlichen.¹⁴² Diese Pflicht zur Erfassung in den nationalen Verzeichnissen auf Grundlage des Territorialitätsprinzips gilt ebenfalls für den nationalen Luftverkehr.¹⁴³

Der internationale Luftverkehr hingegen wird in diesen nationalen Verzeichnissen nicht zu den nationalen Gesamtmengen hinzugerechnet, sondern davon getrennt nur als Merkposten (so genanntes *Memo Item*) erfasst.¹⁴⁴ Für diese Erfassung werden die Emissionen demjenigen Staat zu-

140 In diese Richtung auch *Martinez Romera* Regime Interaction and Climate Change, 76; *Ahmad* Climate Change Governance International Aviation, 55.

141 *Erling* UPR 2006, 5.

142 Die Meldung erfolgt an das UNFCCC-Klimasekretariat und bezieht dabei die nationalen Fähigkeiten („capacities“) mit ein, Art. 12 Abs. 1 lit. a KRK.

143 2006 IPCC Guidelines for National Greenhouse Gas Inventories, Volume 2: Energy, Ch. 3, 57; ebenso bereits Revised 1996 IPCC Guidelines for National Greenhouse Gas Inventories, Vol. 2, Energy, 96; dazu *Erling* UPR 2006, 5.

144 Paragraph 4 FCCC/CP/1997/7/Add.1, 31; 2006 IPCC Guidelines for National Greenhouse Gas Inventories, Volume 2: Energy, Ch. 3, 57, 65; ebenso bereits Revised 1996 IPCC Guidelines for National Greenhouse Gas Inventories, Vol. 2, Energy, 3, 96.

geordnet, in dem der Treibstoff abgefüllt wurde.¹⁴⁵ Mit dieser Zuordnung soll jedoch nicht impliziert werden, dass dieser Staat dafür verantwortlich ist, die Emissionen, die durch die Treibstoffverbrennung hervorgerufen werden, durch seine nationalen Klimaschutzanstrengungen zu adressieren.¹⁴⁶ Hier liegt der wesentliche Unterschied zwischen der „normalen“ Erfassung, wie sie für den nationalen Luftverkehr und andere Verkehrsträger Anwendung findet und der Erfassung als *Memo Item* des internationalen Luftverkehrs. Art. 4 Abs. 1 lit. a KRK bildet damit die Grundlage für den „Sonderstatus“¹⁴⁷, der dem internationalen Luftverkehr gegenüber dem nationalen Luftverkehr und den Emissionen anderer (Verkehrs-)Sektoren im Rahmen des UNFCCC-Regimes zukommt.

B. Kyoto-Protokoll

I. Überblick

Das Kyoto-Protokoll (KP) füllt die Rahmenvorgaben der Klimarahmenkonvention näher aus. Es orientiert sich an den Grundvorgaben der Klimarahmenkonvention und nimmt insbesondere dessen Prinzipien und Grundverpflichtung zur Stabilisation des Treibhausgasniveaus auf.¹⁴⁸ Als tragendes Prinzip fungiert hier ebenso das CBDRR-Prinzip, wonach den entwickelten Staaten eine besondere Rolle zugeschrieben wird, klimaschützende Maßnahmen zu erbringen. Die insofern dichotomisch-asymmetrische Differenzierung zwischen entwickelten und sich entwickelnden Staaten wurde weiter verfestigt.¹⁴⁹ Damit übereinstimmend werden mit dem Kyoto-Protokoll nur den entwickelten Staaten konkrete mengenmäßige Einsparungsverpflichtungen für ihre Treibhausgasemissionen

145 Yamin/*Depledge* International Climate Change Regime, 84; Oberthür Climate Policy 3 (2003), 191, 193; Martinez Romera Regime Interaction and Climate Change, 75.

146 Martinez Romera RECIEL 25 (2016), 215, 217; Martinez Romera/van Asselt Journal of Environmental Law 27 (2015), 259, 262.

147 Erling UPR 2006, 5. Ähnliches gilt ansonsten nur für den internationalen Schiffsverkehr, dazu Martinez Romera Regime Interaction and Climate Change, 75. Yamin/*Depledge* International Climate Change Regime, 84 weisen auf definitorische und methodologische Schwierigkeiten hin, die aus dieser Unterscheidung zwischen nationalem und internationalem Luftverkehr erwachsen.

148 Erwgr. 2, 3, 4 KP. Vertragsparteien des KP können außerdem nur die Vertragsstaaten der KRK sein, Erwgr. 1 KP.

149 Maljean-Dubois RECIEL 25 (2016), 151.

auferlegt und konkrete Berichtspflichten und Durchsetzungsmaßnahmen vereinbart.¹⁵⁰ Für die EU beispielsweise, deren Staaten sich durch eine Lastenteilungsvereinbarung für eine gemeinschaftliche Erfüllung entschieden hatten,¹⁵¹ wurde eine Einsparungsverpflichtung von 8% gegenüber den Emissionen des Jahres 1990 vereinbart.¹⁵² Das Kyoto-Protokoll bildet damit die zweite Ebene des „framework convention/protocol model“. Die mengenmäßig festgelegten Einsparungsverpflichtungen galten im Verpflichtungszeitraum von 2008 bis 2012.¹⁵³ Darüber hinaus fanden zwar Verhandlungen und Entscheidungen über eine zweite Verpflichtungsperiode bis 2020 mit mengenmäßigen Verpflichtungen statt.¹⁵⁴ Mangels internationalen Konsenses konnten diese Veränderungen des Kyoto-Protokolls aber erst zum 31. Dezember 2020 in Kraft treten. Es bestand damit die längste Zeit kein gültiger völkerrechtlicher Vertrag, der die Verpflichtungen des Kyoto-Protokolls für die Zeit nach 2012 explizit fortführte.¹⁵⁵

Allerdings endete die Geltungswirkung des Kyoto-Protokolls selbst nicht mit Ende des Verpflichtungszeitraums im Jahr 2012. Vielmehr gilt das Kyoto-Protokoll grundsätzlich auch über den Verpflichtungszeitraum hinaus. Denn die Vertragsstaaten haben sich weder konsensual auf die Aufhebung des Kyoto-Protokolls geeinigt, noch das Abkommen inhaltlich vollständig durch das Pariser Übereinkommen von 2015 ersetzt oder durch

150 *Bodansky/Brunnée/Rajamani* International Climate Change Law, 160; *Kellersmann* Gemeinsame, aber differenzierte Verantwortlichkeit, 154 ff.

151 Im EU-Innenverhältnis wurde eine Quotierung vorgenommen, dernach einzelne Staaten (z.B. Deutschland, Dänemark und Luxemburg) größere Einsparungen übernehmen und so anderen, schwächeren EU-Staaten (z.B. Griechenland) einen größeren Spielraum verschaffen, siehe Art. 2 Abs. 2 iVm. Anlage II der Entscheidung des Rates 2002/358/EG, dazu *Durner* in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, UmweltVerfR, 1. UmweltVölkerR, Rn. 100. KOM-Entscheidung 2006/944/EG legt die genauen Emissionsmengen fest.

152 Annex B KP.

153 Art. 3 Abs. 1 KP.

154 Doha Amendment to the Kyoto Protocol von 2012, Decision 1/CMP.8, FCC/KP/CMP/2012/13/Add.1.

155 Dreiviertel der Vertragsstaaten des Kyoto-Protokolls mussten ihre Annahme erklären, Art. 2 Doha Amendment iVm Art. 21 Abs. 7, Art. 20 Abs. 4 KP. Von den notwendigen 144 Vertragsparteien haben dies erst zum 28.10.2020 genügend Staaten getan, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtsg_no=XXVII-7-c&chapter=27&clang=_en (letzter Abruf 02.02.2021). Teils wurden die Verpflichtungen vorläufig angewendet, so z.B. von der EU, *Bodansky/Brunnée/Rajamani* International Climate Change Law, 161.

einverständlichen Nichtgebrauch außer Kraft gesetzt.¹⁵⁶ Eine Ausnahme bilden die Verpflichtungen innerhalb des Kyoto-Protokolls, die für einen bestimmten Zeitraum vereinbart waren, insbesondere die mengenmäßigen Einsparungsverpflichtungen, die sich auf den Zeitraum von 2008 bis 2012 bezogen. Diese gelten nur für den vereinbarten Zeitraum. Bis zu einem etwaigen Austritt aus dem Protokoll sind seine Vertragsstaaten aber an diejenigen Vorschriften gebunden, die eine solche zeitliche Beschränkung nicht aufweisen.

II. Art. 2 Abs. 2 KP: Sonderbehandlung des internationalen Luftverkehrs

Um eine solche nicht zeitgebundene Regelung handelt es sich bei Art. 2 Abs. 2 KP, der als einzige Regelung im UNFCCC-Regime eine ausdrückliche Aussage zur Behandlung des Luftverkehrs macht.¹⁵⁷ Art. 2 Abs. 2 KP bestimmt:

“The Parties included in Annex I shall pursue limitation or reduction of emissions of greenhouse gases not controlled by the Montreal Protocol from aviation [...], working through the International Civil Aviation Organization [...], respectively.”

Zwar sieht der vorangegangene Absatz, Art. 2 Abs. 1 lit. a (vii) KP, vor, dass Emissionseinsparungen der entwickelten Staaten für den Transportsektor ebenso vorzusehen sind, ohne dass darin eine Unterscheidung zwischen den verschiedenen transportbezogenen Subsektoren getroffen wird. Diese Norm erfasst mit Blick auf Art. 3 Abs. 3 KP allerdings nur den nationalen Luftverkehr.¹⁵⁸ Art. 2 Abs. 2 KP trifft zudem eine speziellere Regelung für den Luftverkehr, die vorrangig zu berücksichtigen ist.¹⁵⁹ Diese Regelung bezieht sich nur auf den internationalen Luftverkehr (dazu 1.) und wirft Fragen hinsichtlich einer Kompetenzzuweisung an die ICAO auf, den Klimaschutz für den internationalen Luftverkehr exklusiv zu regeln (dazu

156 In Heranziehung von Art. 54 und Art. 59 WVK (Wiener Vertragsrechtskonvention, 23.5.1969, 1155 UNTS 331) umfassend *dies.* International Climate Change Law, 205 f.

157 *Erling Air & Space Law* 43 (2018), 371, 376 f.

158 Der internationale Luftverkehr ist nämlich gerade nicht Teil der nationalen Treibhausgas-Inventare, dazu *Herz* Einbeziehung Luftverkehr EU-EHS, 90.

159 So im Ergebnis auch *Ahmad* Climate Change Governance International Aviation, 55 f.

2.). Insgesamt erweist sich Art. 2 Abs. 2 KP damit als Schlüsselnorm für die Behandlung des Luftverkehrs durch das UNFCCC-Regime (dazu 3.).

1. Bezugspunkt internationaler Luftverkehr

Dem Wortlaut nach ist von Art. 2 Abs. 2 KP der Luftverkehr insgesamt – bestehend aus nationalem und internationalem Luftverkehr – adressiert. Der Wille der Vertragsstaaten dürfte sich jedoch nur auf die Regelung des internationalen Luftverkehrs beschränken. Denn nur für diesen, nicht aber für den innerstaatlichen Luftverkehr besitzt die ICAO Zuständigkeit.¹⁶⁰ Außerdem wurden die Emissionen des nationalen Luftverkehrs bereits durch die Klimarahmenkonvention von den nationalen Emissionsverzeichnissen erfasst, woran Art. 2 Abs. 2 KP nichts ändern sollte.¹⁶¹ Uneinigkeit, von welchem Staat die Emissionen zu adressieren sind, bestand nur mit Blick auf den internationalen Luftverkehr.¹⁶² Art. 2 Abs. 2 KP sollte also, trotz unpräzisen Wortlauts, nur den internationalen Luftverkehr erfassen.

Für den nationalen Luftverkehr gelten die Vorgaben des Kyoto-Protokolls in derselben Art und Weise wie für die Emissionen der sonstigen Sektoren. Insbesondere waren die Emissionen des nationalen Luftverkehrs Teil der mengenmäßigen Reduktionsverpflichtungen der entwickelten Annex 1-Staaten gem. Art. 3 Abs. 1 iVm Annex B KP. Die Emissionen des internationalen Luftverkehrs hingegen sollten weiter berichtet, aber nicht zu den nationalen Gesamtmengen hinzugerechnet und von den Mengenverpflichtungen der Annex 1-Staaten erfasst werden.¹⁶³ Damit setzt sich die Unterscheidung zwischen nationalem und internationalem Luftverkehr, für die die Klimarahmenkonvention den Grundstein gelegt hatte, auch im Rahmen des Kyoto-Protokolls fort. Dem internationalen Luftverkehr kommt hier ebenfalls eine Sonderbehandlung zu.¹⁶⁴

160 *Erling Air & Space Law* 43 (2018), 371, 375.

161 Zur Entstehung des Art. 2 Abs. 2 KP im Rahmen der Verhandlungen zur COP3, die sich nur auf den internationalen Luftverkehr bezog, siehe *Herz* Einbeziehung Luftverkehr EU-EHS, 90 ff.

162 *Piera* GHG emissions International Aviation, 43 f.

163 *Yamin/Depledge* International Climate Change Regime, 84 f.

164 *Erling Air & Space Law* 42 (2017), 1, 2 spricht mit Blick auf das UNFCCC-Regime insgesamt von einem „special status“ des Luftverkehrs.

2. Exklusive Kompetenzzuweisung an die ICAO?

Die konkreten Folgerungen aus dieser Sonderbehandlung werden kontrovers beurteilt. Während teils von einer Kompetenzzuweisung durch Art. 2 Abs. 2 KP an die ICAO ausgegangen wird, klimaschützende Regelungen für den internationalen Luftverkehr exklusiv zu treffen,¹⁶⁵ sehen andere die ICAO auf Grundlage von Art. 2 Abs. 2 KP eher als Verhandlungsforum und stehen dessen Exklusivität ablehnend gegenüber¹⁶⁶.

a) Kompetenzzuweisung

Als Argument für eine Übertragung der Kompetenz für den Bereich ‚Klimaschutz im Luftverkehr‘ wird die Formulierung „shall pursue“ des Art. 2 Abs. 2 KP angeführt.¹⁶⁷ Die Verwendung von *shall* deutet gemeinhin auf eine verbindliche Vorgabe hin. Jedoch ist der Wortlaut in der französischen¹⁶⁸ und spanischen¹⁶⁹ Version des Kyoto-Protokolls weniger verbind-

165 *ders.* UPR 2006, 5; *Piera* GHG emissions International Aviation, 42 ff.; wohl auch *Havel/Mulligan* Air & Space Law 37 (2012), 3, 25. Insbesondere ist dies auch die Ansicht der ICAO selbst, dazu *Kerr* Utrecht Law Review 16 (2020), 101, 108.

166 *Dobson* Netherlands International Law Review 67 (2020), 183, 187; *Martinez Romera* RECIEL 25 (2016), 215, 221; *Dejong* Asian Journal of International Law 2013, 163, 176; *Kulovesi* Climate Law 2 (2011), 535, 550; *Petersen* RECIEL 17 (2008), 196, 201 f.; *Pache* Einbeziehung LuftV in EU-EHS, Rechtsgutachten BMU April 2008, 5 f.; *Oberthür* in: *Oberthür/Gehring* (Hrsg.) Institutional Interaction, 53, 61; *van Asselt* in: *Hollo/Kulovesi/Mehling* (Hrsg.) Climate Change and the Law, 329, 344; *Herz* EmHandel Luftverkehr, 24; GA Kokott, Schlussanträge 6.10.2011 – C-366/10 – (ATA) Rn. 188.

167 *Erling* UPR 2006, 5; *ders.* Air & Space Law 43 (2018), 371, 375 f.; *Abmad* Climate Change Governance International Aviation, 55 f.; *Havel/Mulligan* Air & Space Law 37 (2012), 3, 25.

168 “Les Parties visées à l'annexe I **cherchent** à limiter ou réduire les émissions de gaz à effet de serre non réglementées par le Protocole de Montréal provenant des combustibles de soute utilisés dans les transports aériens et maritimes, en passant par l'intermédiaire de l'Organisation de l'aviation civile internationale et de l'Organisation maritime internationale, respectivement.” (*Hervorhebung durch die Verfasserin*).

169 “Las Partes incluidas en el anexo I **procurarán** limitar o reducir las emisiones de gases de efecto invernadero no controlados por el Protocolo de Montreal generadas por los combustibles del transporte aéreo y marítimo internacional trabajando por conducto de la Organización de Aviación Civil Internacional y

lich und muss außerdem mit Blick auf den Willen der Vertragsparteien interpretiert werden.¹⁷⁰

Nach dem Willen der Vertragsparteien des Kyoto-Protokolls war es das Ziel des Art. 2 Abs. 2 KP, einen Ausweg aus den im Rahmen des UNFCCC-Regimes ins Stocken geratenen Verhandlungen über die Adressierung der Emissionen des internationalen Luftverkehrs zu finden, ohne eine exklusive Zuständigkeit der ICAO zu begründen.¹⁷¹ Vielmehr sollte damit eine Arbeitsteilung zwischen ICAO und UNFCCC-Regime unter Einschluss einer beiderseitigen Kooperation etabliert werden.¹⁷²

Eine Kompetenzübertragung durch das Kyoto-Protokoll an die ICAO ist darüber hinaus gar nicht möglich, weil das UNFCCC-Regime und das ICAO-Regime in einem nicht-hierarchischen Verhältnis zueinander stehen, in dem eine Kompetenzzuweisung nicht vorgesehen ist.¹⁷³ Auch sind die Vertragsstaaten des Kyoto-Protokolls nicht identisch mit den Mitgliedstaaten der ICAO. Die USA sind dem Kyoto-Protokoll nicht beigetreten, Kanada ist im Jahr 2011 ausgetreten. Beide sind aber Mitglieder der ICAO. Einige ICAO-Staaten würden also, sollte tatsächlich eine Kompetenzzuweisung bestehen, an eine Regelung aus dem Kyoto-Protokoll gebunden, der sie nicht zugestimmt bzw. bei der sie ihre Zustimmung zurückgenommen haben.¹⁷⁴ Dies würde gegen das gewohnheitsrechtlich anerkannte *pacta*

la Organización Marítima Internacional, respectivamente.” (*Hervorhebung durch die Verfasserin*).

170 *Martínez Romera* Regime Interaction and Climate Change, 148; dies eingestehend auch *Havel/Mulligan* Air & Space Law 37 (2012), 3, 25 Fn. 92. Allgemein zur *ordinary meaning rule* als Ausgangspunkt der Auslegung völkerrechtlicher Verträge und den *canones Arnould* Völkerrecht, § 3 Rn. 228 ff.

171 *Oberthür* in: *Oberthür/Gehring* (Hrsg.) Institutional Interaction, 53, 61. *Herz* Einbeziehung Luftverkehr EU-EHS, 92 f. Vielmehr sollte der SBSTA weiter an einem Weg arbeiten, wie die Emissionen des internationalen Luftverkehrs in die nationalen Emissionsverzeichnisse einbezogen werden können, so Decision 2/CP.3, Paragraph 4 in FCCC/CP/1997/7/Add.1, 31, dazu *Yamin/Depledge* International Climate Change Regime, 85; *Kulovesi* Climate Law 2 (2011), 535, 550; *Martínez Romera/van Asselt* Journal of Environmental Law 27 (2015), 259, 263.

172 *Yamin/Depledge* International Climate Change Regime, 85; *Martínez Romera/van Asselt* Journal of Environmental Law 27 (2015), 259, 263; *Bodansky/Brunnée/Rajamani* International Climate Change Law, 263; *Petersen* RECIEL 17 (2008), 196, 202 stellt vor allem auf die Kooperation ab.

173 *Martínez Romera* Regime Interaction and Climate Change, 148.

174 GA Kokott, Schlussanträge 6.10.2011 – C-366/10 – (ATA), Rn. 175 ff.; *Martínez Romera* Regime Interaction and Climate Change, 148 f.

tertiis-Prinzip verstoßen.¹⁷⁵ Zudem ist eine Kompetenzzuweisung für den Bereich ‚Klimaschutz im Luftverkehr‘ gar nicht nötig, weil sich eine solche bereits aus dem Gründungsvertrag der ICAO, dem Chicagoer Abkommen (CA), selbst ableiten lässt.¹⁷⁶

b) Exklusivität

Darüber hinaus kann aus der Praxis der Vertragsstaaten¹⁷⁷ des Kyoto-Protokolls nicht abgeleitet werden, dass die ICAO zum alleinigen Forum für den Klimaschutz im internationalen Luftverkehr erhoben ist. Zwar sehen viele Staaten, nicht-staatliche Luftverkehrsakteure und die ICAO selbst die ICAO als geeignetes Forum.¹⁷⁸ Allerdings bleibt es auch nach Inkrafttreten des Kyoto-Protokolls Praxis der Annex 1-Staaten, über ihre Tätigkeiten im Rahmen der ICAO zu berichten.¹⁷⁹ Ferner erstattet die ICAO nach wie vor auf den Sitzungen des *Subsidiary Body for Scientific and Technological Advice* (SBSTA) als Unterausschuss der Vertragsstaatenkonferenz einen Bericht über ihre klimaschutzbezogenen Tätigkeiten. Zudem wurde der internationale Luftverkehr im Rahmen der Verhandlungen zum Pariser Übereinkommen erneut aufgegriffen.¹⁸⁰ Dies wäre nicht notwendig, wenn die Vertragsparteien davon ausgegangen wären, derartige Verhandlungen würden nun alleine im Rahmen der ICAO stattfinden. Der Bereich des internationalen Luftverkehrs spielt vielmehr weiterhin eine Rolle im Rahmen des UNFCCC-Regimes und wurde in der Praxis der Vertragsstaaten gerade nicht nur an die ICAO überantwortet.¹⁸¹

Zudem adressiert Art. 2 Abs. 2 KP mit den Annex 1-Staaten nur einen kleineren Teil der gesamten Staatengemeinschaft. Demgegenüber werden von Regelungen der ICAO beinahe alle Staaten betroffen,¹⁸² ohne dass

175 Normiert in Art. 34 WVK. Vukas in: MPEPIL, Treaties, Third-Party Effect, Rn. 2. Arnould Völkerrecht, § 3 Rn 212.

176 Martinez Romera Regime Interaction and Climate Change, 149 f. Zur Ableitung aus dem Chicagoer Abkommen unten § 4 A.II., S. 79 ff.

177 Diese ist gem. Art. 31 Abs. 3 lit. b WVK relevant für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge.

178 Piera GHG emissions International Aviation, 44 f.

179 Yamin/Depledge International Climate Change Regime, 85.

180 Dazu sogleich ausführlicher § 3 C., S. 68 ff.

181 Kulovesi Climate Law 2 (2011), 535, 550.

182 Beim Chicagoer Abkommen handelt sich mit Blick auf die Mitgliedschaft fast aller Staaten um universelles Völkervertragsrecht; die ICAO ist dem Gleichbehandlungsgebot unterworfen, siehe unten § 4 A.I., S. 76 ff.

eine vergleichbare Unterscheidung zwischen entwickelten Staaten und Entwicklungsländern getroffen wird.¹⁸³ Was im Rahmen der ICAO entschieden wird, geht damit über die in Art. 2 Abs. 2 KP ins Auge gefasste Adressierung des internationalen Luftverkehrs hinaus. Es erfasst neben den entwickelten Staaten auch die Entwicklungsländer.¹⁸⁴

Schließlich spricht der Gesamtkontext¹⁸⁵ des UNFCCC-Regimes gegen eine exklusive Zuweisung des Klimaschutzes im internationalen Luftverkehr an die ICAO. Denn die Ziele des UNFCCC-Regimes sind zuletzt durch das Pariser Übereinkommen aktualisiert und auf ein sehr ambitioniertes deutlich unter 2 Grad-Ziel ausgerichtet worden. Zusätzliche Klimaschutzmaßnahmen neben solchen der ICAO würden die Erreichung dieses Ziels unterstützen. Ein Verbot solcher Maßnahmen wäre der Zielerreichung hingegen eher abträglich.¹⁸⁶ Ein multilaterales Vorgehen für den Klimaschutz im Luftverkehr ist damit durchaus Ziel des Art. 2 Abs. 2 KP, kann aber kein Maßstab für die völkerrechtliche Zulässigkeit darüberhinausgehender unilateraler Maßnahmen sein, insbesondere weil das Vorgehen der ICAO im Klimaschutz hier lange Zeit wenig ambitioniert war.¹⁸⁷

Aus Art. 2 Abs. 2 KP kann damit nur abgeleitet werden, dass die übrigen Regelungen des Kyoto-Protokolls nicht für den internationalen Luftverkehr gelten sollen, nicht aber, dass die ICAO exklusiv für den Klimaschutz im internationalen Luftverkehr zuständig sein soll.¹⁸⁸

183 In diese Richtung auch *Martinez Romera* Regime Interaction and Climate Change, 150; GA Kokott, Schlussanträge 6.10.2011 – C-366/10 – (ATA) Rn. 181.

184 Unterscheidungen in der konkreten Art der Adressierung sind aber möglich, dazu § 8 B., S. 182 ff.

185 Dieser ist gem. Art. 31 Abs. 1, 2 WVK für die Auslegung von Völkervertragsrecht relevant.

186 *Pache* Einbeziehung LuftV in EU-EHS, Rechtsgutachten BMU April 2008, 5; *Herz* Einbeziehung Luftverkehr EU-EHS, 118; *Martinez Romera* Regime Interaction and Climate Change, 147; in diese Richtung auch *Dobson* Netherlands International Law Review 67 (2020), 183, 187.

187 GA Kokott, Schlussanträge 6.10.2011 – C-366/10 – (ATA) Rn. 178; *Herz* Einbeziehung Luftverkehr EU-EHS, 119; *Pache* Einbeziehung LuftV in EU-EHS, Rechtsgutachten BMU April 2008, 6 bewertet einen etwaigen Widerspruch gegen anderweitig getroffene Maßnahmen daher als „rechtsmissbräuchlich oder im Widerspruch zum eigenen Vorverhalten“.

188 *van Asselt* in: Hollo/Kulovesi/Mehling (Hrsg.) Climate Change and the Law, 329, 344.

3. Bilanz zu Art. 2 Abs. 2 KP

Art. 2 Abs. 2 KP stellt die Weichen für die Adressierung des Luftverkehrs im Rahmen des UNFCCC-Regimes: Er schreibt der ICAO eine wichtige Rolle für den Klimaschutz im internationalen Luftverkehr zu.¹⁸⁹ Eine Kompetenzzuweisung an die ICAO geht damit aber nicht einher. Diese wird von den ICAO-Staaten selbst im Rahmen der ICAO vorgenommen. Ferner kann aus Art. 2 Abs. 2 KP nicht geschlussfolgert werden, dass die ICAO den Klimaschutz im internationalen Luftverkehr alleine und exklusiv regeln soll. Vielmehr wird die ICAO als präferiertes Forum für Fortschritte bei der Regulierung des Klimaschutzes im Luftverkehr benannt und als solches gebeten, konkret tätig zu werden, was bei Schaffung des Kyoto-Protokolls noch nicht der Fall war.¹⁹⁰

Seit dem Jahr 2016 entsteht nun aber eine neue Hintergrundfolie, vor der Art. 2 Abs. 2 KP zu lesen ist – spätestens mit der Schaffung und Operationalisierung des CORSIA wird die ICAO im Bereich des Klimaschutzes konkret tätig. Dabei agierte die ICAO nicht nur als Verhandlungsforum, sondern setzte durch *soft law* und Völkersekundärrecht¹⁹¹ selbst Regelungen für ihre Mitgliedstaaten. Die Implikationen des Art. 2 Abs. 2 KP für das Verhältnis zwischen dem UNFCCC-Regime, CORSIA und EU-EHS müssen daher aktualisiert werden (dazu Teil 2).

C. Pariser Übereinkommen

I. Überblick

Das Pariser Übereinkommen (PÜ) aus dem Jahr 2015 ist die neueste konkretisierende Ausfüllung der Klimarahmenkonvention.¹⁹² Es ist das Ergebnis eines langjährigen und auch von Rückschlägen, insbesondere auf der Vertragsstaatenkonferenz in Kopenhagen im Jahr 2009,¹⁹³ geprägten

189 Martinez Romera/van Asselt *Journal of Environmental Law* 27 (2015), 259, 263.

190 GA Kokott, Schlussanträge 6.10.2011 – C-366/10 – (ATA) Rn. 182; Oberthür in: Oberthür/Gehring (Hrsg.) *Institutional Interaction*, 53, 61 spricht von einem “implicit request”.

191 Dazu unten § 4 B.II.3., S. 105 ff.

192 Es wird durch die Paris COP Decision ergänzt; Übereinkommen und COP Decision bilden den „Paris Outcome“, dazu Doelle *Climate Law* 6 (2016), 1, 3, 5.

193 Bodansky *AJIL* 104 (2010), 230 ff.; Dubash/Rajamani *Climate Policy* 10 (2010), 593 ff.

Verhandlungsprozesses,¹⁹⁴ an dessen Ende eine umfassende Zustimmung der Staaten erzielt werden konnte.¹⁹⁵ Beim Pariser Übereinkommen handelt es sich um einen völkerrechtlichen Vertrag, der sich aus Regelungen mit unterschiedlichen Verbindlichkeiten zusammensetzt.¹⁹⁶ Mit ihm wird das langfristige Ziel verfolgt, die Erderwärmung auf deutlich unter 2 Grad zu begrenzen und Anstrengungen fortzusetzen, diese auf 1,5 Grad zu beschränken.¹⁹⁷

Um dieses langfristige Ziel zu erreichen, wird in Abkehr von den inhaltlichen und konzeptionellen Modalitäten des Kyoto-Protokolls überwiegend ein *bottom up*-Ansatz mit besonderem Augenmerk auf prozeduralen statt inhaltsbezogenen Verpflichtungen gewählt.¹⁹⁸ Geschaffen wird ein System staatlicher Selbstverpflichtungen, die durch einen Transparenzrahmen und spezielle Erfüllungshilfen und -kontrolle abgesichert werden:¹⁹⁹ Jeder Vertragsstaat des Pariser Übereinkommens ist verpflichtet, bestimmte nationale Einsparungsziele in sogenannten *national determined contributions* (NDCs) festzulegen und nationale Maßnahmen zu ergreifen, mit dem Ziel, die selbstgesteckten Ziele zu erreichen.²⁰⁰ Die NDCs müssen alle fünf Jahre aktualisiert und in einem Register des UNFCCC-Sekretariats veröf-

194 Dazu umfassend Bodansky AJIL 110 (2016), 288, 291 ff.; Doelle Climate Law 6 (2016), 1, 6 ff.

195 Aktuell haben 195 Staaten das Abkommen unterzeichnet, 191 Staaten sind Vertragsparteien (Stand 28.06.2021), https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=XXVII-7-d&chapter=27&clang=en#4.

196 Bodansky AJIL 110 (2016), 288, 296 f.; Oberthür/Bodle Climate Law 6 (2016), 40 ff.; Rajamani Journal of Environmental Law 28 (2016), 337, 352 ff. unterscheidet zwischen hard obligations, soft obligations und non-obligations; ebenso Nüchel ZUR 2017, 525, 525 ff. A.A. bzgl. der Einordnung als völkerrechtlichem Vertrag wohl Slaughter Paris Approach to Global Governance, Project Syndicate, online, Dezember 2015.

197 Jeweils gegenüber dem vorindustriellen Niveau, Art. 2 Abs. 1 lit. a PÜ. Zur Bedeutung insbesondere des 1,5 Grad-Ziels Doelle Climate Law 6 (2016), 1, 8. Rajamani International and Comparative Law Quarterly 65 (2016), 493, 496 spricht von einer „ambitious direction of travel“ für das UNFCCC-Regime.

198 Doelle Climate Law 6 (2016), 1, 2; Franzius ZUR 2017, 515, 518. Rajamani International and Comparative Law Quarterly 65 (2016), 493, 497. Auch vor dem Pariser Übereinkommen konnte das UNFCCC-Regime aber nicht als reiner top-down Ansatz verstanden werden, sondern war stets Hybrid mit bottom-up Einschlüssen, van Asselt/Zelli in: Jordan u.a. (Hrsg.) Governing Climate Change 2018, 29, 30 f. Zur rechtlichen Einordnung des Pariser Übereinkommens Rajamani Journal of Environmental Law 28 (2016), 337, 342 ff., die die einzelnen Regelungen den Kategorien hard-, soft- und non-obligations zuordnet.

199 Franzius ZUR 2017, 515, 519 f.; Doelle Climate Law 6 (2016), 1, 4.

200 Art. 4 Abs. 2 PÜ.

fentlicht werden.²⁰¹ Daraus ergibt sich nur eine Handlungsverpflichtung („obligation of conduct“) zur Aufstellung und Verfolgung, jedoch keine über Treu und Glauben hinausgehende ergebnisverbindliche „obligation of result“, diese Ziele zu erreichen.²⁰² Die in einem NDC erklärten Beiträge stellen keine völkerrechtlichen Verbindlichkeiten iSv *hard law* dar.²⁰³ Der jeweilige Akteur begründet durch seinen NDC aber jedenfalls eine Erwartung, dass er diese Beiträge grundsätzlich erbringen wird.²⁰⁴ Es wird außerdem nachdrücklich erwartet („will represent a progression“), dass das Ambitionsniveau eines Staates in nachfolgenden NDCs erhöht wird (*no backsliding*).²⁰⁵ Die Verpflichtung zur NDC-Erstellung und Aktualisierung gilt grundsätzlich für alle Staaten, wobei die Berücksichtigung der gemeinsamen, aber unterschiedlichen Verantwortlichkeiten und respektiven Fähigkeiten im Lichte unterschiedlicher nationaler Umstände Flexibilitäten ermöglicht.²⁰⁶

Damit wird die strenge, dichotomisch-asymmetrische Unterscheidung zwischen entwickelten Staaten und Entwicklungsländern der Klimarahmenkonvention und des Kyoto-Protokolls durch eine flexiblere und situationsbezogene Spielart des CBDRRRC-Prinzips ersetzt, die für jeden der Abschnitte in eigener Art und Weise ein besonderes Augenmerk auf die unterschiedlichen nationalen Gegebenheiten legt.²⁰⁷ Diese Entwicklungen werden insgesamt verhalten positiv bewertet, aber auch als Experiment gesehen, das seine Geeignetheit erst noch unter Beweis stellen muss.²⁰⁸

201 Art. 4 Abs. 9 PÜ.

202 Böhringer ZaöRV 76 (2016), 753, 780 f.; *Rajamani* International and Comparative Law Quarterly 65 (2016), 493, 497 f.

203 Böhringer ZaöRV 76 (2016), 753, 780.

204 Bodansky AJIL 110 (2016), 288, 304; *Rajamani* International and Comparative Law Quarterly 65 (2016), 493, 497 f.

205 Art. 4 Abs. 3 PÜ. *Rajamani* International and Comparative Law Quarterly 65 (2016), 493, 500 f.; mit umfassender Auslegung *Rajamani/Brunnée* Journal of Environmental Law 29 (2017), 537 ff.

206 Art. 4 Abs. 2, 3 PÜ.

207 Doelle Climate Law 6 (2016), 1, 5; *Maljean-Dubois* RECIEL 25 (2016), 151, 153 ff.

208 Doelle Climate Law 6 (2016), 1, 16; *Bodansky/Brunnée/Rajamani* International Climate Change Law, 249 f. *Rajamani* International and Comparative Law Quarterly 65 (2016), 493, 509 ff.; *Maljean-Dubois* RECIEL 25 (2016), 151, 159.

II. Implizite Aussagen zum Luftverkehr

Weder der nationale noch der internationale Luftverkehr werden im Pariser Übereinkommen explizit erwähnt.²⁰⁹ Der nationale Luftverkehr ist nach dem bereits aus dem Kyoto-Protokoll bekannten Modus aber auch ohne explizite Nennung Teil der nationalen Emissionen und erfährt insofern die gleiche Behandlung wie die Emissionen aus anderen Sektoren. Mit Blick auf die Mitigationsverpflichtungen der Staaten bedeutet dies, dass der nationale Luftverkehr im Rahmen einer NDC berücksichtigt wird.

Für den internationalen Luftverkehr hingegen wird die bereits etablierte Sonderbehandlung weiter fortgeführt. Im Rahmen der Verhandlungen des Pariser Übereinkommens spielte der internationale Luftverkehr gemeinsam mit dem internationalen Schiffsverkehr ausdrücklich eine Rolle. Die beiden Subsektoren wurden zeitweise sogar gesondert von den übrigen Sektoren in Entwürfe des Vertragstextes einbezogen.²¹⁰ Diese Textteile wurden jedoch kurz vor Abschluss der Verhandlungen in Paris aus dem Entwurf des Vertragstextes entfernt, um die Verhandlungen auf zentrale Verhandlungsgegenstände konzentrieren zu können.²¹¹ Der finale Vertragstext des Pariser Übereinkommens enthält damit keine expliziten Aussagen zum internationalen Luftverkehr.

Aussagen zum internationalen Luftverkehr ergeben sich damit nur implizit: Art. 4 Abs. 4 PÜ spricht von „economy-wide absolute emission reduction targets“, die verfolgt werden sollen und erkennt damit die Einbeziehung aller Sektoren – und damit auch des Luftverkehrs – in die Mitigationsziele an.²¹² Dagegen enthält das Pariser Übereinkommen keine dem Art. 2 Abs. 2 KP vergleichbare Regelung, die die ICAO als Handlungsforum benennt. Daraus ist jedoch nicht zu folgern, dass die Vertragsstaaten mit dem Pariser Übereinkommen den Bereich des internationalen Luftver-

209 So auch *Martinez Romera* Regime Interaction and Climate Change, 77; *Dobson* Netherlands International Law Review 67 (2020), 183, 187; *Hardach* in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, UmwR Bes. Teil 4, 5. Handel mit EmBer § 11 TEHG Rn. 3.

210 In FCCC/ADP/2015/1, Paragraph 116 als Finanzierungsquelle für den Adaptation Fund; in FCCC/ADP/2015/L.6/Rev.1, Paragraph 20 werden die beiden Subsektoren erwähnt und eine Adressierung ihrer Emissionen im Rahmen der ICAO und International Maritime Organization (IMO) angesprochen.

211 „Politics of omission“, umfassend dazu *Martinez Romera* RECIEL 25 (2016), 215, 219 f.

212 *T&E Briefing Aviation & Shipping, NDCs*, Mai 2018.

kehrs wieder stärker an sich gezogen haben. Insbesondere lässt sich nicht annehmen, dass im hochkontroversen Bereich des internationalen Luftverkehrs ohne ausdrückliche Aussage im Vertragstext verpflichtend Maßnahmen für den internationalen Luftverkehr in den NDCs vorzusehen sind. Vielmehr wird am *status quo* festgehalten, den das Kyoto-Protokoll geschaffen hat.²¹³ Trotzdem möglich ist es grundsätzlich, den Luftverkehr umfassend in einen NDC aufzunehmen.²¹⁴ Insofern besteht, wie gezeigt,²¹⁵ keine exklusive Kompetenz der ICAO.

III. Fortgeltung von Art. 2 Abs. 2 KP neben dem Pariser Übereinkommen

Weiterhin verhält sich das Pariser Übereinkommen nicht explizit zu der Frage, welche Relevanz Art. 2 Abs. 2 KP in Zukunft zukommt. Da das Ende des Verpflichtungszeitraums des Kyoto-Protokolls im Jahr 2012, wie ausgeführt,²¹⁶ nicht mit dem Geltungsende des Art. 2 Abs. 2 KP gleichgesetzt werden kann und auch das Pariser Übereinkommen das Kyoto-Protokoll insofern nicht ersetzt, bleiben die Aussagen des Art. 2 Abs. 2 KP gültig.²¹⁷ Die komplexen Vorgaben des Kyoto-Protokolls für den internationalen Luftverkehr haben damit weiter Bestand.

D. Weitere Entwicklungen im Rahmen des UNFCCC-Regimes

Der internationale Luftverkehr ist in das Verfahren zur Fortentwicklung des UNFCCC-Regimes einbezogen. Im Rahmen der in der Regel jährlich im Winter stattfindenden Vertragsstaatenkonferenzen (*Conferences of the Parties* – COPs²¹⁸) und den jährlich im Frühsommer stattfindenden

213 *Dobson* Netherlands International Law Review 67 (2020), 183, 206.

214 *Martinez Romera* RECIEL 25 (2016), 215, 222. Mit entsprechender Forderung zur Berücksichtigung *Lyle* Climate Law 8 (2018), 104, 122 ff.; *Murphy* in: Fichert/Forsyth/Niemeier (Hrsg.) Aviation and Climate Change, 221, 222 f., auch mit Beispielen für Staaten (z.B. EU), die dies getan haben.

215 Dazu oben B.II.2., S. 64 ff.

216 Siehe oben B.II., S. 61 f.

217 *Erling Air & Space Law* 43 (2018), 371, 376; *Martinez Romera* RECIEL 25 (2016), 215, 221; im Ergebnis auch *Obergassel/Arens/Hermwille/Kreibich/Mersmann/Ott/Wang-Helmreich* Analysis Paris Agreement, Wuppertal Institute März 2016, 21.

218 Die COP ist eigentlich nur die Konferenz der Vertragsstaaten zur Klimarahmenkonvention. Zeitgleich finden die Vertragsstaatenkonferenzen zum Kyoto-Protokoll (*Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Kyoto*

Zwischenkonferenzen (*Intersessionals*) erörtert der *Subsidiary Body for Scientific and Technological Advice* (SBSTA) als ständiger Unterausschuss der Vertragsstaatenkonferenzen die Entwicklungen im internationalen Luftverkehr. Außerdem erstattet die ICAO dort jährlich Bericht über ihre Fortschritte für den Klimaschutz im internationalen Luftverkehr.²¹⁹ Seit der Schaffung des CORSIA im Jahr 2016 wird aber auch diese Berichtspraxis von einzelnen Staaten, insbesondere Saudi-Arabien, in Frage gestellt. Bisher konnte hier im Rahmen des SBSTA keine einvernehmliche Lösung gefunden werden, so dass eine Entscheidung regelmäßig auf die nächste Sitzung des SBSTA verschoben wird.²²⁰

Die Entwicklungen im SBSTA stellen zwar im Vergleich zu den Entwicklungen im Rahmen der ICAO und der EU eher einen Nebenschauplatz dar, ohne dass gehaltvolle Fortschritte bei der eigentlichen Adressierung des Klimaschutzes im Luftverkehr erzielt werden. Hier steht „nur“ in Rede, ob die ICAO weiter Berichte über ihre klimaschutzbezogenen Aktivitäten erstattet, nicht aber konkrete klimaschützende Maßnahmen als solche. Dennoch handelt es sich bei dieser Berichterstattung um eine bereits seit mehr als zehn Jahren kontinuierlich durch die Staaten im SBSTA bestätigte Praxis. Es kann von einer in gewisse, Umfang institutionalisierten Zusammenarbeit zwischen ICAO und UNFCCC-Regime ausgegangen werden.²²¹ Die Inbezugnahme des internationalen Luftverkehrs und Zusammenarbeit des SBSTA mit der ICAO geht sogar zurück bis in die Jahre 1995/1996.²²² Insofern kann die seit Mai 2018 in der Regel halbjährlich wiederkehrende Diskussion im SBSTA als Indiz für die politische Sprengkraft der Thematik Klimaschutz im Luftverkehr sowie der Beziehung zwischen dem UNFCCC-Regime und der ICAO gesehen werden. Im Übrigen adressierten bisher nur wenige Entscheidungen der Vertragsstaatenkonfe-

Protocol – CMP) und zum PÜ (*Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Paris Agreement – CMA*) statt.

219 Für die folgende Sitzung des SBSTA wurde das ICAO-Sekretariat (zusammen mit dem IMO-Sekretariat) jeweils eingeladen, erneut Bericht zu erstatten, siehe zuletzt FCCC/SBSTA/2017/4, Paragraph 95 und FCCC/SBSTA/2017/7, Paragraph 86. Ausführlich zu den Entwicklungen im SBSTA bis zum Jahr 2010 Herz Einbeziehung Luftverkehr EU-EHS, 93 ff.

220 FCCC/SBSTA/2019/2, Paragraph 111; FCCC/SBSTA/2018/8, Paragraph 36 f.; FCCC/SBSTA/2018/4, Paragraph 92.

221 Herz Einbeziehung Luftverkehr EU-EHS, 94.

222 FCCC/SBSTA/1995/3, Paragraph 37; FCCC/SBSTA/1996/8, Paragraph 61 f.; FCCC/SBSTA/1996/9/Add.1 und Add.2; FCCC/SBSTA/1996/13, Paragraph 61.

renzen die Emissionen des internationalen Luftverkehrs. Diese erlangten aber keine nennenswerte inhaltliche Bedeutung.²²³

E. Fazit: Rahmenordnung sowie rechtliche Trennung nationaler – internationaler Luftverkehr

Der Klimaschutz im Luftverkehr spielt im Rahmen des UNFCCC-Regimes nur eine Nebenrolle. Explizit angesprochen wird der Luftverkehr in den relevanten völkerrechtlichen Verträgen – der Klimarahmenkonvention, dem Kyoto-Protokoll und dem Pariser Übereinkommen – nur in einer einzigen Regelung. Die Klimarahmenkonvention und das Pariser Übereinkommen adressieren zwar den Transportsektor und heben die Bedeutung diesbezüglicher Klimaschutzmaßnahmen der Staaten hervor. Nur Art. 2 Abs. 2 KP trifft aber eine Aussage dazu, wie speziell der Luftverkehr als verkehrsbezogener Subsektor im Rahmen des UNFCCC-Regimes zu behandeln ist. Danach sollen die entwickelten Staaten ihre Anstrengungen zur Reduktion der Emissionen des Luftverkehrs im Rahmen der ICAO fortsetzen. Insofern nimmt das UNFCCC-Regime eine wichtige rahmensetzende Funktion ein.

Entgegen dem Wortlaut bezieht sich diese Regelung nur auf den zwischenstaatlichen und damit internationalen Luftverkehr. Die Emissionen des rein innerstaatlichen Luftverkehrs werden hingegen wie die Emissionen der anderen Sektoren ihrem Ursprungsstaat zugeordnet und als nationale Emissionen behandelt. Diese Unterscheidung geht auf die Festlegung der Berichtspflichten in der Klimarahmenkonvention zurück und wurde im Rahmen des Kyoto-Protokolls fortgeführt. Während die Emissionen des nationalen Luftverkehrs danach wie die Emissionen anderer Sektoren²²⁴ behandelt und von der Klimarahmenkonvention, dem Kyoto-Protokoll und dem Pariser Übereinkommen umfassend erfasst werden, kommt dem internationalen Luftverkehr eine Sonderbehandlung zu: in den Emissionsberichten der Staaten werden die Emissionen des internationalen Luftverkehrs gesondert ausgewiesen. Sie fallen auch nicht unter die Mengenverpflichtungen nach dem Kyoto-Protokoll und müssen nicht Teil der NDCs sein, zu denen die Staaten sich vor dem Hintergrund des

223 Dazu mit kurzer Beschreibung der Inhalte *Martinez Romera* Regime Interaction and Climate Change, 76 f.

224 Mit Ausnahme des internationalen Schiffsverkehrs, für den Ähnliches wie für den internationalen Luftverkehr gilt.

Pariser Übereinkommens verpflichten. Die Inbezugnahme der ICAO in Art. 2 Abs. 2 KP ist dabei nicht als exklusive Kompetenzzuweisung des Klimaschutzes im internationalen Luftverkehr an die ICAO zu verstehen, sondern hebt nur deren besondere Bedeutung als Verhandlungsforum hervor. Regelungen anderer Akteure in diesem Bereich sind damit nicht grds. unzulässig.

Insgesamt bewirkt das UNFCCC-Regime eine rechtliche Fragmentierung der klimaschützenden Regelungsumgebung innerhalb des Subsektors Luftverkehr. Der nationale und der internationale Luftverkehr werden je unterschiedlich erfasst. Diese rechtliche Differenzierung zwischen internationalem und nationalem Luftverkehr könnte als „kontrafaktische“ Aufspaltung eines Subsektors aufgefasst werden. Denn Ansatzpunkt der Differenzierung einer an sich ähnlichen Flugbewegung ist einzig die bestehende oder nicht bestehende Überschreitung von Staatsgrenzen, ohne dass damit grundsätzlich Unterschiede bei der Art und Klimawirksamkeit der ausgebrachten Emissionen im Flugbetrieb einhergehen würden. Hintergrund dieser Aufspaltung ist allerdings die fehlende zwischenstaatliche Einigkeit auf der internationalen Bühne, wie der internationale Luftverkehr aus Sicht des Klimaschutzrechts adäquat zu adressieren ist.²²⁵ Die Aufspaltung ist damit nicht rechtlichen oder tatsächlichen Gesichtspunkten geschuldet, sondern eine gemeinsame Behandlung des nationalen und internationalen Luftverkehrs war politisch schlicht nicht zu realisieren. Während die ICAO diese rechtliche Differenzierung in ihren klimaschützenden Maßnahmen fortführt (dazu § 4 B.), findet sie im Rahmen des LuftV-EU-EHS keine Berücksichtigung (dazu § 5 B.). Weiterhin schafft das UNFCCC-Regime durch die insofern andersartige Behandlung des Luftverkehrs gegenüber den anderen Transportsektoren bzw. Verkehrsträgern (Straße, Schiene), für die es keine speziellen Regelungen des UNFCCC-Regimes gibt, die Basis für eine innersektorale Fragmentierung der Regelungsumgebung zum Klimaschutz, die durch die Regelungen der ICAO und der EU ausgefüllt wird.

Art. 2 Abs. 2 KP stellt dabei mit seinen wichtigen Aussagen – in der hier vertretenen Lesart zum Sonderstatus des internationalen Luftverkehrs und Rolle der ICAO als präferiertem Verhandlungsforum – eine Schlüsselnorm für das Klimaschutzrecht im Luftverkehr dar. Diese Lesart hat Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen dem UNFCCC-Regime und dem neu geschaffenen Klimaschutzsystem der ICAO für den Luftverkehr CORSIA. Die Möglichkeit einer regionalen Adressierung des Klimaschut-

225 Oberthür in: Oberthür/Gehring (Hrsg.) *Institutional Interaction*, 53, 61.

zes für den Luftverkehr, wie sie die EU mit ihrem EU-EHS vornimmt, wird im UNFCCC-Regime nicht angesprochen. Wie sich diese regionale Adressierung neben dem UNFCCC-Regime und der ICAO in das Geflecht aus klimaschützenden Regelungen einfügt, wirft also Fragen auf, die die Klimarahmenkonvention, das Kyoto-Protokoll und das Pariser Übereinkommen nicht beantworten. Etwaig bestehende Spannungslagen werden, nach einer Vorstellung der klimaschützenden Regelungen der ICAO (§ 4) und der EU (§ 5), in Teil 2 analysiert.

§ 4 Die Internationale Zivilluftfahrtorganisation (International Civil Aviation Organization – ICAO)

A. Rolle der ICAO für den Klimaschutz im Luftverkehr

I. Die UN-Sonderorganisation und ihre Mitglieder

Die Internationale Zivilluftfahrtorganisation (*International Civil Aviation Organization* – ICAO) wurde im Jahr 1944 als zwischenstaatliche Organisation gegründet²²⁶ und besteht seit April 1947.²²⁷ Das Chicagoer Abkommen (*Chicago Convention* – CA)²²⁸ ist das Gründungsdokument der ICAO.²²⁹ Es trifft als völkerrechtlicher Vertrag grundlegende zwischenstaatliche Vereinbarungen, um die Möglichkeiten einer sicheren, geordneten, auf Chancengleichheit ausgerichteten, gesunden und wirtschaftlichen Entwicklung des Luftverkehrs zu gewährleisten²³⁰ und bestimmt grundlegende Rechte und Pflichten der Staaten. Das Chicagoer Abkommen prägt damit entscheidend die geltende Rechtsordnung für den internationalen

226 Zur Vorgeschichte der ICAO, insbesondere der *Commission Internationale de Navigation Aérienne* (CINA), die im Jahr 1919 gegründet wurde Erler Rechtsfragen ICAO, 11 ff. Monographisch zur Entwicklungsgeschichte der ICAO MacKenzie ICAO-History, 4 ff.

227 Zwischen der Unterzeichnung des Chicagoer Abkommens im Dezember 1944 und dessen Inkrafttreten im April 1947 bestand von Juni 1945 bis April 1947 auf Grundlage des *Interim Agreement on International Civil Aviation* eine vorläufige Organisation (*Provisional International Civil Aviation Organization* – PICAO), die von der ICAO ersetzt wurde, dazu umfassend Weber ICAO, Rn. 1 ff., Rn. 5; Erler Rechtsfragen ICAO, 14.

228 Convention on International Civil Aviation. Chicago, 7.12.1944, 15 UNTS 295.

229 Art. 43 CA. Schaefer Recht des Luftverkehrs, Rn. 28.

230 Erwgr. 3 der Präambel des CA.

zivilen Luftverkehr.²³¹ Auch heute wird es noch als „Magna Charta des internationalen Luftrechts“²³² charakterisiert. Als handlungsleitend gilt für die ICAO die rechtliche Gleichbehandlung der Staaten:²³³ Internationale Luftverkehrstätigkeiten sollen auf Grundlage einer „equality of opportunity“²³⁴ erfolgen, jeder Vertragsstaat soll eine „fair opportunity to operate airlines“²³⁵ erhalten und die ICAO „discrimination between contracting States“²³⁶ vermeiden. Außerdem sollen die Regelungen ohne Unterschied der nationalen Herkunft Anwendung finden.²³⁷

Die ICAO ist gekorenes Völkerrechtssubjekt²³⁸ und hat seit dem Jahr 1947 den Status als UN-Sonderorganisation²³⁹ inne.²⁴⁰ Mittlerweile sind 193 Staaten Vertragsparteien des Chicagoer Abkommens und Mitglied der ICAO.²⁴¹ Das Chicagoer Abkommen ist damit ein universeller völkerrechtlicher Vertrag.²⁴² Die Mitgliedschaft in der ICAO steht dabei nur Staaten

231 Riedi Technische Normen der ICAO, 11 bezeichnet das Chicagoer Abkommen als „Grundordnung“; Schäffer Schutz ziviler Luftverkehr vor Terrorismus, 48: „Verfassung“ der ICAO; Mendes de Leon in: MPEPIL, International Civil Aviation Organization (ICAO) Rn. 1: „constitution of international air transport“.

232 Schladebach Luftrecht, § 4 Rn. 7.

233 Motaal Climate Law 2012, 1, 6 f.; Goron EU ETS, Kyoto, Chicago, GR:EEN-GEM Doctoral Working Papers Series, September 2012, 12 f.; Martinez Romeira/van Asselt Journal of Environmental Law 27 (2015), 259, 271 f.

234 Erwgr. 3 der Präambel CA.

235 Art. 44 lit. f CA.

236 Art. 44 lit. g CA.

237 Art. 11 CA: „without distinction as to nationality“.

238 So bereits mit umfassender Ableitung aus einer Gesamtschau der Normen des Chicagoer Abkommens Erler Rechtsfragen ICAO, 36 f. Knapper Kerr Utrecht Law Review 16 (2020), 101, 103 f.; Schladebach Luftrecht, § 4 Rn. 22.

239 Eine UN-Sonderorganisation hat „wide international responsibilities, as defined in their basic instruments, in economic, social, cultural, educational, health, and related fields“ und steht in einer besonderen Beziehung zu den UN, Art. 57 Abs. 1 UNCh. Insbesondere findet eine Koordination der Arbeit statt, Klein in: MPEPIL, United Nations, Specialized Agencies Rn. 77 ff.

240 Art. 1 Agreement between the United Nations and the International Civil Aviation Organization. New York, 1.10.1947. 315 UNTS 8, 324. Zur Frage, was dies für die Beziehung der ICAO zur UN bedeutet Schäffer Schutz ziviler Luftverkehr vor Terrorismus, 57 f.

241 Stand 1. Oktober 2019, <https://www.icao.int/MemberStates/Member%20States.English.pdf> (letzter Abruf 27.01.2021).

242 Riedi Technische Normen der ICAO, 14. Schäffer Schutz ziviler Luftverkehr vor Terrorismus, 51. Von den Mitgliedern der UN ist nur Liechtenstein keine Vertragspartei des Chicagoer Abkommens und kein Mitglied der ICAO; Liechtenstein hat aber auch keinen internationalen Verkehrsflughafen.

offen.²⁴³ Weder die EU als supranationale Organisation noch andere Internationale Organisationen können somit Mitglieder der ICAO sein. Die EU genießt aber, wie auch andere Internationale Organisationen, Beobachterstatus.²⁴⁴ Außerdem sind alle Mitgliedstaaten der EU Mitglieder der ICAO.

Die ICAO besteht aus der Generalversammlung (*General Assembly* – ICAO-GV) als Plenarorgan, dem Rat (*Council* – ICAO-Rat)²⁴⁵ als aus Repräsentanten von 36 ICAO-Staaten zusammengesetztes Exekutivorgan und dem Sekretariat²⁴⁶ als Verwaltungsorgan sowie weiteren Ausschüssen²⁴⁷.²⁴⁸ Für den Klimaschutz besonders relevant ist der Umweltausschuss (*Committee on Aviation Environmental Protection* – CAEP).²⁴⁹ Er wird vom ICAO-Rat gebildet und unterstützt ihn in umweltbezogenen Fragen, insbesondere mit Blick auf die Schaffung neuer Politiken und Regelungen.²⁵⁰ Auch klimaschutzbezogene Regelungen der ICAO werden im Wesentlichen im CAEP vorbereitet.

243 Siehe bereits Art. 1 CA: „The contracting States recognize that every State has complete and exclusive sovereignty over the air space above its territory.“ Sowie Art. 90-Art. 93 bis, die alle nur Staaten in Bezug nehmen, *Weber* ICAO, Rn. 50. Wysk in: Grabherr/Reidt/Wysk LuftVG, Einleitung, Rn. 50 stellt alleine auf Art. 92 lit. a CA ab. Gem. Art. 92 lit. a CA müssen diese Staaten Mitglied der UN oder mit diesen assoziiert sein.

244 Die ICAO bezeichnet solche Organisationen nicht als Beobachter, sondern als „international organizations which may be invited to attend suitable ICAO meetings“, *ICAO Organizations able to be invited to ICAO Meetings*, online.

245 Diese sind als ständige Organe bereits in Art 43 CA vorgesehen.

246 Dieses wird geleitet von einem/r General Sekretär/in, der/die vom ICAO-Rat bestimmt wird, Art. 54 lit. h CA.

247 Dazu zählen die Unterausschüsse des ICAO-Rates (Air Transport Committee; Finance Committee; Technical Cooperation Committee; Joint Support Committee; Committee on Unlawful Interference; Human Resources Committee; Committee on Aviation Environmental Protection), die Luftfahrtkommission (Air Navigation Commission) und der Rechtsausschuss (Legal Committee). Diese fallen unter „and such other bodies as may be necessary.“, Art. 43 CA. Dazu *Weber* ICAO, Rn. 73 ff.

248 Mit einer genauen Darstellung der Zusammensetzung und Aufgaben der einzelnen Organe *ders.* ICAO, Rn. 55 ff.

249 *Piera* in: De Mestral/Fitzgerald/Ahmad (Hrsg.) Occasional Paper Series: Sustainable International Civil Aviation, X. Getting Global Cooperation: ICAO and Climate Change, 9.

250 Das CAEP existiert seit 1983. *ICAO Committee on Aviation Environmental Protection* (CAEP).

II. Klimaschutz als Aufgabenfeld der ICAO

1. Art. 44 CA: keine explizite Nennung des Klimaschutzes

Zielsetzung der ICAO ist gemäß Art. 44 Uabs. 1 CA

„to develop the principles and techniques of international air navigation and to foster the planning and development of international air transport [...]“

Im Folgenden nennt Art. 44 lit. a bis f CA eine Reihe von konkreten Bereichen, auf die sich die Entwicklungs- und Fördertätigkeit der ICAO beziehen soll. Keiner der genannten Bereiche²⁵¹ nennt den oder hat einen direkten Bezug zum Umwelt- oder speziell dem Klimaschutz.²⁵²

Dies erklärt die Historie der ICAO: Das Chicagoer Abkommen wurde bereits im Jahr 1944 geschlossen und die ICAO als „Verkehrsorganisation“²⁵³ mit dem Fokus auf Wachstum und Entwicklung ins Leben gerufen. Weder der Umwelt- noch speziell der Klimaschutz waren zu diesem Zeitpunkt Themen von Interesse.²⁵⁴ Der Schwerpunkt der ICAO lag vielmehr in den Bereichen Betriebs- und Luftsicherheit (*safety and security*) sowie Flugsicherung.²⁵⁵ Teils wird daraus gefolgert, dass der Umwelt- und Klimaschutz nicht Teil der Aufgaben- und Zielsetzung des Art. 44 CA ist.²⁵⁶

251 Sicheres und geordnetes Wachstum (lit. a); Bau und Betrieb von Luftfahrzeugen zu friedlichen Zwecken (lit. b); Infrastruktur (lit. c); sicherer, regelmäßiger, leistungsfähiger und wirtschaftlicher Luftverkehr (lit. d); Vermeidung wirtschaftlicher Verschwendung (lit. e); Gewährleistung der Rechte der Vertragsstaaten (lit. f); Vermeidung von Diskriminierung der Vertragsstaaten (lit. g); Flugsicherheit (lit. h); Entwicklung der internationalen Zivilluftfahrt in jeder Hinsicht (lit. i). Deutsche Übersetzung angelehnt an Art. 44 CA in der Übersetzung im Gesetz über den Beitritt der Bundesrepublik Deutschland zu dem Abkommen vom 7. Dezember 1944 über die Internationale Zivilluftfahrt und die Annahme der Vereinbarung vom 7. Dezember 1944 über den Durchflug im Internationalen Fluglinienverkehr. Vom 7. April 1956. BGBl. 1956 II, 411, 423.

252 So auch *Liu* CCLR 2011, 417, 422; *Ahmad* Climate Change Governance International Aviation, 58.

253 *Schäffer* Schutz ziviler Luftverkehr vor Terrorismus, 51, als solcher kommt der ICAO kein genereller Wirkungsbereich zu.

254 *Liu* CCLR 2011, 417422; *Piera* in: De Mestral/Fitzgerald/Ahmad (Hrsg.) Occasional Paper Series: Sustainable International Civil Aviation, X. Getting Global Cooperation: ICAO and Climate Change, 3; *Milde* Air Law and ICAO, 133.

255 *Lyle* Climate Law 8 (2018), 104, 106.

256 *Liu* CCLR 2011, 417, 423. Mit der Forderung einer Ergänzung des Chicagoer Abkommens *Piera* GHG emissions International Aviation, 116 f.

2. Art. 44 lit. i CA: impliziter Bezug zum Klimaschutz

Der Aufgabenkatalog in Art. 44 CA besteht allerdings nicht nur aus konkreten Bereichen, sondern beinhaltet mit lit. i auch eine generalklauselartige Aufgabenzuschreibung.²⁵⁷ Die Förder- und Entwicklungsaufgabe der ICAO bezieht sich danach darauf:

“[to] Promote generally the development of all aspects of international civil aeronautics.”

Diese sehr weite Aufgabenzuschreibung erfasst auch den Umwelt- und speziell den Klimaschutz.²⁵⁸ Denn die Reduktion der umweltbezogenen Auswirkungen des Luftverkehrs ist ein Aspekt der internationalen Zivilluftfahrt.²⁵⁹ Nicht nur, weil der Luftverkehr zum Klimawandel beiträgt, sondern auch, weil aus dem Klimawandel selbst Rückwirkungen auf den Luftverkehr entstehen dürften, die seine Fortentwicklung beeinflussen werden.²⁶⁰ Insofern hat seit der Gründung der ICAO ein Wandel in der Wahrnehmung der Auswirkungen des und auf den Luftverkehr stattgefunden. Diesem kann das Chicagoer Abkommen durch seine Anpassungsfähigkeit an neue Gegebenheiten in entsprechender Auslegung des Aufgabenkatalogs aber Rechnung tragen.²⁶¹

Verstärkt wird die Einordnung des Umwelt- und Klimaschutzes als Aufgabe und Ziel der ICAO vor dem Hintergrund des Art. 31 Abs. 3 lit. b WVK durch die Entwicklungen innerhalb der Organisation²⁶²: Die ICAO nahm den Umweltschutz nach und nach als strategische Zielsetzung auf.

257 So bereits *Erler* Rechtsfragen ICAO, 15 Fn. 22. Auch *Riedi* Technische Normen der ICAO, 18.

258 *Erling Air & Space Law* 43 (2018), 371, 372; *Mendes de Leon/Correia/Erling/Leclerc* Legal Arrangements MBM, Studie DG Climate Dezember 2015, 21. A.A. *Obert-hür* Climate Policy 3 (2003), 191, 195; *Kerr* Utrecht Law Review 16 (2020), 101, 106 f. und *Herz* Einbeziehung Luftverkehr EU-EHS, 97 f., die den Umweltschutz unter Art. 44 lit. d CA fast: „the needs of the peoples of the world for safe, regular, efficient and economical air transport“. Der Bezug des Klimaschutzes zur Sicherheit des Luftverkehrs scheint aber bestenfalls mittelbar, so dass ein Rückgriff auf die Generalklausel zu befürworten ist.

259 *Ahmad* Climate Change Governance International Aviation, 58.

260 Z.B. hat ein Temperaturanstieg an Flughäfen negative Auswirkungen auf das Flugverhalten, den mit Gewichtsbeschränkungen bei der Beladung begegnet werden muss, dazu oben Fn. 53, S. 38 mN.

261 Zur Anpassungsfähigkeit der ICAO und des Chicagoer Abkommens bereits *Buergenthal* Law-making in ICAO, 229.

262 *Kerr* Utrecht Law Review 16 (2020), 101, 109 ff. Ausführlich zu den Entwicklungen von 1971 bis 2010 *Herz* Einbeziehung Luftverkehr EU-EHS, 98 ff. Zur

Bereits im Jahr 1972 anerkannte die ICAO die Auswirkungen des Luftverkehrs auf die Umwelt.²⁶³ 1996 wandte die ICAO sich mit dem Begehren an das *Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC), einen Bericht über die Auswirkungen des Luftverkehrs auf das Klima zu erstellen.²⁶⁴ Das Begehren wurde vom IPCC angenommen und der fertige Bericht im Jahr 1999 veröffentlicht.²⁶⁵ Im Jahr 1997 tauchte der Umweltschutz als Hinweis in einem strategischen Aktionsplan auf.²⁶⁶ Im Jahr 2005 wurde der Umweltschutz erstmalig in die Fünfjahres-Zielsetzungen der ICAO aufgenommen, wobei auch die Reduktion der Treibhausgase des Luftverkehrs als Teilbereich explizit genannt wurde.²⁶⁷ In der Zielsetzung für die Jahre 2011-2013 und ab 2014 spielt der Umwelt- und Klimaschutz ebenfalls eine prominente Rolle.²⁶⁸

Außerdem wird der Umwelt- und Klimaschutz für den Luftverkehr wiederkehrend in den Resolutionen der ICAO-GV adressiert.²⁶⁹ Dabei werden

Konturierung der Tätigkeitsbereiche der ICAO außerhalb des Chicagoer Abkommens allgemein *Riedi* Technische Normen der ICAO, 18.

263 *Abeyratne* Journal of World Trade 51 (2017), 425 f. mit Verweis auf ICAO-Resolution A18-11. *Riedi* Technische Normen der ICAO, 21. Lärm als lokale negative Auswirkung von Flughäfen wurde bereits 1968 anerkannt, *Anselmi* Conflictive climate governance architecture, ICAO, 85 mit Verweis auf Resolution A16-3.

264 So FCCC/SBSTA/2001/INF.1, S. 3 Tz. 15.

265 IPCC Aviation and the Global Atmosphere, SR.

266 Im Kontext, der vor den eigentlichen Zielen formuliert wurde, *ICAO Strategic Objectives Strategy Guiding International Civil Aviation into the 21st century* (1997).

267 Neben dem Lärmschutz und dem Schutz vor Beeinträchtigungen der lokalen Luftqualität, *dies.* Strategic Objectives Strategic Objectives of ICAO for 2005-2010.

268 Siehe *dies.* Strategic Objectives. Dazu insgesamt *Piera* in: De Mestral/Fitzgerald/Ahmad (Hrsg.) Occasional Paper Series: Sustainable International Civil Aviation, X. Getting Global Cooperation: ICAO and Climate Change, 4 f.

269 Es werden wiederkehrend gemeinsame Standpunkte zum Umweltschutz durch die ICAO-GV formuliert. Diese bezogen sich zunächst schwerpunktmäßig auf den Lärmschutz (Resolution A32-8 aus dem Jahr 1998; A33-7 aus dem Jahr 2001; A35-3 aus dem Jahr 2004), ab 2007 rückte der Klimaschutz verstärkt mit in den Fokus (Resolution A36-22). Ab dem Jahr 2010 werden neben der Resolution zum Umweltschutz (A37-18 aus dem Jahr 2010; A38-17 aus dem Jahr 2013; A39-1 aus dem Jahr 2016; A40-17 aus dem Jahr 2019) allgemein Resolutionen zum Klimaschutz beschlossen (A37-19 aus dem Jahr 2010; A38-18 aus dem Jahr 2013; A39-2 aus dem Jahr 2016; A40-18 aus dem Jahr 2019) und seit 2016 sogar spezielle Resolutionen zum marktasierten Mechanismus CORSIA (A39-3 aus dem Jahr 2016; A40-19 aus dem Jahr 2019).

die führende Rolle der ICAO herausgestellt, zunehmend konkretere Aufgaben dem ICAO-Rat zugewiesen und die ICAO-Mitgliedstaaten zu ebenfalls zunehmend konkreteren Maßnahmen aufgefordert. Von den Staaten vorgebracht, so bezeichnete Vorbehalte betreffen dabei nicht das Tätigwerden der ICAO in diesem Bereich generell, sondern konkrete Inhalte dieser Tätigkeit.²⁷⁰ Der Umwelt- und Klimaschutz ist also im Tätigkeitsbereich der ICAO-GV und des ICAO-Rates angekommen und nimmt dort eine stetig bedeutsamer werdende Rolle ein.

Aus dem mehr als 20 Jahre andauernden entsprechenden Abstimmungsverhalten der Staaten in der GV, das von Zusammenkunft zu Zusammenkunft der GV bestätigt und damit verstetigt wird, kann also abgeleitet werden, dass diese Bereiche zu impliziten Aufgabenbereichen²⁷¹ der ICAO herangereift und als solche von den ICAO-Staaten akzeptiert sind.

3. Strukturelle Hindernisse für den Klimaschutz durch die ICAO

Auch wenn der Umwelt- und Klimaschutz damit spätestens seit Beginn des Jahrtausends zu den Zielen und Aufgaben der ICAO zu zählen sind, bleibt zu bedenken, dass Wachstum und die sichere Entwicklung des Luftverkehrs historisch gesehen die zentralen Ziele und Aufgaben der ICAO sind. Daran hat sich durch das Hinzutreten neuer Ziele und Aufgaben nichts geändert.²⁷² Maßnahmen zum Umwelt- und Klimaschutz dürften häufig mit diesen „ursprünglichen“ Zielen in Konflikt treten, wodurch ihre Realisierung im Rahmen der ICAO gewissen Schwierigkeiten unterworfen ist.²⁷³ Für den Konfliktfall ist davon auszugehen, dass das Wachstum des

270 *Kerr* Utrecht Law Review 16 (2020), 101, 110 f.

271 Daraus wie *ders.* Utrecht Law Review 16 (2020), 101, 114 f. eine *Verpflichtung* der ICAO zum Handeln für den Klimaschutz abzuleiten, geht jedoch zu weit; der dafür angeführte Ansatz von *Klabbers* EJIL 28 (2017), 1133 ff. bezieht sich gerade nicht auf Verpflichtungen einer Internationalen Organisation, sondern auf ein Unterlassen sozial erwartbarer Handlungen.

272 *Mendes de Leon* in: MPEPIL, International Civil Aviation Organization (ICAO), Rn. 4; *Goron* EU ETS, Kyoto, Chicago, GR:EEN-GEM Doctoral Working Papers Series, September 2012, 11. *Huang* Aviation Safety, 17 bezeichnet gerade die Betriebssicherheit als „raison d’être“ der ICAO. Dies bestätigt auch ein Blick auf die mehrheitlich sicherheitsbezogenen Annexe zum Chicagoer Abkommen, dazu *Fitzgerald* Level playing field, 14.

273 *Piera* in: De Mestral/Fitzgerald/Ahmad (Hrsg.) Occasional Paper Series: Sustainable International Civil Aviation, X. Getting Global Cooperation: ICAO and Climate Change, 3 f.; noch weitergehend *Oberthür* in: Oberthür/Gehring (Hrsg.)

Luftverkehrs gegenüber umwelt- und klimaschützenden Maßnahmen priorisiert wird.²⁷⁴

In diese Richtung weist insbesondere die personelle Zusammensetzung der zentralen ICAO-Organe – ICAO-GV, ICAO-Rat und ICAO-Sekretariat. Diese bestehen aus Expertinnen und Experten, die mehrheitlich im Luftverkehr erfahren sind, aber keinen umweltbezogenen Hintergrund haben. Entscheidungen innerhalb der ICAO dürften also vor allem aus der Perspektive des Luftverkehrs, nicht aber des Umweltschutzes getroffen werden.²⁷⁵ Mit Blick auf den Umweltausschuss CAEP fällt außerdem auf, dass – neben einer gewissen Dominanz europäischer Staaten als Mitglieder – nur eine von neun als Beobachter zugelassenen *Non Governmental Organizations* (NGOs) eine Umweltschutz-NGO ist.²⁷⁶ Mit dem *United Nations Environment Programme* (UNEP) und dem UNFCCC-Sekretariat sind darüber hinaus aber zwei weitere Akteure Beobachter, deren Tätigkeitsfeld speziell der Umwelt- und Klimaschutz ist.²⁷⁷ Die damit aufgerufenen Spannungslagen zeigen sich im Verhältnis zum UNFCCC-Regime und zur EU (dazu Teil 2).

III. ICAO-Regelsetzungsmöglichkeiten im Klimaschutz

In den ihr zugewiesenen Bereichen, zu denen auch der Klimaschutz zu zählen ist²⁷⁸, kann die ICAO verschiedene Aufgaben wahrnehmen: Sie unterstützt ihre Mitgliedstaaten finanziell und technisch bei der Gewährleistung einer funktionierenden internationalen Luftfahrt und bei der Bei-

Institutional Interaction, 53, 66: „mitigating emissions from international aviation and shipping may even be considered incompatible with the organizations' main objective of furthering these sectors.“.

274 In diese Richtung z.B. Ziffer 1 iVm 10 Resolution A38-17 Appendix A aus dem Jahr 2013, wiederholt durch Ziffer 1 iVm 10 Resolution A39-1 Appendix A aus dem Jahr 2016 und durch Ziffer 1 Resolution A40-17 Appendix A.

275 *Piera* in: De Mestral/Fitzgerald/Ahmad (Hrsg.) Occasional Paper Series: Sustainable International Civil Aviation, X. Getting Global Cooperation: ICAO and Climate Change, 8.

276 Die International Coalition for Sustainable Aviation (ICSA).

277 ICAO CAEP Members and Observers, online. Mit einer ähnlichen Einschätzung für frühere Zusammensetzungen des CAEP *Piera* in: De Mestral/Fitzgerald/Ahmad (Hrsg.) Occasional Paper Series: Sustainable International Civil Aviation, X. Getting Global Cooperation: ICAO and Climate Change, 9 ff.

278 Siehe vorab II.2., S. 80 ff.

legung von Konflikten im Umfeld des Chicagoer Abkommens.²⁷⁹ Für die nachfolgende Betrachtung besonders relevant ist aber die Möglichkeit der ICAO, selbst Regelungen zu setzen, die zur Rechtsvereinheitlichung im Bereich Klimaschutz beitragen. Als mögliche Regulationsformen kommen *soft law* (dazu 2.) und Völkersekundärrecht (dazu 3.) in Betracht. Außerdem können die ICAO-Mitgliedstaaten im Umfeld der ICAO Völkervertragsrecht schaffen (dazu 1.).

1. Völkervertragsrecht der ICAO-Staaten

Für die völkervertragliche Verankerung klimaschützender Regelungen sind insbesondere drei Optionen denkbar. Die ICAO-Mitgliedstaaten können das Chicagoer Abkommen ändern,²⁸⁰ die ICAO kann als Verhandlungsforum für zwischenstaatliche Klimaschutzverträge für den Luftverkehr dienen oder der Klimaschutz kann mit Hilfe der ICAO Eingang in zwischenstaatliche Luftverkehrsabkommen finden. Jeweils ist es dabei nicht die ICAO, die Recht setzt, sondern ihre Mitgliedstaaten. Alle drei Optionen weisen Schwächen auf und sind deshalb nur von nachrangiger Bedeutung:

a) Änderung des Chicagoer Abkommens

Für die Änderung des Chicagoer Abkommens ist eine Zweidrittel-Mehrheit in der ICAO-GV notwendig sowie eine Ratifizierung der Änderung durch mindestens zwei Drittel der ICAO-Mitgliedstaaten.²⁸¹ Um konkrete Klimaschutzmaßnahmen festzulegen, ist eine Änderung des Chicagoer Abkommens allerdings nicht der richtige Weg. Denn das Abkommen gibt den Tätigkeiten der ICAO nur einen allgemeinen Rahmen, statuiert darüber hinaus aber keine konkreten Maßnahmen und Politiken. Zwar be-

279 Dazu umfassend *Riedi* Technische Normen der ICAO, 23 ff. Rn. 31 ff.: Zur Unterstützung gehören die „Guten Dienste“, das *Joint Financing Programme*, das *Technical Cooperation Programme* und Sicherheitsinspektionen in den Mitgliedstaaten; Streitbeilegung durch den Rat kann formell, Art. 84 CA, oder durch Gute Dienste, Art. 54 lit. n CA, erfolgen.

280 Die Möglichkeit, Annexe zum Chicagoer Abkommen zu schaffen, ist nicht dem klassischen Völkervertragsrecht zuzuordnen, sondern wird als Sekundärrechtsetzung verstanden. Siehe dazu 3., S. 92 ff.

281 Art. 94 lit. a CA.

steht die Möglichkeit, durch eine Änderung des Abkommens den Umwelt- und Klimaschutz explizit in den Aufgabenkatalog der ICAO aufzunehmen und damit dessen Bedeutung symbolisch hervorzuheben. Diese Möglichkeit dürfte vor dem Hintergrund fehlender politischer Machbarkeit aber eher theoretischer Natur sein.²⁸²

b) Treaty making: Klimaschutzvertrag

Daneben kann die ICAO zwar mangels entsprechender Kompetenz nicht selbst völkerrechtliche Klimaschutzverträge für den internationalen Luftverkehr mit Wirkung für ihre Mitgliedstaaten schließen, aber sie kann einem etwaigen Vertragsschluss vorgelagert als Verhandlungs- und Unterstützungsforum dienen (sogenanntes *treaty-making*²⁸³). Auch diese Möglichkeit sieht sich dem Problem politischer Machbarkeit ausgesetzt. Ein völkerrechtlicher Vertrag unter Beteiligung möglichst vieler Staaten, der Regelungen zum Klimaschutz speziell für den Luftverkehr vorsieht, wird zwar als wünschenswert erachtet.²⁸⁴ Da aber im Rahmen der Klimarahmenkonvention, des Kyoto-Protokolls und des Pariser Übereinkommens als insofern vergleichbaren globalen völkerrechtlichen Verträgen keine Einigkeit über die Behandlung des internationalen Luftverkehrs gefunden werden konnte²⁸⁵, erscheint es unwahrscheinlich, dass sich nur durch die Verschiebung des Verhandlungsforums hin zur ICAO der politische Wille der Staaten und ihre Bereitschaft zur Einigung wesentlich verändern würde.

c) Treaty making: Luftverkehrsabkommen

Eine klimaschützende Ausgestaltung von zwischenstaatlichen Luftverkehrsabkommen wird von der ICAO zwar befürwortet und durch eine diese miterfassende Umweltklausel im ICAO-Musterabkommen als kon-

282 Liu CCLR 2011, 417, 422; Piera GHG emissions International Aviation, 90.

283 Dazu allgemein im Rahmen der ICAO Riedi Technische Normen der ICAO, 23. Mit detaillierter Darstellung des Verfahrens Schäffer Schutz ziviler Luftverkehr vor Terrorismus, 135 ff.

284 Mendes de Leon/Correia/Erling/Leclerc Legal Arrangements MBM, Studie DG Climate Dezember 2015, 30 f.

285 Dazu bereits oben § 3, S. 54 ff.

krete Möglichkeit hervorgehoben.²⁸⁶ Diese Umweltklausel sieht vor, dass die Vertragsstaaten eines Luftverkehrsabkommens vereinbaren, den umweltschutzbezogenen Annex 16 des Chicagoer Abkommens²⁸⁷ einzuhalten. Bisher hat diese Umweltklausel aber kaum praktische Bedeutung erlangt.²⁸⁸ Zudem ist mit einer solchen Klausel nicht die Vereinbarung konkreter klimaschutzbezogener Maßnahmen verbunden, sondern nur eine Inbezugnahme von Maßnahmen, die von der ICAO bereits erlassen sind.

Als Beispiel für die Verwendung einer solchen Umweltklausel nach dem Vorbild des ICAO-Musterabkommens sei hier Art. 15 Abs. 3 S. 1 Open Skies EU-USA herausgegriffen. Dieser besagt:

“When environmental measures are established, the aviation environmental standards adopted by the International Civil Aviation Organisation in Annexes to the Convention shall be followed except where differences have been filed.”

Damit muss Annex 16 insoweit im Verhältnis der EU-Mitgliedstaaten zu den USA Beachtung finden, als sie die Vertragsparteien binden und von diesen Umweltmaßnahmen festgelegt werden. Werden die Regelungen des Annexes 16 verletzt, kann somit auch ein Konflikt mit Art. 15 Abs. 3 Open Skies entstehen.²⁸⁹ Damit wird eine „Brückenklausel“ geschaffen, durch die Vorgaben des ICAO-Regimes in das zwischenstaatliche Verhältnis auf Grundlage des Open-Skies Agreements EU-USA Eingang finden. Abgesehen davon wird Umweltschutzbelangen im Open-Skies Agreement gegenüber den ebenfalls adressierten wettbewerbsbezogenen Belangen ein eher geringer Stellenwert eingeräumt.²⁹⁰ Denn während die Negativauswirkungen der Umweltschutzbelange minimiert werden sollen,

286 Art. 31 ICAO-Doc 9587 Appendix 1, Policy and Guidance Material on the Economic Regulation of International Air Transport, Fourth Edition 2017 (ICAO-Musterabkommen).

287 Dazu sogleich 3., S. 92 ff.

288 *Riedi* Technische Normen der ICAO, 165 Rn. 295 führt als Beispiel für eine Berücksichtigung Art. 18 Abs. 5 Open Skies Kanada-EU an. Daneben ist auch Art. 15 Abs. 3 Open Skies EU-USA zu nennen.

289 Daraus kann auch ein Konflikt zwischen EU-EHS und CORSIA entstehen, dazu ausführlich unten § 10 C.III.3., S. 251 ff.

290 In diese Richtung auch *Finan* Tulane Journal of International & Comparative Law 17 (2008), 225, 237: „Therefore, according to the agreement, when faced with an environmental proposal that could cause negative consequences to the rights granted in the Agreement, the rights should prevail.” und S. 238: “What is clear from article 15 is that the climate control was not a top priority to

sind für die luftverkehrsbezogenen Rechte im Kollisionsfall mit anderen Belangen keine Zugeständnisse vorgesehen. Nach dem *ordinary meaning*²⁹¹ des Art. 15 Abs. 2 Open Skies USA-EU ist eine Abwägung, die beiden Belangen bestmöglich zur Wirksamkeit verhilft, von den Vertragsparteien nicht festgelegt worden.²⁹² Auch die Präambel macht den Stellenwert des Umweltschutzes im Rahmen des Open Skies Abkommens deutlich: Wettbewerbliche Erwägungen bilden die Grundlage für die Vereinbarungen.²⁹³ Der Umweltschutz ist neben den mit mehr Nachdruck formulierten Sicherheitserwägungen nur „Beiwerk“ des Abkommens.²⁹⁴

2. Resolutionen als soft law

Eine weitere Möglichkeit der Regelsetzung durch die ICAO stellt der Beschluss von Resolutionen durch die ICAO-GV dar. In der GV ist jeder der 193 Mitgliedstaaten der ICAO durch einen Sitz repräsentiert und hat eine Stimme bei Abstimmungen.²⁹⁵ Beschlüsse der GV werden mit qualifi-

negotiators.“; i.E. ebenso COM Assessment CORSIA (externes Gutachten), Ref. Ares(2021)1483539, 79 f.

291 Art. 31 Abs. 1 WVK.

292 Allgemein zur *ordinary meaning rule* als Ausgangspunkt der Auslegung völkerrechtlicher Verträge sowie zu den weiteren *canones Arnauld* Völkerrecht, Rn. 228 ff. Auch Luftverkehrsabkommen sind nach den allgemeinen völkerrechtlichen Grundsätzen auszulegen, vgl. z.B. den Beschluss des NdsOVG, ZLW 2016, 150, 152 Tz. 2.

293 Vgl. in systematischer Hinsicht die vielfache sowie prominent an den Anfang gestellte Erwähnung des Wettbewerbs in Erwgr. 1, 2, 3, 4, 7 sowie in den abschließenden Erwgr. 11 und 12 und des Marktzugangs in Erwgr. 10. Der Umweltschutz hingegen findet sich ohne herausgehobene systematische Stellung nur im „Mittelfeld“ als Erwgr. 8.

294 Vgl. in teleologischer Hinsicht Erwgr. 5 zur Sicherheit: „**IN DEM WUNSCH**, im internationalen Luftverkehr ein **Höchstmaß an Sicherheit** zu gewährleisten, und unter **Bekundung ihrer tiefen Besorgnis** über Handlungen oder Bedrohungen, [...]“; im Vergleich dazu der deutlich weicher und weniger entschlossen formulierte Erwgr. 6 zum Umweltschutz: „**UNTER BEKRÄFTIGUNG der Bedeutung des Umweltschutzes** bei der Entwicklung und Durchführung einer internationalen Luftverkehrspolitik“ (*Hervorhebungen durch die Verfasserin*): Die Formulierung eines Wunsches (in der englischsprachigen Fassung *desiring*) drückt mehr Entschlossenheit aus als eine bloße Bekräftigung (*affirming*). Auch wird nur die Bedeutung anerkannt, die Umwelt zu schützen. Die Schaffung eines Höchstmaßes an Sicherheit weist hingegen einen viel deutlicheren Handlungsbezug auf.

295 Art. 48 lit. b S. 1 CA.

zierter Mehrheit der anwesenden Mitglieder getroffen.²⁹⁶ Mangels entsprechender Normierung im Chicagoer Abkommen als Primärrecht, das die ICAO konstituiert, kommt der ICAO-GV keine Kompetenz zu, gegenüber den ICAO Mitgliedstaaten verbindliches Recht zu setzen.²⁹⁷ Beschlüsse der ICAO-GV sind somit kein verbindliches Völkersekundärrecht.²⁹⁸ Die Regelungen der GV-Resolutionen werden vielmehr grundsätzlich als *soft law* eingeordnet.²⁹⁹

Regelungen des *soft law* – und hier in concreto die Resolutionen der ICAO GV³⁰⁰ – sind keine Normen des Völkerrechts im Sinne von Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut.³⁰¹ Im Allgemeinen werden *soft law*-Regelungen vielmehr wie folgt beschrieben:

“These instruments and norms all share a certain proximity to law and have a certain legal relevance, but at the same time they are not legally binding per se as a matter of law.”³⁰²

Es existiert jedoch keine trennscharfe einheitliche Begriffsbestimmung oder gar Definition dessen, was als *soft law* zu verstehen ist.³⁰³ Im Rückgriff auf die Erkenntnisse von *Knauff* sind folgende Merkmale als relevant anzusehen: eine Regelung des *soft law* hat Regelungscharakter, wurde von

296 Art. 48 lit. c S. 2 CA; notwendige Voraussetzung einer Beschlussfassung ist außerdem das Erreichen des Quorums, das durch Anwesenheit der Mehrheit der Vertragsstaaten erreicht wird, Art. 48 lit. c S. 1 CA.

297 Thürer in: MPEPIL, *Soft Law*, Rn. 11.

298 *Havel/Sanchez Aviation Law*, 59; *Huang Aviation Safety*, 187.

299 Zu den Voraussetzungen der Einordnung von Beschlüssen Internationaler Organisationen als *soft law* allgemein sowie übertragen auf die ICAO *Riedi Technische Normen der ICAO*, 54 ff. Speziell zu ICAO-Resolutionen *Weber ICAO*, § 2 Rn. 58; *Mendes de Leon/Correia/Erling/Leclerc Legal Arrangements MBM*, Studie DG Climate Dezember 2015, 33 ff.; *Erling Air & Space Law* 43 (2018), 371, 383; ohne explizite Bezeichnung als *soft law* *Piera CCLR* 2016, 144 f. *Huang Aviation Safety*, 189 ff. zieht das Konzept des „quasi-law“ heran. Allgemein auch *Klabbers International Organizations Law*, 157.

300 *Huang Aviation Safety*, 187 f.

301 Diese Norm erfasst vielmehr nur Völkervertragsrecht, Völkergewohnheitsrecht und allgemeine Rechtsgrundsätze, lit. d nennt daneben Rechtserkenntnisquellen. Mit umfassender Analyse der fehlenden Zuordnung des *soft law* zu Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut *Giersch Internationales Soft Law*, 72 ff.

302 Thürer in: MPEPIL, *Soft Law*, Rn. 2.

303 Zu anderen Definitionsversuchen mit unterschiedlicher Schwerpunktsetzung bzw. den Verzicht darauf siehe den Überblick bei *Giersch Internationales Soft Law*, 41 f.

Hoheitsträgern erlassen und weist zwar keine (Außen-)Rechtsverbindlichkeit, sehr wohl aber eine außerrechtliche Verbindlichkeit auf.³⁰⁴

Trotz ihrer (im Vergleich zum Recht im klassischen Sinne) fehlenden rechtlichen Bindungswirkung wird Regelungen des *soft law* vielfach eine anderweitige Verbindlichkeit zugeschrieben, die sie zu einem ‚Mehr‘ gegenüber einer bloß unverbindlichen Empfehlung macht.³⁰⁵ *Soft law* ist insofern weder völlig unverbindlich (im Gegensatz zu auf persönlichen Beziehungen fußenden Gentlemen's Agreements und sozialangemessenheitsbasierter Courtoisie) noch Recht im klassischen Sinne.³⁰⁶ Auch kann es nicht schlicht (im Sinne seiner Verrechtlichung) in die Rechtsordnung eingebunden werden; für möglich gehalten wird aber seine Anknüpfung und damit Anbindung an die Rechtsordnung mit der Folge gewisser normativer Steuerungswirkungen.³⁰⁷

304 Diese Bausteine arbeitet *Knauff* ebenenübergreifenden heraus; mzN und umfassender Aufarbeitung der Schwierigkeiten einer abschließenden Definition sowie des zugrundeliegenden auch völkerrechtlichen Diskurses *Knauff* Regelungsverbund, 214 ff. Seine im Ergebnis formulierte „Arbeitsdefinition“ (S. 228) lautet: „Soft Law sind verhaltensbezogene Regelungen, die von Hoheitsträgern bzw. mit der Ausübung von Hoheitsgewalt befassten Stellen geschaffen werden, die über keine oder nur eine auf die Innensphäre des Regelungsgebers bezogene Rechtsverbindlichkeit verfügen und die ihre Steuerungswirkung auf außerrechtlichen Wege erzielen.“ Ähnlich auch die vier von *Thürer* in: MPEPIL, Soft Law Rn. 8 angeführten, speziell völkerrechtlichen Bestandteile von *soft law*: Ausdruck von Erwartungen; geschaffen von einem Völkerrechtssubjekt; keine Rechtsverbindlichkeit im klassischen Sinne; dennoch gewisse normative Wirkung.

305 Mit einer Einordnung wie hier exemplarisch *Thürer* in: MPEPIL, Soft Law, Rn. 8; *Shelton* AJIL 100 (2006), 291, 322; *Vöneky* Recht, Moral und Ethik, 284 im Kontext der Frage nach der gewissen Verbindlichkeit von Ethikrat-Empfehlungen; im Ansatz auch IGH, Gutachten 08.07.1996 – ICJ Reports 1996, 226 – (Nuclear Weapons) Rn. 70 für Resolutionen der UN-GV: „The Court notes that General Assembly resolutions, even if they are not binding, may sometimes have normative value“, es folgen dann aber Ausführungen nur zur *opinio juris*.

306 *Hillgenberg* EJIL 10 (1999), 499, 500, 510; *Knauff* Regelungsverbund, 238 ff.

307 Mit den Begriffen der Einbindung und Anbindung *Knauff* Regelungsverbund, 396 ff. Zur Steuerungswirkung (im Kontext der Ethisierung des Völkerrechts) ähnlich *Vöneky* Ancilla Juris Special Issue: International Law and Ethics (2012), 1, 4. Diese Anbindung steht dabei nicht allen *soft law*-Ausprägungen offen, sondern wird von *Knauff* unter einem generellen Vorrang des Rechts von der Einhaltung rechtlich entlehnter Mindestanforderungen abhängig gemacht, nämlich der Einhaltung grundlegender rechtsstaatlicher Maßstäbe (Klarheit, Bestimmtheit, Transparenz), keine Umgehung der Kompetenzordnung und Beachtung von Strukturentscheidungen wie Grund- und Menschenrechten, *Knauff* Regelungsverbund, 399 ff. sowie prägnant *ders.* in: Schoch/Schneider

Die Formen der denkbaren gewissen normativen Wirkungen sind dabei vielgestaltig.³⁰⁸ Im Bereich des Völkerrechts kann *soft law* vor allem als Rechtsauslegungshilfe sowie als Hinweis auf bestehendes Gewohnheitsrecht (insbesondere *opinio juris*³⁰⁹) dienen oder Teil des Entstehungsprozesses von Völkervertrags- bzw. Völkergewohnheitsrecht sein. Für den vorliegenden Kontext ist darüber hinaus die Möglichkeit einer Verpflichtung zur Berücksichtigung von *soft law*-Regelungen hervorzuheben. Da *soft law* gerade nicht rechtsverbindlich ist, ist eine Abweichung von solchen Regelungen zwar grundsätzlich zulässig, wegen seiner anderweitigen Verbindlichkeit aber zumindest begründungsbedürftig. Denn mit der Schaffung von *soft law* wird bei den Beteiligten eine wechselseitige Erwartungshaltung und damit letztlich in gewissem Maße Vertrauen befördert, sich nicht in Widerspruch zu dem zu setzen, was auf Basis des eigenen Verhaltens im Hinblick auf den erfassten Inhalt der *soft law*-Regelungen erwartet werden kann.³¹⁰ Wer entgegen einer solchen Erwartungshaltung handelt, trägt die

VwVfG, Vorbemerkung § 35 Rn. 36. Auf in der Literatur daneben u.a. vertretene Ansätze der rechtstheoretischen Einordnung von *soft law* allgemein in eine diffundierende dritte Kategorie („Adaptive Rechtsquellen“ als „Beweglichem System“ statt Dichotomie von *hard* und *soft law*, Arndt Sinn und Unsinn von Soft Law, 124 ff.) sei an dieser Stelle im Interesse des Fokus dieser Arbeit auf die Wirkweise von klimaschutzbezogenem *soft law* im Kontext der ICAO nur hingewiesen.

- 308 Zum Folgenden Dupuy Michigan Journal of International Law 12 (1991), 420, 432 ff. Chinkin in: Shelton (Hrsg.) Commitment and compliance, 21, 30 f. Mit seinem ebenenübergreifenden Ansatz allgemeiner, aber i.E. in zwei Bereichen ähnlich Knauff Regelungsverbund, 489 ff. sowie ders. in: Schoch/Schneider VwVfG, Vorbemerkung § 35 Rn. 37: *Soft law* als Mittel zur Rechtsinterpretation, als Pflicht zur Auseinandersetzung mit den *soft law*-Inhalten sowie zusätzlich als (ergänzende) Handlungsgrundlage und als Anspruchsmittler.
- 309 IGH, Urteil 27.06.1986 – ICJ Reports 1986, 14 – (Nicaragua II - Merits) Rn. 188; IGH, Gutachten 08.07.1996 – ICJ Reports 1996, 226 – (Nuclear Weapons) Rn. 70.
- 310 Thürer in: MPEPIL, Soft Law Rn. 27, 37. In diese Richtung auch Hillgenberg EJIL 10 (1999), 499, 511 f.; Dupuy Michigan Journal of International Law 12 (1991), 420, 434; Chinkin in: Shelton (Hrsg.) Commitment and compliance, 21, 22, 31; im Ansatz auch Vitzthum in: Vitzthum/Proelß/Bothe (Hrsg.) Völkerrecht, 1. Abschnitt, Rn. 152. Dazu, speziell im Kontext des Umweltrechts (in dessen Dunstkreis sich auch die hier interessierenden Resolutionen A39-3 und A40-19 bewegen), aus Erwartungen gewisse normative Wirkungen von *soft law*-Regelungen abzuleiten zudem Friedrich International Environmental „soft law“, 254. Ferner wird auf den *bona fides* Grundsatz zurückgegriffen, z.B. Kotzur in: MPEPIL, Good Faith (Bona fide) Rn. 25, der auch für die ICAO gewisse Bedeutung hat, so Huang Aviation Safety, 185 mit Verweis auf ICAO Council

entsprechende „Argumentationslast“, was die Inhalte zum „Maßstab für die Legitimität staatlichen Partikularhandelns“³¹¹ macht und damit zwischenstaatlich und innerstaatlich erheblichen politischen Druck zu erzeugen vermag. *Knauff* geht dabei von der grundsätzlichen Beachtung der *soft law*-Inhalte aus und verlangt zunächst eine „Auseinandersetzungspflicht“ als Pflicht zur Befassung mit diesen.³¹²

Im Rahmen der ICAO sind die Resolutionen der GV als ICAO-Organ prägend für das Tätigwerden der ICAO im Bereich Klimaschutz. Sie sind Ausgangs- und Orientierungspunkt für die Akte der Sekundärrechtsetzung, die durch den ICAO Rat vorgenommen werden (dazu sogleich 3.), indem sie die Entwicklung konkreter Regelungen durch den Rat anstoßen und dazu konkrete Vorgaben machen. Von zentraler Bedeutung für diese Studie sind die GV-Resolutionen A39-3 und A40-19. Mit ihnen wurde die hier beschriebene Möglichkeit der ICAO zur Regelsetzung konkret aktiviert und mit klimaschützenden Regelungsinhalten gefüllt. Sie legen die Grundlage für das im Folgenden (Teil 2, 3 und 4) neben dem LuftV-EU-EHS im Mittelpunkt stehenden CORSIA. Da diese beiden Resolutionen (wie alle Resolutionen der ICAO-GV) aus einem Konglomerat an Vorschriften bestehen, erfolgt eine rechtliche Einordnung ihrer einzelnen Bestandteile gesammelt und im Kontext ihrer Genese und Wirkweise im nachfolgenden Abschnitt (B.II.3.a), der sich der Vorstellung des CORSIA widmet. Da sie als Resolutionen, wie hier bereits angeklungen, in gewissem Umfang normative Kraft entfalten können, ohne dass sich diese alleine durch Definition und abstrakten Bedeutungsgehalt hinreichend erfassen ließe, müssen die Resolutionen A39-3 und A40-19 einzelfallbezogenen

Working Paper C-WP/12979, Ziffer 3.2. Zwar ablehnend gegenüber Wirkungen aus Erwartungen bei stark zivilrechtlicher Aufladung (§ 242 BGB) *Arndt* Sinn und Unsinn von Soft Law, 74 ff., im Ergebnis aber in seiner rechtstheoretischen Eingliederung des *soft law* in die Rechtsquellenlehre (als „Adaptive Rechtsquellen“) für die nach ihren Eigenschaften „harte“ Ausprägung dieser Rechtsquellen ähnlich, S. 163 ff.: nicht nur Beachtlichkeit und Befassungspflicht, sondern teils auch abgeschwächte Befolgungspflicht mit begründungsbedürftiger Abweichungsmöglichkeit. Mit Bedenken auch *Giersch* Internationales Soft Law, 188 ff., der dabei aber zu einseitig auf die (was hier nicht bestritten wird) fehlende *Rechtsverbindlichkeit* fixiert ist.

311 *Schorkopf* ZAR 2019, 90, 93 mit beiden Formulierungen im Kontext des Migrationspaktes.

312 *Knauff* Regelungsverbund, 492 ff. Ähnlich für die Beschlüsse Internationaler Organisationen *Morhard* ILO-Übereinkommen, *soft law*, 192 f.: „Pflicht zur Auseinandersetzung und Rechenschaft“.

analysiert werden.³¹³ Als Kern ihrer besonderen rechtlichen Bedeutung wird sich dabei erweisen, dass sie eine Erwartungshaltung gegenüber den CORSIA-Staaten begründen, die CORSIA-Regelungen in ihrem nationalen Recht zu realisieren.

3. ICAO-Sekundärrechtsetzungskompetenz mit differenzierten Rechtsbindungen

Art. 37 Uabs. 1 lit. a-k CA statuiert eine Kompetenz der ICAO, Standards und Empfehlungen (Standards and Recommended Practices – SARPs) zu erlassen. Diese Verbandskompetenz³¹⁴ erstreckt sich auf elf Bereiche, wobei der Umwelt- und Klimaschutz nicht explizit genannt werden. Allerdings können SARPs gem. Art. 37 Uabs. 2 CA auch erlassen werden in Bezug auf³¹⁵

such other matters concerned with the safety, regularity, and efficiency of air navigation as may from time to time appear appropriate.

Die meisten Belange des Luftverkehrs dürften einen Bezug jedenfalls zu einem³¹⁶ der Bereiche Sicherheit, Regelmäßigkeit oder Leistungsfähigkeit aufweisen. Die Kompetenz der ICAO zur Schaffung von SARPs ist damit sehr umfassend ausgestaltet.³¹⁷ Umweltbezogene SARPs fallen ebenfalls

313 Für den Bereich Luftverkehrsrecht allgemein *Huang* Aviation Safety, 176. Allgemein für *soft law*-Regelungen *Dupuy* Michigan Journal of International Law 12 (1991), 420, 431. Zu den ICAO-Resolutionen A39-3 und A40-19 siehe B.II.3.a)i., S. 107 ff.

314 *Schaefer* Recht des Luftverkehrs, Rn. 29.

315 *Riedi* Technische Normen der ICAO, 79 geht für die explizit genannten Bereiche von einem Regelungsauftrag und mit Blick auf die Generalklausel auf ein Tätigwerden nach Ermessen aus.

316 Kritisch dazu, schon den Bezug zu einem der Bereiche, statt zu allen ausreichen zu lassen *Pache* Kerosinsteuer, Gutachten UBA April 2005, 28. Da technische Neuerungen, die einen Bezug zu allen drei Bereichen aufweisen, in tatsächlicher Hinsicht langfristig gesehen einen wichtigen Bestandteil für die Reduzierung der klimaschädlichen Wirkung des Luftverkehrs spielen, und auch marktbasierete Klimaschutzmaßnahmen eine dahingehende Steuerungswirkung mit entfalten (können), dürfte insofern auch unter Zugrundlegung der Ansicht von *Pache* Art. 37 UAbs. 2 CA einschlägig sein.

317 *Erler* Rechtsfragen ICAO, 115 bezeichnet sie als „eigentlich [...] unbeschränkte Kompetenz“. Dies entspricht auch der Praxis der ICAO-Staaten, *Riedi* Technische Normen der ICAO, 79.

unter diese weitgefasste Aufzählung.³¹⁸ Denn klimaschutzbezogene Maßnahmen haben jedenfalls einen Bezug zur Leistungsfähigkeit und mögliche Implikationen auf die Sicherheit im Flugbetrieb; technische Neuerungen dürften ebenso Einfluss auf die Regelmäßigkeit haben.

Häufig wurde die inhaltliche Linie für SARPs bereits in einer Resolution der ICAO-GV vorgezeichnet. Gem. Art. 54 lit. I CA liegt die Organzuständigkeit, die SARPs anzunehmen, beim ICAO-Rat. SARPs können („for convenience“) als Annex verabschiedet werden. Notwendig ist dafür eine Zweidrittelmehrheit der Mitglieder des Rates.³¹⁹ Bei einem Annex zum Chicagoer Abkommen handelt es sich um einen Beschluss der ICAO als gekorenem Völkerrechtssubjekt (vorgenommen durch dessen Organ, den ICAO-Rat), der nicht Teil des Abkommens selbst ist.³²⁰ Die darin enthaltenen Regelungen sind also der ICAO zuzurechnen. Standards und Empfehlungen wenden sich an die Mitgliedstaaten und sind abstrakt-genereller Natur. Der jeweilige Annex wird frühestens drei Monate nach seiner Übermittlung an die ICAO-Mitgliedstaaten wirksam, außer eine Mehrheit der ICAO-Mitgliedstaaten bringt dem ICAO-Rat ihre Ablehnung zur Kenntnis.³²¹ Die Wirksamkeit eines Annexes ist folglich aufschiebend bedingt durch die Nicht-Ablehnung aller ICAO-Mitgliedstaaten.³²²

Standards und Empfehlungen sind rechtlich je gesondert einzuordnen.³²³ Diese Einordnung wird nachfolgend als Frage der Regelset-

318 Liu CCLR 2011, 417, 421 spricht von „squeezed into“.

319 Art. 54 lit. I HS 2 iVm Art. 90 lit. a CA. Mit Begründung, warum es sich nicht um eine bloße Abstimmungsmehrheit handelt *Frenzel* Sekundärrechtsetzung IO, 78.

320 *Riedi* Technische Normen der ICAO, 112 f. trifft diese Einordnung in elaborierter Abgrenzung zur Schaffung eines neuen, eigenständigen völkerrechtlichen Vertrags und zur Änderung des Chicagoer Abkommens als bestehendem völkerrechtlichen Vertrag.

321 Art. 90 lit. a S. 2 CA: „Any such Annex or any amendment of an Annex shall become effective within three months after its submission to the contracting States or at the end of such longer period of time as the Council may prescribe, unless in the meantime a majority of the contracting States register their disapproval with the Council.“

322 *Frenzel* Sekundärrechtsetzung IO, 79; *Kaienburg/Wysk* in: Grabherr/Reidt/Wysk LuftVG, Einleitung E. Anhang II, Rn. 283.

323 Umfassend zu den sonstigen Regelungen zur Rechtsvereinheitlichung im Rahmen der ICAO (den sogenannten Procedures: Procedures for Air Navigation Services – PANS, Regional Air Navigation Plans – ANP, Regional Supplementary Procedures – SUPPs; und den Guidance Materials) die allerdings für den Klimaschutz mit Ausnahme der Guidance Materials keine Rolle spielen *Riedi* Technische Normen der ICAO, 281 ff., *Kaienburg/Wysk* in: Grabherr/Reidt/Wysk

zungsmöglichkeiten der ICAO für den Klimaschutz zunächst allgemein-überblicksartig gehalten. Die Einordnung speziell der CORSIA-Standards und Empfehlungen, die in inhaltlicher Ausfüllung dieser Möglichkeiten erfolgte, wird darauf aufbauend an späterer Stelle (B.II.3.b) im Gesamtkontext der Entstehung und Wirkweise dieses Systems vorgenommen.

a) Standards

Standards sind für die ICAO-Staaten grundsätzlich verbindliches Völkersekundärrecht.³²⁴ Art. 38 S. 1 CA³²⁵ eröffnet zwar eine Abweichungsmöglichkeit:³²⁶ Weicht ein Staat bei der Umsetzung der Standards von den

LuftVG, Einleitung E. Anhang II Rn. 277 ff. sowie bereits *Erler* Rechtsfragen ICAO, 128 ff.

- 324 Mittlerweile überwiegende Ansicht im Schrifttum, siehe *Abeyratne* Convention on International Civil Aviation, Art. 38, 423, 425; *Schaefer* Recht des Luftverkehrs, Rn. 31; *Schäffer* Schutz ziviler Luftverkehr vor Terrorismus, 103 ff.; *Weber* ICAO, Rn 107; *Frenzel* Sekundärrechtsetzung IO, 84, 88; wohl auch *Havel/Sanchez* Aviation Law, 63 f. Zum Meinungsstand *Kaienburg/Wysk* in: *Grabherr/Reidt/Wysk* LuftVG, Einleitung E. Anhang II, Rn. 297 ff. Umfassende Analyse der Verbindlichkeit bei *Riedi* Technische Normen der ICAO, 131 ff. Rn. 231 ff.; *Schäffer* Schutz ziviler Luftverkehr vor Terrorismus, 100 ff. *Kaienburg/Wysk* in: *Grabherr/Reidt/Wysk* LuftVG, Einleitung E. Anhang II, Rn. 300 ff. Mittlerweile als veraltet dürfte demgegenüber die Ansicht von *Buergenthal* Law-making in ICAO, 76 ff. gelten, Standards seien nicht verbindlich.
- 325 Article 38 CA *Departures from International Standards and Procedures*: „Any State which finds it impracticable to comply in all respects with any such international standard or procedure, or to bring its own regulations or practices into full accord with any international standard or procedure after amendment of the latter, or which deems it necessary to adopt regulations or practices differing in any Particular respect from those established by an international standard, shall give immediate notification to the International Civil Aviation Organization of the differences between its own practice and that established by the international standard. In the case of amendments to international standards, any State which does not make the appropriate amendments to its own regulations or practices shall give notice to the Council within sixty days of the adoption of the amendment to the international standard, or indicate the action which it proposes to take. In any such case, the Council shall make immediate notification to all other states of the difference which exists between one or more features of an international standard and the corresponding national practice of that State.”
- 326 *Frenzel* Sekundärrechtsetzung IO, 50 spricht daher von „Sekundärrechtsetzungsakte mit der Möglichkeit des Herausoptierens“. Zu anderen in diesem Kontext verwendeten Begrifflichkeiten *Riedi* Technische Normen der ICAO, 117, der in der Abweichungsmöglichkeit gewisse Parallelen zur Vorbehaltsmöglichkeit

verbindlichen Vorgaben der ICAO-Regelungen ab, muss er dies der ICAO schnellstmöglich anzeigen.³²⁷ Dabei ist eine solche Abweichung³²⁸ nur unter bestimmten Umständen zulässig, nämlich wenn der Staat die vollständige Befolgung für unpraktikabel oder abweichende nationale Regelungen für notwendig erachtet.³²⁹ Es handelt sich dabei um die Möglichkeit eines „faktischen Herausoptierens“³³⁰ bzw. eines *contracting out*³³¹. Für den Bereich der Hohen See besteht die Möglichkeit eines Herausoptierens ausweislich des Art. 12 S. 3 CA nicht.³³² Die Verbindlichkeit der Standards wird auch durch Art. 38 CA aber nicht grundsätzlich in Frage gestellt, sondern kann nur von einem Staat für sich teils ausgeschlossen werden.

Standards sind damit als Völkersekundärrecht zu qualifizieren, das die ICAO, eine internationale Organisation, als abgeleitetes und für ihre Mitglieder verbindliches Recht auf Grundlage einer entsprechenden Befugnis im primärrechtlichen Gründungsvertrag der Organisation geschaffen hat.³³³ Durch Art. 38 CA kann jeder Staat sich der rechtlichen Verbindlich-

nach Art. 19 iVm Art. 2 Abs. 1 lit. d WVK sieht, 119: Abweichungsmöglichkeit nach Art. 38 CA als „analoge Massnahme [sic] zum vertraglichen Vorbehalt“.

327 Umfassend zu den Modalitäten einer Abweichungsanzeige *Riedi Technische Normen der ICAO*, 126 ff.

328 Darunter sind höhere, niedrigere sowie ähnliche, aber nicht gleiche Anforderungen des nationalen Rechts bzw. in der Einzelfallanwendung im Vergleich zum jeweiligen ICAO-Standard zu verstehen, *ders. Technische Normen der ICAO*, 121 ff. mit Verweis auf ICAO Doc. C-WP/12412, Appendix A. Solche nationalen Abweichungen festzustellen, gestaltet sich in der Praxis nicht ganz leicht, *ebd.*, S. 124 f.

329 Deshalb bezeichnen *Mendes de Leon/Correia/Erling/Leclerc Legal Arrangements MBM*, Studie DG Climate Dezember 2015, 41 die Abweichungsmöglichkeit als „duty to justify non-compliance“.

330 *Frenzel Sekundärrechtsetzung IO*, 84, die Rechtsbindung der ICAO-Staaten ist zwar vorhanden, aber nicht „durchweg strikt“, S. 79.

331 *Kaenbourg/Wysk* in: *Grabherr/Reidt/Wysk LuftVG*, Einl. E. Anhang II, Rn. 289.

332 *Riedi Technische Normen der ICAO*, 216 f. mwN, der ICAO-Rat wendet Art. 12 aber nur auf Luftverkehrsregeln des Annex 2 CA an, S. 217 f.

333 Dazu allgemein *Arnauld Völkerrecht*, § 2 Rn. 128. Zum Begriff der Sekundärrechtsetzung Internationaler Organisationen und den Merkmalen solcher Akte auch *Frenzel Sekundärrechtsetzung IO*, 11 ff: Rechtsverbindlichkeit, Außenwirkung, ausschließlicher Adressatencharakter der Staaten im Verhältnis zur Internationalen Organisation als Normgeber und abstrakt-genereller Regelungsgehalt. Ähnlich bereits, allerdings unter dem Begriff „Sekundärgesetzgebung“, von dem *Frenzel* bewusst abgrenzt (S. 21 ff.), *Aston Sekundärgesetzgebung IO*, 37 ff., 51 ff.: Einseitiger Rechtsakt einer internationalen Organisation, rechtsverbindlicher Charakter, abstrakt-genereller Normgehalt. Kritisch zur Einordnung von Akten Internationaler Organisationen als Sekundärrecht als solcher

keit der Standards (mit Ausnahme des Bereichs der Hohen See) entziehen. Deshalb wird teils von „unechten“³³⁴ Akten der Sekundärrechtsetzung gesprochen. Für die übrigen Staaten hat dies keine Auswirkungen auf ihre Rechtsbindung an die Standards.³³⁵

b) Empfehlungen

Empfehlungen sind ebenfalls Teil der Annexe zum Chicagoer Abkommen.³³⁶ Ihre rechtliche Verbindlichkeit unterscheidet sich aber von der der Standards.³³⁷ Anders als bei den Standards impliziert schon die Begrifflichkeit „Recommendation“, dass es sich eher um eine Handlungsleitlinie handelt.³³⁸ Das Verfahren zum Erlass der Empfehlungen entspricht allerdings dem für Standards, was nahelegt, dass durch die Zustimmungserfordernisse im Rat jedenfalls eine gewisse normative Wirkung erzielt werden soll.³³⁹ Empfehlungen können damit, je nach konkretem Inhalt, als *soft law* eingeordnet werden.³⁴⁰

Ipsen in: HStR XI, § 220: Deutschland in internationalen Fachorganisationen Rn. 35 ff., weil in diesen Akten gerade keine Ähnlichkeit zum Unionsrecht hergestellt werden könne. Dabei wird aber jedenfalls eine gewisse Nähe zur Vorstellung einer begrenzten Einzelermächtigung zu Sekundärrechtsetzung und eine sehr weitreichende Befugnis zum Erlass verbindlicher Standards gerade bei der ICAO festgestellt, Rn. 40 f.

334 *Aston* Sekundärgesetzgebung IO, 171 f.; *Frenzel* Sekundärrechtsetzung IO, 50 f. hält diese Bezeichnung zwar grundsätzlich für treffend, betont aber ihre nur schlagwortartige Qualität.

335 *Kaienburg/Wysk* in: Grabherr/Reidt/Wysk LuftVG, Einleitung E. Anhang II, Rn. 290.

336 Art. 54 lit. I CA.

337 Mit extensiver Auslegung und Analyse der Staatenpraxis *Riedi* Technische Normen der ICAO, 221 ff. Rn. 403 ff.; knapper *Schaefer* Recht des Luftverkehrs, Rn. 31; *Schäffer* Schutz ziviler Luftverkehr vor Terrorismus, 99 f. Zum Meinungsstand *Kaienburg/Wysk* in: Grabherr/Reidt/Wysk LuftVG, Einleitung E. Anhang II, Rn. 354 ff.

338 *Kaienburg/Wysk* in: Grabherr/Reidt/Wysk LuftVG, Einleitung E. Anhang II, Rn. 360; *Schäffer* Schutz ziviler Luftverkehr vor Terrorismus, 99.

339 *Kaienburg/Wysk* in: Grabherr/Reidt/Wysk LuftVG, Einleitung E. Anhang II, Rn. 358.

340 Für die konkrete Einordnung im Einzelfall stellen *dies.* in: Grabherr/Reidt/Wysk LuftVG, Einleitung E. Anhang II, Rn. 372 ff. in Anlehnung an *Huang* Aviation Safety, 191 ff. drei Voraussetzungen auf: verordnender Charakter, Annahme durch den ICAO-Rat und dass die Regelung zu bindendem Recht werden soll.

IV. Klimaschutzdienliche Maßnahmen: ICAO's basket of measures und Rolle des CORSIA

Die ICAO strebt an, bis zum Jahr 2050 im internationalen Luftverkehr sektorbezogen eine jährliche Verbesserung der Treibstoffeffizienz um 2% zu erreichen. Außerdem soll der Luftverkehr ab 2020 CO₂-neutral wachsen.³⁴¹ Die Ziele sind zwar nicht in dem Sinne verbindlich, dass sie den ICAO-Staaten individuelle Verpflichtungen auferlegen. Sondern sie stellen *soft law*-Regelungen dar, in denen die Absicht der ICAO und ihrer Mitgliedstaaten formuliert wird, zur Zielerreichung gemeinsam Anstrengungen zu unternehmen. Als solche bilden sie die Grundlage und den Referenzpunkt künftiger Maßnahmen der ICAO für den Klimaschutz.³⁴²

Erreicht werden sollen diese Ziele durch ein Maßnahmenpaket (*basket of measures*), das aus vier Säulen besteht: technologische Verbesserungen, Verbesserungen im Betrieb, nachhaltigen Treibstoffen und dem CORSIA.³⁴³ Während die ersten drei Säulen technische Maßnahmen vorsehen, um den internationalen Luftverkehr klimaverträglicher zu machen, beinhaltet die vierte Säule einen marktbasierten Mechanismus.³⁴⁴

Die technischen Maßnahmen, zu denen eine Verbesserung der Motoren und weiteren Teilen eines Luftfahrzeugs, der Betriebsabläufe und Flugstrecken gehören, führen zu einer Effizienzsteigerung beim Treibstoffverbrauch und damit zu einem verringerten Treibstoffausstoß bei vergleichbaren Flugbewegungen.³⁴⁵ Insbesondere wurde ein CO₂-Standard für Luftfahrzeuge geschaffen. Danach dürfen zunächst neue Luftfahrzeuge, die ab dem Jahr 2020 eine Typenzulassung beantragen und ab 2028 auch

341 Erstmals in Ziffer 4 und 6 Resolution A37-19 aus dem Jahr 2010, wiederholt in Ziffer 5 und 7 Resolution A38-18 und Ziffer 4 und 6 Resolution A39-2; Ziffer 4 und 6 Resolution A40-18.

342 *Piera* in: De Mestral/Fitzgerald/Ahmad (Hrsg.) Occasional Paper Series: Sustainable International Civil Aviation, X. Getting Global Cooperation: ICAO and Climate Change, 20 f.

343 Ziffer 19 lit. c Resolution A38-18.

344 *Ahmad* Annals of Air and Space Law 39 (2014), 75, 84. Daneben sind die ICAO-Mitgliedstaaten dazu angehalten, freiwillig und mit Unterstützung der ICAO ihre Langzeit-Strategie für den Klimaschutz in State Action Plans festzuhalten und so den Prozess zur Schaffung von Maßnahmen durch die ICAO zu ergänzen, https://www.icao.int/environmental-protection/Pages/ClimateChange_ActionPlan.aspx (letzter Abruf 17.02.2020).

345 Zu den konkreten technischen Maßnahmen der Luftverkehrsindustrie *Gill* CCLR 2016, 118. Zur Rolle der IATA als Dachverband der Luftfahrtunternehmen unten § 6, S. 173 ff.

alle anderen Luftfahrzeuge bestimmte CO₂-Emissionsmengen nicht überschreiten.³⁴⁶ Die Verwendung nachhaltiger Treibstoffe kann die Emissionen eines Luftfahrzeugs je nach verwendeter Zusammensetzung senken.³⁴⁷

Diese technischen Maßnahmen allein reichen aber nicht aus, um einen gehaltvollen Beitrag zum Klimaschutz im Luftverkehr zu leisten.³⁴⁸ Insbesondere lässt die Regulierung nur über CO₂-Standards, da sie nur im Zeitpunkt der Zulassung greifen, unberücksichtigt, wie viel und welche konkreten Strecken ein zugelassenes Flugzeug fliegt und damit, wie viele Emissionen es bei seiner Luftverkehrstätigkeit ausstößt. Deshalb kommt dem marktbasierten CORSIA eine herausgehobene Stellung im Maßnahmenpaket der Klimaschutzmaßnahmen der ICAO zu. Zudem schafft das CORSIA in gewissem Maße Anreize für eine Verwendung alternativer Treibstoffe.³⁴⁹ Auch die rechtlichen Wechselwirkungen zu den klimaschutzbezogenen Maßnahmen der EU im Luftverkehr (dazu unten § 10) finden auf Seiten der ICAO ihren Anknüpfungspunkt im CORSIA. Daher wird das CORSIA nachfolgend inhaltlich vorgestellt und seine Regelungsstrukturen einer vertieften rechtlichen Analyse unterzogen.

346 2.1.1 Annex 16 III- Aeroplane CO₂ Standard.

347 Im Überblick zu den drei technischen Säulen *Erling Air & Space Law* 42 (2017), 1, 3 f. Die rechtliche Einkleidung dieser Maßnahmen unterscheidet sich von Säule zu Säule: Regelungen mit technischen Vorgaben wurden durch SARPs in Annex 18 III geschaffen. Operationelle Verbesserungen unterstützt die ICAO vor allem durch Anleitungen und Informationsmaterial (*ICAO Operational Measures*, online). Zur Förderung der Einführung von nachhaltigen Treibstoffen bietet die ICAO eine Online-Plattform zum Informationsaustausch und organisiert Veranstaltungen (*dies. SAF*, online).

348 *Ahmad Annals of Air and Space Law* 39 (2014), 75, 84 ff. Die ICAO hält diese drei Säulen ebenfalls nicht für ausreichend, um ihre angestrebten Ziele zu erreichen, Ziffer 3, 4 Resolution A39-3; wiederholt in Ziffer 3, 4 Resolution A40-19.

349 Diese Anreize werden aber unter aktuellen Gegebenheiten weiter als nicht hinreichend eingeschätzt (insbesondere wegen der hohen Herstellungskosten), alternativen Treibstoffen gegenüber konventionellen Treibstoffen zum Durchbruch zu verhelfen, *Bullerdiek/Kaltschmitt Zeitschrift für Energiewirtschaft* 44 (2020), 119, 128 f.

B. Das Carbon Offsetting and Reduction Scheme for International Aviation (CORSIA)

I. Genese

Im Jahr 2013 beschloss die ICAO-GV, dass ein globales markbasiertes System entwickelt werden soll.³⁵⁰ Dafür sollte der ICAO-Rat mit Unterstützung der ICAO-Mitgliedstaaten die Details erarbeiten, um in der 39. Sitzung der GV über ein entsprechendes System beschließen zu können.³⁵¹ Nach intensiven Vorarbeiten³⁵² wurde im Rahmen der 39. Sitzung der GV am 27. September 2016 in Montreal mit der Resolution A39-3 die Einführung eines *Carbon Offsetting and Reduction Scheme for International Aviation* (CORSIA) beschlossen.³⁵³ Im Jahr 2019 ersetzte die Resolution A40-19 diese Resolution A39-3.³⁵⁴ Diese wiederholt im Wesentlichen den Beschluss der Einführung des CORSIA und dessen zentrale Modalitäten.³⁵⁵ Eine nähere Ausgestaltung, Operationalisierung und gesteigerte Verbindlichkeit erfährt das CORSIA insbesondere durch die Standards and Recommended Practices (SARPs), die der ICAO-Rat im Jahr 2018 als Annex 16 IV zum Chicagoer Abkommen erlassen hat. Die verschiedenen Regelungen, die den Geltungs- und Anwendungsbereich (dazu sogleich II.1.) sowie die Funktionsweise des CORSIA (dazu II.2.) konturieren, sind dabei rechtlich je unterschiedlich einzuordnen (dazu II.3.).

350 Ziffer 18 Resolution A38-18.

351 Ziffer 19 lit. a, c, d Resolution A38-18. Daneben sollten zu Informationszwecken Seminare und Workshops veranstaltet werden, an denen Angehörige von Staaten und anderen relevanten Organisationen teilnehmen konnten, Ziffer 19 lit. b Resolution A38-18.

352 Durch die Environmental Action Group (EAG), des CAEP, im Rahmen des Rates und in der 39. GV, *Abeyratne Journal of World Trade* 51 (2017), 425, 428 ff.

353 Ziffer 5 Resolution A39-3 Consolidated statement of continuing ICAO policies and practices related to environmental protection – Global Market-based Measure (MBM) scheme.

354 Ziffer 1 Resolution A40-19.

355 Ziffer 5 und 9-17, 20-22 Resolution A40-19. Eingeleitet werden diese Wiederholungen durch „Recalls its decision at the 39th Session that [...]“.

II. Funktionsüberblick

1. Geltungs- und Anwendungsbereich

Die Regelungen der ICAO zum CORSIA gelten nur gegenüber den Staaten. Erst die nationalen Regelungen der Staaten, die die CORSIA-Regelung umsetzen, erfassen dann die Luftfahrzeugbetreiber als Regelungsunterworfenen. Die CORSIA-Regelungen machen Vorgaben dazu, welche Luftfahrzeugbetreiber durch nationales Recht zu erfassen sind. Deshalb wird im Folgenden zwischen dem Geltungsbereich gegenüber den Staaten (a) und dem Anwendungsbereich gegenüber den Luftfahrzeugbetreibern (b) unterschieden.

a) Geltungsbereich gegenüber Staaten

Gegenüber welchen Staaten die CORSIA-Regelungen Geltung haben, verändert sich im zeitlichen Verlauf. Die Implementierung des CORSIA erfolgt in drei Stufen (*phased implementation*)³⁵⁶: In der Pilotphase (2021-2023) können die ICAO-Staaten ihre Teilnahme freiwillig erklären. Nur diejenigen Staaten, die eine solche Erklärung abgegeben haben, nehmen an der Pilotphase teil. An der ersten Phase (2024-2026) nehmen diejenigen Staaten teil, die bereits für die Pilotphase ihre Teilnahme erklärt haben und diejenigen, die dies für die erste Phase tun. Ab der zweiten Phase (2027-2035) nehmen dann grundsätzlich alle ICAO-Staaten teil.³⁵⁷ Davon ausgenommen sind Staaten mit einem sehr geringen Anteil an den weltweiten Luftverkehrsbewegungen („activity-based criterion“³⁵⁸) sowie besonders vulnerable Staaten („socioeconomic criterion“³⁵⁹).³⁶⁰ Staaten, die ihre Teilnahme freiwillig bereits für die ersten Pilot- und erste Phase

356 Ziffer 9 Resolution A40-19.

357 Zur rechtlichen Verbindlichkeit von Resolutionen der ICAO-GV sowie den SARP des ICAO-Rates und damit möglichen Ausnahmen siehe unten 3.a), S. 105 ff.

358 COM Assessment CORSIA (externes Gutachten), Ref. Ares(2021)1483539, 47.

359 COM Assessment CORSIA (externes Gutachten), Ref. Ares(2021)1483539, 47.

360 Ziffer 9 lit. e Resolution A40-19. Zu den vulnerablen Staaten gehören: Least Developed Countries (LDCs), Small Island Developing States (SIDS) und Land-locked Developing Countries (LLDCs). Damit wären laut COM Assessment CORSIA (externes Gutachten), Ref. Ares(2021)1483539, 47 159 Staaten vom CORSIA ausgenommen.

erklärt haben oder ab der zweiten Phase ab 2027 teilnehmen, werden im Folgenden als „CORSIA-Staaten“ bezeichnet. Darüber, wie das CORSIA über das Jahr 2035 hinaus fortbestehen wird, ist von Seiten der ICAO noch keine Entscheidung getroffen.³⁶¹

Es ist also vorgesehen, dass sich der Geltungsbereich gegenüber den Staaten stetig erweitert. Das CORSIA soll sich von einem freiwilligen Klimaschutzsystem in den beiden Eingangsphasen zu einem nahezu global umfassenden System entwickeln. Für die Pilotphase haben 88 Staaten ihre Teilnahme bereits ab dem Jahr 2021 erklärt.³⁶² Ab dem Jahr 2022 haben 107 Staaten ihre Teilnahme erklärt.³⁶³ Einen Anreiz zur Teilnahme bietet, dass die ICAO eine stetig aktualisierte Liste mit den freiwillig teilnehmenden Staaten auf ihrer Homepage veröffentlicht.³⁶⁴ Denn mit einer freiwilligen Teilnahme können die Staaten ihre Bereitschaft zeigen, für den Klimaschutz im Luftverkehr tätig zu werden. Durch die Nennung auf der Liste können alle anderen Staaten und nicht-staatliche Akteure, bspw. NGOs, dieses Engagement wahrnehmen. Daraus können Reputationsgewinne für die freiwillig teilnehmenden CORSIA-Staaten bzw. Reputationsverluste der nicht-teilnehmenden Staaten entstehen. Außerdem werden die freiwillig teilnehmenden Staaten, für die eine Implementierung der CORSIA-Regelungen mit Schwierigkeiten verbunden ist, besonders bei der Implementierung und Umsetzung unterstützt.³⁶⁵ Das CORSIA arbeitet also mit positiven und negativen Anreizen, um von Anfang an eine möglichst hohe Teilnahmerate zu erzielen.³⁶⁶

361 Ziffer 17 lit. c Resolution A40-19, im Jahr 2032 soll hierzu eine spezielle Überprüfung stattfinden.

362 Siehe ICAO-Dokument CORSIA States, 1. Ed. Juli 2020. Aktuelle Berechnungen der ICAO zur prozentualen Abdeckung des Systems gibt es nicht. Die letzte Berechnung datiert vom 27. Februar 2020. Damals hatten 82 Staaten ihre Teilnahme erklärt; diese repräsentierten 76,64% aller internationalen Luftverkehrsaktivitäten (so ICAO State Pairs as of 27 February 2020, online). Dies entsprach ca. 35% des gesamten (also internationalen und nationalen Luftverkehrs), so COM Assessment CORSIA (externes Gutachten), Ref. Ares(2021)1483539, 51 f. Zu den Staaten, die in der zweiten Phase nicht ausgenommen wären und ihre freiwillige Teilnahme (noch) nicht erklärt haben, gehören laut COM Assessment CORSIA (externes Gutachten), Ref. Ares(2021)1483539, 52 ff.: China, Russland, Indien, Brasilien und Vietnam.

363 Siehe ICAO-Dokument CORSIA States, 3. Ed. September 2021.

364 Ziffer 9 lit. d Resolution A40-19.

365 Siehe ICAO CORSIA Buddy Partnerships, online.

366 Es wird ein Reputations-Club gebildet, dessen Teil nur freiwillig teilnehmende Staaten sind. Mit ähnlichen Konstellationen in den Bereichen der Bekämpfung der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung *van Aaken* RWiss 2013, 227,

b) Anwendungsbereich gegenüber Luftfahrzeugbetreibern

Die CORSIA-Vorgaben der ICAO sehen vor, dass grundsätzlich alle Luftfahrtfahrzeugbetreiber („aeroplane operator“) auf denjenigen Strecken vom CORSIA erfasst sind, die sie zwischen zwei teilnehmenden Staaten zurücklegen.³⁶⁷ Es werden nur Strecken des internationalen und damit zwischenstaatlichen Luftverkehrs erfasst.³⁶⁸ Damit bestimmt sich der räumliche Anwendungsbereich nach einem sogenannten „route-based approach“³⁶⁹. Ob und ab wann ein Luftfahrzeugbetreiber dem CORSIA unterworfen ist, richtet sich danach, ob und ggf. ab wann diejenigen Staaten, zwischen denen die Flugstrecke liegt, am CORSIA (freiwillig) teilnehmen. Der sachliche und zeitliche Anwendungsbereich gegenüber den Luftfahrzeugbetreibern ist also auf Grundlage des Geltungsbereichs gegenüber den Staaten zu ermitteln. Vom Anwendungsbereich ausgenommen sind neue Marktteilnehmer für bis zu drei Jahre, Kleinemittenten und Luftverkehrsbewegungen mit besonderen Zwecken (humanitäre-, Rettungs- oder Löschflüge).³⁷⁰

2. Funktionsweise als Offsetting System

Schon die Bezeichnung „*Carbon Offsetting and Reduction Scheme for International Aviation*“ macht die Funktionsweise des CORSIA als „Klimakompensationssystem“³⁷¹ für CO₂-Emissionen deutlich. Das CORSIA verfolgt als Grundprinzip, dass CO₂-Emissionen, die im Rahmen des internationalen Luftverkehrs entstehen, durch den emittierenden Luftfahrzeugbetreiber ausgeglichen werden, sofern sie oberhalb einer bestimmten Basisgrenze liegen. Als Basisgrenze werden für die Pilotphase (2021-2023) die Emissionen des Jahres 2019 festgelegt, für die weiteren Phasen gelten die Durchschnittsemissionen der Jahre 2019/2020. Ursprünglich sollte auch für die Pilotphase die Basisgrenze durch die Durchschnittsemissionen der

260 f. Zur Clubtheorie (*theory of clubs*) und dem Klimaclub-Ansatz, die insofern die Hintergrundfolie auch für den Vergleich zum LuftV-EUEHS bilden werden, unten Teil 3, S. 262 ff.

367 Ziffer 10 Resolution A40-19.

368 Rein innerstaatliche Strecken können bei nationaler Präferenz aber ebenfalls durch nationales Recht einbezogen werden.

369 Erling Air & Space Law 42 (2017), 1, 7.

370 Ziffer 12, 13 Resolution A40-19.

371 Maertens/Scheelhaase/Grimme/Jung Wirtschaftsdienst 2017, 588.

Jahre 2019 und 2020 gebildet werden.³⁷² Im Zuge der Corona-Pandemie hatte der Luftverkehr jedoch ab dem Frühjahr 2020 unvorhersehbar massive Einbußen in seiner Tätigkeit zu verzeichnen, die die Basisgrenze für das CORSIA in unvorhergesehenem Maße reduziert hätte. Mit der Begründung, damit unangemessene wirtschaftliche Belastungen der Luftfahrzeugbetreiber durch unvorhergesehen höhere CORSIA-Ausgleichsverpflichtungen zu vermeiden, ersetzte der ICAO-Rat für die Pilotphase den Durchschnittswert 2019/2020 als Referenzwert der Basisgrenze durch die Emissionen nur des Jahres 2019.³⁷³ Über eine etwaige Veränderung des Referenzjahres auch für die weiteren Phasen wurde noch nicht entschieden, so dass es (zunächst) bei der ursprünglichen Festlegung bleibt.³⁷⁴

Zum Ausgleich sollen Ausgleichszertifikate erworben und abgegeben werden, die von Ausgleichsprojekten in anderen Sektoren generiert wurden.³⁷⁵ Ein Ausgleichszertifikat verbrieft, dass durch das jeweilige Ausgleichsprojekt eine Tonne CO₂ eingespart wurde, die ohne das Ausgleichsprojekt emittiert worden wäre.³⁷⁶ Im Endeffekt werden damit die Emissionen des Luftverkehrs, die über die Emissionen der Jahre 2019/2020³⁷⁷ hinausgehen, durch die Einsparungsanstrengungen in anderen Sektoren neutralisiert. Diese Entwicklung bezeichnet die ICAO als „Carbon Neutral Growth“ (CNG).³⁷⁸

Die jährlichen Ausgleichsverpflichtungen eines Luftfahrzeugbetreibers werden zunächst ermittelt, indem seine Jahresemissionen mit dem Wert

372 Ziffer 5 Resolution A40-19.

373 Dies lässt sich bisher nur aus einer veröffentlichten Pressemitteilung der ICAO entnehmen, siehe ICAO ICAO Council agrees to the safeguard adjustment for CORSIA in light of COVID-19 pandemic, online, 30.06.2020.

374 Dies soll erst im Rahmen des *review*-Prozesses im Jahr 2022 geschehen, siehe *dies*. CORSIA and COVID-19, online.

375 Diese können durch eine Investition in Klimaschutzprojekte oder auf entsprechenden Märkten für Kompensationszertifikate erworben werden, *Maertens/Scheelhaase/Grimme/Jung* Wirtschaftsdienst 2017, 588, 589, müssen aber bestimmte Zulässigkeitskriterien erfüllen.

376 *Scheelhaase/Maertens/Grimme/Jung* Journal of Air Transport Management 67 (2018), 55, 57.

377 Wie angesprochen gilt für die Pilotphase aber nur das Jahr 2019 als Referenzjahr. Außerdem dürfen die Luftfahrtunternehmen in der Pilotphase wählen, ob sie die Emissionen des jeweiligen Jahres (2021, 2022, 2023) oder für alle drei Jahre der Pilotphase stets die Emissionen des Jahres 2019 (auch hier eine Corona-Anpassung statt des Jahres 2020) heranziehen wollen, siehe Ziffer 11 lit. e i) b) Resolution A40-19.

378 ICAO Annual Report 2013 / Strategic Objective Environmental Protection, online.

multipliziert werden, der das sektorbezogene Wachstum für das betreffende Jahr abbildet (*sectoral approach*).³⁷⁹ Ab dem Jahr 2032 wird dann verstärkt das individuelle Wachstum des Luftfahrzeugbetreibers berücksichtigt (*individual approach*).³⁸⁰ Grundlage der Jahresemissionen des Luftfahrzeugbetreibers ist sein jährlich zu erstattender Emissionsbericht. Diesen erstellt der Betreiber in Übereinstimmung mit seinem vorab einzureichenden „Emissions Monitoring Plan“³⁸¹ auf Grundlage seines gemessenen Treibstoffverbrauchs auf den Strecken, die in den CORSIA-Anwendungsbereich fallen. Im Anschluss erfolgt eine Verifizierung des Berichts durch eine akkreditierte Verifizierungsorganisation.³⁸² Soweit bei den Luftverkehrstätigkeiten Treibstoffe verwendet werden, deren CO₂-Emissionswert geringer ist als der konventioneller Treibstoffe und die dabei als so bezeichnete *CORSIA Eligible Fuels* bestimmte Nachhaltigkeits-Voraussetzungen erfüllen, verringert sich die auszugleichende Emissionsmenge.³⁸³ Da die Verwendung solcher Treibstoffe voraussichtlich teurer ist als der Erwerb von Ausgleichszertifikaten, werden sie für das CORSIA *in praxi* eine geringere Rolle spielen als der Emissionsausgleich.³⁸⁴ Daher steht gerade dieser Ausgleich im Fokus der weiteren Untersuchung.

Der Ausgleichsverpflichtung kann nur durch solche Ausgleichszertifikate genügt werden, die bestimmte Zulässigkeitskriterien (*emission units criteria* – EUC) erfüllen.³⁸⁵ Für die Erfüllung der Ausgleichsverpflichtung werden jeweils drei Jahre zu einem sogenannten *compliance cycle* zusammengefasst. Erst bis zum Ende der Laufzeit eines *compliance cycle* müssen

379 Ziffer 11 iVm Ziffer 11 lit. b, c Resolution A40-19. Für die Pilotphase gilt die in Fn. 377 erwähnte Ausnahme gem. lit. e i)b).

380 Ziffer 11 lit. e iv), v) Resolution A40-19. *Scheelhaase/Maertens/Grimme/Jung* Journal of Air Transport Management 67 (2018), 55, 57 f. Dazu mit einer Aufstellung, wonach sich der Wachstumsfaktor im Lauf der Jahre richtet *Erling Air & Space Law* 42 (2017), 1, 7 f.

381 2.2.2.1 Annex 16 IV CA.

382 Dazu Kapitel 2.2-2.4 Annex 16 IV CA. Sofern und soweit sogenannte nachhaltige Treibstoffe verwendet wurden, reduziert sich die Ausgleichspflicht, Kapitel 2.3. und 3.3 Annex 16 IV.

383 3.3.1, 2.2.4.1 Annex 16 IV CA. Siehe die fünf ICAO-Dokumente *CORSIA Eligible Fuels*. Zu den Nachhaltigkeits-Voraussetzungen siehe ICAO-Dokument „CORSIA Sustainability Criteria for CORSIA Eligible Fuels“. Die zulässigen alternativen Treibstoffe müssen von Produzenten stammen, die von einer akkreditierten Stelle zertifiziert wurden (siehe 2.2.4.2 Annex 16 IV CA).

384 Mit dieser Einschätzung COM Assessment CORSIA (externes Gutachten), Ref. Ares(2021)1483539, 94 f.

385 Ziffer 22 Resolution A40-19. Dazu näher unten § 15 B.II., S. 341 ff.

die Ausgleichsverpflichtungen dieser drei Jahre erfüllt sein.³⁸⁶ Für die Jahre 2021, 2022 und 2023 müssen die Verpflichtungen also erst bis Ende des Jahres 2023 erfüllt sein, das das Ende des ersten *compliance cycle* markiert. Die „Abgabe“ der Zertifikate erfolgt digital durch Löschung der verwendeten Zertifikate in einem elektronischen Register.³⁸⁷

Auf nationaler Ebene sollen Register bestehen, in die Informationen über die beteiligten Luftfahrzeugbetreiber des Staates, deren Emissionsmengen und Ausgleichsverpflichtungen und gelöschte Emissionszertifikate eingespeist werden.³⁸⁸ Eine Pflicht, dass nationale Register öffentlich zugänglich sind, besteht nicht. Gebündelt werden die Daten verschiedener nationaler Register in einem zentralen Register der ICAO, dem *CORSIA Central Registry*.³⁸⁹ Diese Daten werden von der ICAO in konsolidierter Form auf ihrer Website öffentlich bereitgestellt werden.³⁹⁰

Während die Ausgleichsverpflichtungen erst ab dem Jahr 2021 gelten sollen, sollten die Pflichten zur Überwachung von und Berichterstattung über den Treibstoffverbrauch und das dadurch emittierte CO₂ bereits ab dem Jahr 2019 Anwendung finden.

3. In concreto: Regelungsstrukturen

Die rechtlichen Grundlagen des CORSIA ergeben sich aus Regelungen, die in ihrem Konkretisierungsgrad und ihrer rechtlichen Verbindlichkeit abgestuft sind. Ein Gesamtbild ergibt sich erst in der Zusammenschau. Von besonderer Bedeutung sind dabei die Vorgaben der Resolution A39-3 aus dem Jahr 2016 und A40-19 aus dem Jahr 2019 (dazu a) sowie die SARPs des Annex 16 IV aus dem Jahr 2018 (dazu b). Nachfolgend wird ein Überblick über die Inhalte der verschiedenen Regelungen gegeben und

386 Der erste *compliance cycle* dauert vom Jahr 2021 bis 2023. Ziffer 15 Resolution A40-19. *Erling Air & Space Law* 42 (2017), 1, 5 f.

387 *ders.* *Air & Space Law* 42 (2017), 1, 9. Es muss eine Löschung im Register des jeweiligen Ausgleichsprogramms stattfinden, das das Zertifikat generiert hat, 4.2.2 lit. a Annex 16 IV. Gegenüber dem zuständigen Staat soll das Luftfahrtunternehmen einen verifizierten Bericht über die Löschung erstatten, 4.3.1 Annex 16 IV. Der Staat meldet die Löschung dann weiter an die ICAO, 4.3.2 Annex 16 IV.

388 Ziffer. 20 lit. h A39-3. *ICAO Secretariat CORSIA Central Registry*, Workshop-Präsentation 2019, 6.

389 Ziffer 19 lit. d Resolution A40-19.

390 *ICAO Secretariat CORSIA Central Registry*, Workshop-Präsentation 2019, 5 f. Näher dazu unten § 12 B.II., S. 284 ff.

dabei die vorab überblickshaft vorgestellte Funktionsweise des CORSIA an konkrete Regelungen anknüpft. Die rechtliche Einordnung dieser Regelungen baut auf den obigen Ausführungen (inklusive Nachweisen) zu den allgemein bestehenden Regelungsmöglichkeiten der ICAO (A.III.2. und 3.) auf, die durch die CORSIA-Regelungen konkret ausgefüllt werden. Die zahlreichen weiteren Leitlinien und sonstige Dokumente der ICAO³⁹¹ werden nach Bedarf ebenfalls berücksichtigt.

a) Resolutionen, insbes. A39-3 und A40-19

Die Resolution A39-3 der ICAO-GV aus dem Jahr 2016 bildete das Fundament des CORSIA. Zentraler Inhalt dieser Resolution ist die Entscheidung, ein globales Ausgleichssystem für den Luftverkehr zu etablieren:

“[The Assembly ...]

5. *Decides* to implement a GMBM [= Global Market Based Mechanism, *Anm. Der Verfasserin*] scheme in the form of the Carbon Offsetting and Reduction Scheme for International Aviation (CORSIA) to address any annual increase in total CO₂ emissions from international civil aviation (i.e. civil aviation flights that depart in one country and arrive in a different country) above the 2020 levels, taking into account special circumstances and respective capabilities;”³⁹²

Im Jahr 2019 wurde die Resolution A39-3 durch die Resolution A40-19 ersetzt, wobei die zentralen Modalitäten des CORSIA bereits mit der früheren Resolution festgelegt waren und in der Resolution aus dem Jahr 2019 wiederholt werden.³⁹³ Die Resolutionen enthalten verschiedene Regelungen, die sich nach Inhalt und Rechtswirkung als *soft law* (dazu i.), ICAO-interne Zuweisungen an den ICAO-Rat (dazu ii.) und sonstige Regelungen (dazu iii.) kategorisieren lassen.

391 Siehe dazu die Liste in Part II Ch. 1 Note 2 Annex 16 IV zum CA.

392 Ziffer 5 Resolution A39-3.

393 Dazu bereits oben I., S. 99 f. Eingeleitet werden diese Wiederholungen durch „Recalls its decision at the 39th Session that“.

i. CORSIA-Rahmenbedingungen durch soft law

In einer ersten Konkretisierung der Grundentscheidung der Ziffer 5 Resolution A39-3 werden in den Resolutionen A40-19 und A39-3 die Rahmenbedingungen für die Funktionsweise des CORSIA festgelegt, die die vorstehend vorgestellte Funktionsweise des CORSIA konturieren.³⁹⁴ Die CORSIA-Staaten werden aufgefordert³⁹⁵, die relevanten Regelungen zur Schaffung eines *Monitoring, Reporting and Verification Systems* (MRV-System) zu implementieren und dabei Kooperationsbeziehungen zueinander aufzunehmen³⁹⁶, ein Register zu etablieren und dabei ebenfalls Kooperationsbeziehungen aufzunehmen.³⁹⁷ Weiterhin sollen sie einen Regelungsrahmen für das CORSIA im nationalen Recht schaffen, um Compliance mit und die Durchsetzung des CORSIA zu gewährleisten.³⁹⁸

Die Rahmenbedingungen wenden sich dem Wortlaut nach direkt an die Luftfahrzeugbetreiber bzw. statuieren ohne expliziten Adressaten den zeitlichen, räumlichen und personellen Anwendungsbereich des CORSIA. Dies ist insoweit überraschend, als die Regelungen Teil einer Resolution der ICAO-GV sind. Resolutionen der ICAO-GV sind Regelungskonglomerate einer Internationalen Organisation. Als solche können sie nur die ICAO-Staaten als klassische Völkerrechtssubjekte verpflichten, nicht aber die Luftfahrzeugbetreiber als Individuen. Zwar können Individuen (mittlerweile) auch als partielle Völkerrechtssubjekte angesehen werden.³⁹⁹ Völkerrechtliche Pflichten⁴⁰⁰ erwachsen den Individuen allerdings selbst unter dieser Prämisse nur in besonderen Bereichen wie dem humanitären Völkerrecht und dem Völkerstrafrecht.⁴⁰¹ Umso weniger kann also davon

394 Dazu ausführlich bereits oben 2., S. 102 ff.

395 In Ziffer 20 „[The Assembly...] Requests“; in Ziffer 22 „[The Assembly...] Decides“.

396 Ziffer 20 lit. b, Ziffer 22 lit. b Resolution A39-3; Ziffer 19 lit. f Resolution A40-19.

397 Ziffer 20 lit. h, Ziffer 22 lit. d Resolution A39-3.

398 Ziffer 20 lit. j Resolution A39-3, Ziffer 19 lit. f Resolution A40-19.

399 Gorski in: MPEPIL, Individuals in International Law Rn. 16 ff. Walter in: MPEPIL, Subjects of International Law, Rn. 18; Kau in: Vitzthum/Proelß/Bothe (Hrsg.) Völkerrecht, 3. Abschnitt, Rn. 14 ff.

400 Anders als Rechte, die Individuen mittlerweile deutlich umfassender zugestanden werden, dazu Gorski in: MPEPIL, Individuals in International Law, Rn. 21 ff.

401 Arnould Völkerrecht, § 2 Rn. 68. Sogar mit Blick auf Menschenrechte bleibt eine Pflichtenstellung von Individuen noch nicht völlig geklärt, Gorski in: MPEPIL, Individuals in International Law, Rn. 44 ff.

ausgegangen werden, dass die Regelungen der ICAO als Internationaler Organisation, deren Gründungs- und Rahmendokumente aus einer Zeit stammen, als die Staaten die dominanten Akteure des Völkerrechts waren und Individuen lediglich von diesen mediatisiert wurden,⁴⁰² Individuen wie den Luftfahrzeugbetreibern Pflichten auferlegen sollen. Vielmehr sind die Aufforderungen der Mitgliedstaaten, bestimmte Maßnahmen im nationalen Recht zur Realisierung des CORSIA zu treffen, in Zusammenschau mit den oben dargestellten Rahmenbedingungen zu sehen. Insbesondere aus der letzten Aufforderung, einen Regelungsrahmen im nationalen Recht zu schaffen⁴⁰³, folgt, dass die vorgenannten Rahmenbedingungen insgesamt von den CORSIA-Staaten umgesetzt werden sollen. Dass diese Rahmenbedingungen also nicht direkt an die Staaten adressiert sind, ist damit unschädlich.

Für die ICAO-Mitgliedstaaten stellen die Resolutionen mangels entsprechender Rechtsetzungskompetenz der GV kein verbindliches Völkersekundärrecht dar. Von als Völkerprimärrecht iSv Art. 38 IGH-Statut zu qualifizierendem Völkergewohnheitsrecht kann bei den Resolution A39-3 und Resolution A40-19 jedenfalls (noch) nicht ausgegangen werden, da eine notwendige Staatenpraxis sich bestenfalls in den kommenden Jahren entwickeln wird, wenn und soweit die Regelungen der Resolutionen in den verschiedenen Staaten umgesetzt werden.⁴⁰⁴ Stattdessen sind die rahmenschaftenden Regelungen der Resolutionen A39-3 und A40-19 als *soft*

402 Zu diesem klassischen Verständnis des Völkerrechts bis jedenfalls in die Nachkriegszeit (2. Weltkrieg) Gorski in: MPEPIL, Individuals in International Law, Rn. 11 ff.; Walter in: MPEPIL, Subjects of International Law, Rn. 15.

403 Ziffer 20 lit. j Resolution A39-3; Ziffer 19 lit. f Resolution A40-19.

404 Die Resolutionen können bestenfalls erste Hinweise auf die Entstehung einer *opinio iuris* in die Richtung geben, dass das CORSIA ein verbindliches System für den internationalen Luftverkehr darstellt (vgl. den Titel der Resolution: „Consolidated statement of continuing ICAO policies and practices related to environmental protection“ sowie die wiederholte Verabschiedung inhaltlich ähnlicher Resolutionen als Zeichen gewisser Dauerhaftigkeit und inhaltlicher Übereinstimmung der Staatenmitglieder der Generalversammlung), mit dieser Argumentationslinie auch die Ausführungen des IGH im Nicaragua-Fall zur insofern ähnlichen Frage der Entstehung von Gewohnheitsrecht und insbes. der *opinio iuris* durch Resolutionen der UN-Generalversammlung, IGH, Urteil 27.06.1986 – ICJ Reports 1986, 14 – (Nicaragua II - Merits) Rn. 188 und IGH, Gutachten 08.07.1996 – ICJ Reports 1996, 226 – (Nuclear Weapons) Rn. 70. So auch mit Ausführungen zur Existenz einer *opinio iuris* auf der Basis von Resolutionen der ICAO-Generalversammlung allgemein Riedi Technische Normen der ICAO, 48 f.

law zu charakterisieren.⁴⁰⁵ Als *soft law* kommt ihnen im vorstehend ausgeführten⁴⁰⁶ Sinne jedenfalls gegenüber den CORSIA-Staaten gewisse normative Kraft in der Weise zu, dass ihre Inhalte grundsätzlich zu beachten bzw. Abweichungen davon begründungsbedürftig sind. Die rahmensetzenden Regelungen formulieren nämlich aus mehreren Gründen⁴⁰⁷ eine gewisse Erwartungshaltung, die CORSIA-Regelungen zu berücksichtigen und in ihrem nationalen Recht zu realisieren.⁴⁰⁸ Sie sind damit zumindest ansatzweise eine normative Basis für wechselseitiges Vertrauen der ICAO-Mitgliedstaaten:

Das Beschlussverfahren vermag zunächst nur einen ambivalenten Befund für die normative Kraft der rahmenschaffenden Regelungen zu liefern. Die Mehrheit der Staaten muss die Resolution in der GV annehmen und damit ihre grundsätzliche Zustimmung zum Inhalt der Resolution erklären. Dies kann die Grundlage für gegenseitiges Vertrauen jedenfalls der zustimmenden Staaten bilden, den Inhalt der Resolution zu realisieren. Ein leichtfertiges, nicht begründetes Verhalten gegen die Regelungen der Resolution würde in Konflikt mit diesem geschaffenen Vertrauen und einer entsprechenden Erwartung treten. Die Resolution A39-3 wurde mit breiter Zustimmung angenommen, was in gewissem Maße eine solche Erwartungshaltung stützt.⁴⁰⁹ Sprachlich eindeutig wird dabei von den Staa-

405 *Mendes de Leon/Correia/Erling/Leclerc* Legal Arrangements MBM, Studie DG Climate Dezember 2015, 33 ff.; ohne nähere Begründung *Erling Air & Space Law* 43 (2018), 371, 383; ohne explizite Bezeichnung als *soft law* und abstrakt zu ICAO-Resolutionen *Piera CCLR* 2016, 144, 144 f. Zu den Voraussetzungen der Einordnung von Beschlüssen Internationaler Organisationen als *soft law* allgemein, sowie auf die ICAO übertragen *Riedi* Technische Normen der ICAO, 54 ff.

406 Siehe oben A.III.2., S. 87 ff.

407 *Dupuy* Michigan Journal of International Law 12 (1991), 420, 431 schlägt ebenfalls eine auf unterschiedlichen Faktoren (u.a. Urheber, Eignung als Norm des Völkerrechts, Staatenreaktionen) sowie kontextbasierte Untersuchung von *soft law*-Regelungen im hier vorgenommenen Sinne vor, um deren Bedeutung im Einzelfall angemessen erfassen zu können.

408 Mit ähnlichen Erwägungen zu früheren Resolutionen, aber noch vor Schaffung der hier untersuchten Resolutionen A39-3 und A40-19 *Mendes de Leon/Correia/Erling/Leclerc* Legal Arrangements MBM, Studie DG Climate Dezember 2015, 34 ff. Im Ergebnis ähnlich für ICAO-GV-Resolutionen im Kontext der Luftsicherheit *Huang* Aviation Safety, 186 f.

409 *Mendes de Leon/Correia/Erling/Leclerc* Legal Arrangements MBM, Studie DG Climate Dezember 2015, 37 messen dem genauen Abstimmungsergebnis ebenfalls besonderes Gewicht bei, mit Verweis auf IGH, Gutachten 20.7.1961 – ICJ Reports 1962, 151 – (Certain expenses of the United Nations), 170 f., wonach der

ten verlangt, im nationalen Recht den organisatorischen und rechtlichen Rahmen für das CORSIA zu schaffen.⁴¹⁰ Allerdings kam es, anders als für die Resolution A40-19, nicht zu einer geheimen Urnenabstimmung, sondern, im Sinne eines für die ICAO üblichen Konsensverfahrens, nur zu einer allgemeinen Aussprache ohne „echte“ Abstimmung.⁴¹¹ Im Rahmen einer geheimen Urnenabstimmung erhielt die Resolution A40-19, die die Resolution A39-3 ersetzte, im Jahr 2019 dann zwar die deutliche Mehrheit der abgegebenen Stimmen; dies entsprach aber nur etwa die Hälfte der stimmberechtigten ICAO-Staaten.⁴¹² Obwohl damit die Einführung eines globalen marktbasierten Mechanismus (*Global Market Based Mechanism*, GMBM) von den Staaten in Beschlüssen der Generalversammlung mehrfach mehrheitlich bekräftigt wurde,⁴¹³ lässt sich daraus kein eindeutiger Befund für eine gewisse normative Kraft der Regelungen gegenüber allen ICAO-Staaten ableiten. Diejenigen Staaten, die in der Abstimmung zu Resolution A40-19 mit Ja gestimmt haben, signalisieren damit ihre Zustimmung zu dieser Resolution. Da es widersprüchlich wäre, entgegen

IGH aus Einstimmigkeit ähnliches mit Bezug auf Resolutionen der UN-Generalversammlung folgte, und mit Verweis auf ICAO Council Working Paper C-WP/12979, Ziffer 3.2. Für Resolutionen der UN-GV ebenso *Joyner* California Western International Law Journal 11 (1981), 465, 464; eingeschränkt auch *Klabbers* International Organizations Law, 166 f.

410 [The Assembly ...] Requests the following actions be taken ...“, Paragraph 20 lit. b, h, j A39-3 bzw. Paragraph 19 lit. f A40-19.

411 Sofern man bei solchen Konsensverfahren mit der Formulierung von *Ballreich* GRUR Int. 1989, 383, 384 eine „Abart der Einstimmigkeit“ annimmt, wäre die entsprechende Erwartungshaltung wiederum höher zu gewichten.

412 Es wurden 94 Ja-Stimmen abgegeben sowie 25 Gegenstimmen, daneben gab es 10 Enthaltungen, siehe *GreenAirOnline* Last day drama at ICAO Assembly, online, 04.10.2019. *Airliners* Icao beschießt Exklusivität für Corsia, online, 07.10.2019.

413 Siehe schon die Titel der Resolution A39-3 und A40-19: Consolidated **statement of continuing ICAO policies and practices** related to environmental protection – Global Market-based Measure (MBM) scheme (Hervorhebung durch die Verfasserin). Zu den einzelnen Resolutionen, die sich mit der Einführung eines GMBM beschäftigen und deren jeweiligem Inhalt umfassend *Mendes de Leon/Correia/Erling/Leclerc* Legal Arrangements MBM, Studie DG Climate Dezember 2015, 37 f., die daraus ebenfalls Schlüsse für die Bindungswirkung einer Resolution ziehen, allerdings nur als Ansatzpunkt für das Entstehen einer *opinio iuris*. Daran anschließend auch COM Assessment CORSIA (externes Gutachten), Ref. Ares(2021)1483539, 71 f. Wenn die wiederholende Bekräftigung sogar als ein Baustein von entstehendem Völkergewohnheitsrecht anzusehen ist, kann es umso eher zur Stützung normativer Wirkungen iSv *soft law* dienen (argumentum a fortiori).

dieser Zustimmung die Regelungen der CORSIA-Resolutionen gänzlich zu missachten, lässt sich daraus die Grundlage für eine wechselseitige Erwartungshaltung der zustimmenden Staaten ableiten, den Inhalt der Resolution jedenfalls im Grundsatz zu realisieren.

Ein Indiz für eine von den Staaten angenommene normative Wirkung sind die von einigen Staaten eingelegten, so bezeichneten Vorbehalte („reservations“) gegen bestimmte Teile der Resolution A39-3 und A40-19.⁴¹⁴ Ein solches Staatenverhalten lässt einerseits keine umfassende Zustimmung aller Staaten erkennen.⁴¹⁵ Andererseits lässt es sich aber auch nur so erklären, dass diese Staaten (wie bei rechtsverbindlichen Vereinbarungen) Rechtswirkungen vermeiden wollten, die sie der Resolution zuschreiben.⁴¹⁶ Vorbehalte sind eine klassische Maßnahme, um die Bindungswirkung von Völkervertragsrecht zu vermeiden.⁴¹⁷ Einen so bezeichneten Vorbehalt gegen Regelungen einer ICAO-GV-Resolution einzulegen, lässt sich zwar nicht als Handlung iSv. Art. 2 Abs. 1 lit. d WVK einordnen, da es sich bei einer Resolution schon nicht um Völkervertragsrecht handelt. Solche „Vorbehalte“ werden aber in der Praxis häufig von ICAO-Staaten eingelegt, die (in Teilen) nicht mit einer GV-Resolution einverstanden sind. Die Intention ist also insofern der beim Einlegen eines „echten“ Vorbehalts iSv. Art. 2 Abs. 1 lit. d WVK vergleichbar: Ein Staat geht von einer – jedenfalls irgendwie gearteten – Verbindlichkeit aus und möchte diese für sich verhindern.⁴¹⁸

414 A39-3: Argentinien und Venezuela (Nr. 3-5), Indien (Nr. 5, 11), Russland (Präambel 14, Nr. 5, 9g, 11, 18, 20, 21) Brasilien (Nr. 21, 23) und China (Nr. 23), siehe Summary Listing of Reservations to Resolution A39-2 and A39-3. A40-19: Brasilien, China, Indien, Russland, Saudi-Arabien, USA, Venezuela.

415 So auch COM Assessment CORSIA (externes Gutachten), Ref. Ares(2021)1483539, 72.

416 Mit einer ähnlichen Argumentation für eine UN-Resolution (Resolution 3281 (XXIX) vom 12.12.1974 mit der Charter of Economic Rights and Duties of States) *Dupuy* Michigan Journal of International Law 12 (1991), 420, 429. Ferner *Mendes de Leon/Correia/Erling/Leclerc* Legal Arrangements MBM, Studie DG Climate Dezember 2015, 34f, die aber insofern zu kurz greifen, als sie nur auf das Entstehen einer *opinio juris*, nicht aber die, wie ausgeführt, auch anderweitig denkbare gewisse normative Wirkung abstellen.

417 Vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. d WVK. Dazu *Arnauld* Völkerrecht, § 3 Rn. 214.

418 Diese Verbindlichkeit kann auch in der Einordnung des *soft law* als häufige Vorstufe zu Völkergewohnheitsrecht (dazu bereits oben A.III., S. 287 ff.) liegen, dessen Bindungswirkung Staaten für sich durch ein Verhalten als *persistent objector* verhindern können, das – wie auch bei einem „Vorbehalt“ – ihren Widerspruch bekundet.

Ferner haben bereits 88 Staaten ihre freiwillige Teilnahme am CORSIA ab der Pilotphase vom Jahr 2021 und 107 Staaten vom Jahr 2022 an erklärt⁴¹⁹ und sind damit aktiv tätig geworden. In Übereinstimmung mit der in Resolutionen A39-3 und A40-19 begründeten Erwartungshaltung, das CORSIA umzusetzen, befördern diese Staaten durch die zusätzliche Vertrauensmaßnahme die gegenseitige Erwartung, dass sie die Regelungen der Resolution höher schätzen, als dies bei unverbindlichen Handlungsvorschlägen der Fall wäre. Die Regelungen der Resolutionen A39-3 und A40-19, die den Rahmen des CORSIA festlegen, entfalten damit gewisse normative Wirkungen jedenfalls für die CORSIA-Staaten. Ein CORSIA-Staat, der die Regelungen der Resolution bewusst ignoriert oder gar konterkariert, würde sich in Widerspruch zu dem Vertrauen setzen, dessen Grundlage er durch eigenes Verhalten geschaffen hat.

Eine nachträgliche Bestätigung der gewissen normativen Kraft haben die Resolutionen A39-3 und A30-19 schließlich dadurch erfahren, dass sie in wesentlichen (wenngleich nicht allen) Bereichen durch ICAO-Standards ausgefüllt wurden, die als Völkersekundärrecht grundsätzlich verbindlich sind (dazu unten b). Gegenüber diesen Regelungen des Völkersekundärrechts wirkten sie damit zunächst durch ihre rahmensetzenden Inhalte als vorbereitende Akte der rechtsverbindlichen Standards. Mittlerweile, nach der Schaffung der Standards, können sie dort, wo jene selbst keine Vorgaben vorsehen, als die Ausgestaltung des CORSIA begleitende Akte angesehen werden.⁴²⁰

ii. Konkrete Aufgabenzuweisung an den ICAO-Rat

Außer den als *soft law* zu qualifizierenden Rahmenbedingungen wurden in der Resolution A39-3 die nähere Ausgestaltung u.a. des MRV-Systems⁴²¹,

419 Siehe ICAO-Dokument CORSIA States, 1. Ed. Juli 2020 und 3. Ed. September 2021.

420 Diese Einordnung erfolgt in Anlehnung an die Systematisierung bei *Knauff* Regelungsverbund, 379 ff.: „[r]echtsvorbereitendes Soft Law“ und „[r]echtsbegleitendes Soft Law“. *Knauffs* dritte Kategorie des „[r]echtersetzende[n] Soft Law“ ist hier hingegen nicht einschlägig.

421 Ziffer 15, 20 lit. a Resolution A39-3, außerdem auch das diesbezügliche *capacity building*, Ziffer 22 lit. a Resolution A39-3.

der EUCs⁴²², des Registers⁴²³ und die allgemeine Governance über das CORSIA⁴²⁴ dem ICAO-Rat überantwortet. Der ICAO-Rat ist, wie sich aus Art. 49 lit. g iVm Art. 54 lit. b CA ergibt, an diese Zuweisungen gebunden. Bei diesen Regelungen handelt es sich um ICAO-interne Vorgaben.⁴²⁵ Aus den Entscheidungen, die der ICAO-Rat auf dieser Grundlage trifft, erwachsen, sofern sie als Standards gefasst sind, Verpflichtungen für die Staaten, bspw. die Ausgestaltung des MRV-Systems zu berücksichtigen. Deshalb können diese internen Vorgaben mittelbar rechtliche Wirkungen auf die Staaten haben.⁴²⁶ Mit der Schaffung des Annex 16 IV CA durch den Rat hat sich diese Zuweisung in Resolution A40-19 inhaltlich zu einer Aufgabe des Rates zur Überarbeitung der geschaffenen Vorschriften und Überwachung ihrer Implementation gewandelt.⁴²⁷

iii. Sonstige Regelungen

Daneben finden sich zu Beginn der Resolution einige Bekundungen allgemeiner Art, die im Wesentlichen politisch motiviert erscheinen.⁴²⁸ Diese sind rein deklaratorischer Natur.⁴²⁹ Wenig inhaltlich konkret sind die weiteren Handlungsanweisungen allgemeiner Art an den ICAO-Rat.⁴³⁰

422 Ziffer 15, 20 lit. c, d, e Resolution A39-3.

423 Ziffer 15, 20 lit. f, g Resolution A39-3, außerdem auch das diesbezügliche *capacity building*, Ziffer 22 lit. c Resolution A39-3.

424 Ziffer. 20 lit. i Resolution A39-3.

425 *Huang Aviation Safety*, 181 f. bezeichnet strukturell vergleichbare Regelungen im Bereich der Luftsicherheit als „directive resolutions“.

426 *dass. Aviation Safety*, 183 verwendet den Begriff externer „spill-over effects“.

427 Ziffer 19 lit. a-e Resolution A40-19.

428 Darin wird der Fortschritt der ICAO bei der Adressierung der CO₂-Emissionen des Luftverkehrs herausgestellt und die Motivation zum Klimaschutz bekräftigt, Ziffer 2 Resolution A39-3, die wichtige Rolle eines marktbasierten Mechanismus thematisiert, um diese alleine nicht hinreichenden Maßnahmen zu ergänzen, Ziffer 3, 4 Resolution A39-3 und die besonderen Bedürfnisse insbesondere von Entwicklungsländern anerkannt, Ziffer 8 Resolution A39-3.

429 *Huang Aviation Safety*, 176 ff. bezeichnet strukturell vergleichbare Regelungen im Bereich der Luftsicherheit als „declaratory resolutions“.

430 Der Rat soll weiter alle Anstrengungen unternehmen, um weitere technische Verbesserungen auf Seiten der Mitgliedstaaten zu befördern und diese Fortschritte überwachen und berichten, Nr. 6 Resolution A39-3; auch soll der Rat die Implementierung aller ICAO-Klimaschutzmaßnahmen überwachen und durch politische Maßnahmen fortentwickeln, Ziffer 7 Resolution A39-3, und

b) Standards and Recommended Practices: Annex 16 IV

Neben den Resolutionen A39-3 und A40-19 kommt den Standards and Recommended Practices (SARPs) des neu geschaffenen Annex 16 IV zum Chicagoer Abkommen große Bedeutung für die Schaffung des CORSIA zu. Während die Resolutionen A39-3 und A40-19 den Rahmen für das CORSIA festlegen, kommt den SARPs die Funktion der Konkretisierung und Ausfüllung dieses Rahmens zu (dazu i.). Die CORSIA-SARPs sind für die CORSIA-Staaten jedenfalls im Hinblick auf die darin enthaltenen Standards verbindlich (dazu ii.).

i. Inhalt

Der Annex 16 IV gliedert sich in ein Vorwort (Foreword), einen allgemeinen Teil (Part 1) mit Definitionen und Abkürzungen und einen zweiten Teil (Part 2), der die eigentlichen inhaltlichen Vorgaben für das CORSIA beinhaltet. Darauf folgen sechs Anlagen (Appendix 1-6) und drei Anhänge (Attachment A-C). Die Regelungen von drei der vier einzelnen Kapitel in Part 2 stellen inhaltlich kohärente Komplexe dar. Sie befassen sich mit dem MRV-System (Chapter 2), den Ausgleichsanforderungen (Chapter 3) und den *Emission Units* (Chapter 4). Chapter 1 ist mit „Administration“ überschrieben, stellt sich aber als Potpourri verschiedener Inhalte dar. Es versammeln sich darin eine Definition des Begriffs „international flight“⁴³¹, sowie konkrete Regelungen gegenüber den Staaten⁴³² und ge-

die Nutzung von solchen Ausgleichszertifikaten bewerben, von denen Entwicklungsländer profitieren, Ziffer 24 A39-3.

431 1.1.2 Annex 16 IV.

432 Die Regelungen gegenüber den Staaten beinhalten die Absicherung der Pflichterfüllung eines Luftfahrzeugbetreibers nach dem CORSIA (1.3.1 und 1.3.2 Annex 16 IV), Informationspflichten von Staaten, die am *capacity support* teilnehmen, gegenüber der ICAO (1.3.3 und 1.3.4 und 1.3.5 und 1.3.6 Annex 16 IV), Informationspflichten über die akkreditierten Verifizierungsinstitutionen (1.3.7 Annex 16 IV), die Überwachung der Emissionsdaten in den Jahren 2019 bis 2020, um die Ausgleichsanforderungen der jeweiligen Luftfahrzeugbetreiber festzulegen (1.4.3 Annex 16 IV), die Einhaltung der Vorgaben des CORSIA nach den SARPs (1.5 Annex 16 IV) und die Anerkennung vergleichbarer Verfahren eines Luftfahrzeugbetreibers durch den Staat (1.6 Annex 16 IV).

genüber den Luftfahrzeugbetreibern⁴³³, die im weiteren Sinne mit der Verwaltung des CORSIA zu tun haben.

ii. Rechtsnatur

Die Regelungen, die in Annex 16 IV enthalten sind, lassen sich ihrer Form nach in drei Kategorien einteilen: Standards, Empfehlungen und Hinweise.⁴³⁴ Die Verschiedenheit der Kategorien lässt sich bereits an der textlichen Gestaltung erkennen.⁴³⁵ Nur den Standards kommt Rechtsverbindlichkeit zu (dazu aa), während die Regelungen der anderen beiden Kategorien nur empfehlenden oder hinweisenden Charakter aufweisen (dazu bb).⁴³⁶ Von den Regelungen werden, ähnlich wie im Rahmen der Resolutionen A39-3 und A40-19,⁴³⁷ die Luftfahrzeugbetreiber häufig direkt

433 Die Regelungen gegenüber den Luftfahrzeugbetreibern erfolgen zur Zuordnung einer Flugbewegung zu einem Luftfahrzeugbetreiber (1.1.1 und 1.1.3 Annex 16 IV) und dieses Betreibers zu einem Staat (1.2.1 und 1.2.2 und 1.2.3 und 1.2.4 und 1.2.5 und 1.2.7 Annex 16 IV.) und zur Einhaltung der Vorgaben des CORSIA nach den SARPs (1.5 Annex 16 IV) sowie deren Überwachung (1.4.1 und 1.4.2 Annex 16 IV).

434 Zu den ersten beiden Kategorien allgemein bereits oben A.III.3., S. 92 ff.

435 Siehe dazu die Editorial practices, S. x vor Ch. 1 der Annex 16 IV: Standards sind in normaler Schriftart geschrieben und mit dem Verb „shall“ versehen. Recommendations sind kursiv geschrieben, aber mit dem fettgedruckten Präfix Recommendation versehen und beinhalten das Verb „should“. Notes sind ebenfalls kursiv geschrieben und mit dem Präfix Note versehen.

436 Die Kompetenz zur Schaffung von Standards und Recommendations ergibt sich aus Art. 37 Abs. 2 CA. Neben den in UAbs. 1 lit. a-k aufgezählten Bereichen ermöglicht die Generalklausel in UAbs. 2 die Sekundärrechtsetzung in sämtlichen Bereichen mit Bezug zum internationalen Luftverkehr, dazu *Frenzel* Sekundärrechtsetzung IO, 75. *Riedi* Technische Normen der ICAO, 79 und *Schaefer* Recht des Luftverkehrs, Rn. 29 sprechen nur allgemein von „Flugbetrieb“ (*Riedi*) bzw. „Betrieb von Luftfahrzeugen“ (*Schaefer*). Die Zielsetzung der ICAO „to develop the principles and techniques of international air navigation and to foster the planning and development of international air transport“ (Art. 44 S. 1 CA) legt nahe, dass diese Generalklausel nur Bezug auf den internationalen Luftverkehr nimmt.

437 Dazu, dass sich die Regelungen der Resolutionen A39-3 und A40-19 an die Staaten richten, bereits oben 3.a)i., S. 107.

adressiert. Wie sich aus Art. 37 Uabs. 1 iVm Art. 38 S. 1 CA ergibt, bezieht sich die Umsetzungsverpflichtung aber nur auf Staaten.⁴³⁸

aa) Standards: Völkersekundärrecht

Zu den Standards zählen als Haupttext die Regelungen in den Kapiteln des Annexes 16 IV sowie die Regelungen in den Anlagen zu Annex 16 IV, auf die durch die Standards im Haupttext verwiesen wird.⁴³⁹ Außerdem werden im Haupttext verschiedene ICAO-Dokumente als „Implementation Elements“ in Bezug genommen. Soweit diese die Standards weiter konkretisieren (wie die Dokumente *CORSIA Eligible Emissions Units* und *CORSIA States for Chapter 3 State Pairs*) sind diese als Teil der Standards anzusehen.

Die Benutzung des Worts „shall“ macht deutlich, dass die Luftverkehrsbetreiber bestimmte Vorgaben der ICAO im Hinblick auf ihre CO₂-Emissionen berücksichtigen müssen.⁴⁴⁰ Dies ist nur möglich, indem die Luft-

438 Allgemein *Riedi* Technische Normen der ICAO, 81 f. Zur Notwendigkeit der nationalen Umsetzung von SARPs allgemein *Schäffer* Schutz ziviler Luftverkehr vor Terrorismus, 98 f.; *Riedi* Technische Normen der ICAO, 113 f.

439 *Riedi* Technische Normen der ICAO, 88 mit Verweis auf ICAO Doc. 8143-AN/873/3, part H, Ziff. 2.3.1. *Schäffer* Schutz ziviler Luftverkehr vor Terrorismus, 83. Solche Verweise finden sich in Annex 16 IV an zahlreichen Stellen: Für das Monitoring wird auf Appendix 1 bis 5 verwiesen (2.2.1.2.2 Annex 16 IV verweist für den Zeitraum 2019-2020 und 2.2.1.3.1, 2.2.1.3.3 für den Zeitraum 2021-2035 auf Appendix 2, 3; 2.2.2.1. verweist für die Anforderungen an die Berichte auf Appendix 4 und 2.3.1.3, 2.3.2.2 auf Appendix 5; 2.3.2.1, 2.3.2.1 verweisen auf den einzuhaltenden Zeitplan nach Appendix 1). Für die Verifizierung der Emissionsberichte wird auf Appendix 1 und 6 verwiesen (2.4.1.4, 2.4.1.5 und 2.4.1.3, 2.4.2.1). Für die Ausgleichsanforderungen wird an mehrere Stellen auf den Zeitplan der Appendix 1 verwiesen (3.1.2, 3.1.3, 3.2.3, 3.4.4). Für die *Emissions Units* wird auf Appendix 1 und 5 verwiesen (4.2.2 und 4.3.1, 4.3.2). Für die Verifizierung der Löschung der Emissions Units wird auf Appendix 1 und 6 verwiesen (4.4.1.4, 4.4.1.5 und 4.4.1.2, 4.4.2.1).

440 Z.B. zum Monitoring 2.1.1.1 Annex 16 IV: „The aeroplane operator shall monitor and record its fuel use from international flights [...]“; zur Berichterstattung 2.3.1.1: „The aeroplane operator shall submit to the State to which it is attributed a copy of verified Emissions Report for approval by the State and a copy of associated Verification Report [...]“; zur Verifizierung 2.4.1.1: „The aeroplane operator shall engage a verification body for the verification of its annual Emissions report.“; zu den Ausgleichsanforderungen 3.1.1: „From 1 January 2021 to 31 December 2035, the offsetting requirements of this Chapter shall be applicable to an aeroplane operator with international flights [...] between States [...]“; zu den Emissions Units 4.2.1: „The aeroplane operator shall meet its offsetting requirement [...] by cancelling CORSIA Eligible Emission Units in a quantity equal to its total final offsetting requirements for a given compliance period [...]“.

fahrzeugbetreiber entsprechenden nationalen Regelungen unterworfen werden. Dafür müssen entsprechende Regelungen durch die Staaten im nationalen Recht geschaffen werden. Sinn und Zweck der Standards des Annexes 16 IV ist es, den Staaten eine solche Umsetzungsverpflichtung aufzuerlegen. Die Verbindlichkeit der einzelnen Standard-Regelungen des Annexes 16 IV gegenüber den CORSIA-Staaten ist folglich intendiert.⁴⁴¹ Auch handelt es sich um abstrakt-generelle Regelungen mit Außenwirkung, die vom ICAO-Rat für die ICAO erlassen wurden. Damit sind die Standards des Annex 16 IV als für die CORSIA-Staaten grundsätzlich verbindliches Sekundärrecht der ICAO einzuordnen. Für diese sekundärrechtlichen Standards besteht eine Abweichungsmöglichkeit gemäß Art. 38 CA, wenn der Staat die vollständige Befolgung für unpraktikabel oder abweichende nationale Regelungen für notwendig erachtet.⁴⁴²

bb) Empfehlungen, Hinweise und sonstige Regelungen: Unverbindlichkeit

Die Empfehlungen in Annex 16 IV zeigen an zahlreichen Stellen wünschenswerte Gestaltungsweisen für die Ausformung des CORSIA auf. Sie sind ausdrücklich als „Recommendations“ bezeichnet, durch Kursivschrift hervorgehoben und durch Verwendung von „should“ gekennzeichnet.⁴⁴³ Mit diesen Empfehlungen ist die Erwartungshaltung verbunden, dass sie im Regelfall eingehalten werden. Ihnen kommt als soft law damit gewisser normativer Wert zu.

Hinweisen (notes) kommt genau wie dem Vorwort und den Anlagen nur informatorischer Wert zu; sie sind nicht Teil der SARPs.⁴⁴⁴ In Annex 16 IV dienen sie häufig der Klarstellung,⁴⁴⁵ oft als Verweise mit zusätz-

441 Hier besteht ein wesentlicher Unterschied zu den Recommendations, die mit dem Begriff „should“ operieren, z.B. in 2.2.1.2.4: „The aeroplane operator should use the same monitoring method during the 2019-2020 period that it expects to use during the 2021-2023 period [...]“.

442 Dazu siehe oben A.III.3., S. 92 ff.

443 Z.B. zur Berichterstattung 2.3.1.4 Annex 16 IV: **Recommendation.**- The aeroplane operator should use the standardised Emissions Report template provided in Appendix 1 of the Environmental Technical Manual (Doc. 9501), Volume IV [...].“; zur Verifizierung 2.4.1.2: **Recommendation.**- The aeroplane operator should perform an internal pre-verification of its Emissions Report prior to the verification by a verification body.“; zu den Ausgleichsanforderungen und den Emissions Units bestehen hingegen keine wesentlichen Empfehlungen.

444 Riedi Technische Normen der ICAO, 89 f.; Schäffer Schutz ziviler Luftverkehr vor Terrorismus, 84.

445 Z.B. Note nach 2.2.3.3: „Note.- For the purpose of calculating CO₂ emissions the mass of fuel used includes all aviation fuels.“

lichen Informationen,⁴⁴⁶ teils als Anregungen⁴⁴⁷ und selten zur Exemplifizierung⁴⁴⁸.

Die Definitionen in Part 1 sind interpretatorischer Natur und zur besseren Übersichtlichkeit des Haupttextes vor den eigentlichen SARP's gebündelt. Sie sind Teil der jeweiligen durch sie definierten Regelung und zu diesen in ihrer Rechtsnatur akzessorisch.⁴⁴⁹

4. Fazit: Verbindliche Standards mit Abweichungsmöglichkeiten, Art. 38 CA

Die Regelungen der Resolutionen A39-3 und A40-19 der ICAO-Generalversammlung sind aufgrund ihres Inhalts und ihrer Einordnung als *soft law* für das CORSIA nur rahmengebend. Diesbezüglich wurde ein Vertrauenstatbestand geschaffen, dass das CORSIA implementiert wird und ab 2021 durch die CORSIA-Staaten zur Anwendung kommt. Im Wesentlichen wird das CORSIA aber inhaltlich durch Annex 16 zum Chicagoer Abkommen konturiert, der vom ICAO-Rat in Ausfüllung des Rahmens der Resolutionen geschaffen wurde. Für die rechtliche Verbindlichkeit der CORSIA-Regelungen sind die Standards dieses Annex 16 IV zentral. Die anderen Regelungen (Empfehlungen, *guidance materials* und sonstige Dokumente) dienen als Leitlinien für die Art und Weise der Realisierung.

Allerdings besteht mit Blick auf die grundsätzlich verbindlichen Standards gemäß Art. 38 CA die Möglichkeit, der ICAO Abweichungen anzuzeigen. Von dieser Abweichungsmöglichkeit kann aber mit Blick auf den Vertrauenstatbestand nur in gewissem Umfang und nicht mit Blick auf sämtliche CORSIA-Standards Gebrauch gemacht werden. Eine Abweichung von einzelnen CORSIA-Regelungen trotz erklärter freiwilliger Teilnahme anzuzeigen, erscheint demgegenüber weniger problematisch. Denn bevor nicht zentrale Ausgestaltungsfragen durch die Schaffung der Stan-

446 Z.B. Note nach 2.1: „Note.- See also Chapter 1 for administration requirements of the State and aeroplane operator.”

447 Z.B. Note nach 2.4.1.6: „Note.- Such data and information could include aeroplane operator's name, reporting year, number of international flights [...] per aerodrome pair or State pair and aeroplane and emissions data.”

448 Z.B. Note nach 2.4.1.8: „Note.- As an example of leasing complexities, Operator A may lease its aeroplane to Operator B [...].”

449 Zu den Definitionen in den Annexen allgemein *Riedi* Technische Normen der ICAO, 88 f. mit Verweis auf ICAO Doc. 8143-AN/873/3, Part H, Ziffer 2.2.3 lit. b.

dards absehbar sind, kann keine Erwartung begründet werden, CORSIA in jeglicher Gestalt umfassend zu realisieren.

5. Bedeutung der nationalen Realisierung der CORSIA-Regelungen

a) Hintergrund: völkerrechtlicher Charakter der CORSIA-Regelungen

Die CORSIA-Regelungen adressieren zwar neben den Staaten und den einzelnen ICAO-Organen die Luftfahrzeugbetreiber selbst. Als völkerrechtliche Regelungen können sie gegenüber diesen Individuen aber keine Wirkung entfalten. Die Luftfahrzeugbetreiber sind bloße Inhaltsadressaten der CORSIA-Regelungen. Rechtliche Geltung entfalten die Regelungen demgegenüber zunächst nur für die Staaten und die in Bezug genommenen Organe der ICAO als Regelungsadressaten.⁴⁵⁰ Eine Durchgriffsbefugnis, mit der direkte Rechtsfolgen für Luftfahrzeugbetreiber herbeigeführt werden könnten, ist im Chicagoer Abkommen hingegen grundsätzlich nicht angelegt.⁴⁵¹ Wie die rechtliche Bindung der Staaten als Regelungsadressaten ausgestaltet ist, ist eine Frage der oben analysierten Rechtsnatur der verschiedenen Regelungsarten.⁴⁵²

Voraussetzung für eine Bindung der Luftfahrzeugbetreiber ist, dass den CORSIA-Regelungen im nationalen Recht der CORSIA-Staaten Geltung verschafft wird. Dafür sind grundsätzlich zwei Ansätze denkbar: Je nach (Verfassungs-)Rahmenordnung kann ein grundsätzlich monistischer Ansatz verfolgt werden, wonach Völkerrecht und nationales Recht eine Einheit bilden. Alternativ werden nach einem im Grundsatz dualistischen Ansatz das Völkerrecht und das nationale Recht als zwei verschiedenen Rechtsordnungen entstammendes Recht gedeutet.⁴⁵³ Allgemein ist, je

450 *Kaienburg/Wysk* in: Grabherr/Reidt/Wysk LuftVG, Einleitung E. Anhang II., Rn. 397 spricht allgemein von „Geltungsadressaten“; siehe auch bereits oben 3.a)i., S. 107 ff. für ICAO-Resolutionen und für SARP 3.a)i., S. 114 ff.

451 Zu den hier nicht erfüllten Anforderungen für eine solche Durchgriffsbefugnis allgemein *Ipsen* in: HStR XI, § 220: Deutschland in internationalen Fachorganisationen, Rn. 25. Zu einer Ausnahme mit Blick auf Art. 33 CA und Art. 86, 87 CA siehe unten § 13 B.II., S. 300 ff.

452 Siehe dazu oben 3. und 4., S. 105 ff. und A.III.2. und 3., S. 87 ff.

453 Es gibt verschiedene Ausprägungen dieser grundsätzlichen Ansätze, siehe statt vieler *Schweitzer/Dederer* Staatsrecht III, Rn. 41 ff.; auf einen „Theorienstreit“ ist aber zu verzichten und stattdessen das Augenmerk auf den innerstaatlichen Vollzug in der Praxis zu legen, Rn. 51 ff.

nach Ansatz, eine Inkorporation in das bzw. Freigabe des Völkerrechts im nationalen Recht (Adoptionstheorie bzw. ähnlich die Vollzugslehre; vor allem bei Monismus) oder eine Umwandlung des Völkerrechts in das nationale Recht (Transformation; vor allem bei Dualismus) nötig.⁴⁵⁴ Speziell die SARP der ICAO erlangen in der Staatenpraxis monistisch geprägter Systeme für die Regelungsadressaten Geltung durch ihre bloße Veröffentlichung oder Einverleibung, wobei sie ihren Charakter als Völkerrecht behalten. In dualistisch geprägten Systemen bedarf es dafür (wie im deutschen Recht) einer Transformation ihrer Inhalte in nationales Recht.⁴⁵⁵ Für das CORSIA sind zusätzlich zu den Inhalten der SARP weitere Umsetzungsmaßnahmen erforderlich,⁴⁵⁶ insbesondere für die Ausgestaltung des Durchsetzungs- und Sanktionsregimes.⁴⁵⁷ Die *soft law*-Regelungen des CORSIA sind insofern *non-self-executing* und innerstaatlich gegenüber den Luftfahrzeugbetreibern zu konkretisieren.

b) SARP-Übernahme in das deutsche Recht und Möglichkeit unionaler Umsetzung

Wahrscheinlicher als eine ebenfalls mögliche direkte Transformation der CORSIA-Regelungen in das deutsche Recht (dazu sogleich) ist, schon um Wettbewerbsverzerrungen im EU-Luftverkehrsbinnenmarkt zu vermeiden, eine gesamteuropäische Umsetzung durch Unionrecht.⁴⁵⁸ Diese Umsetzung hat Auswirkungen auf das deutsche Recht. Eine Pflicht zur uniona-

454 Im Überblick *M. Will* Jura 2015, 1164, 1166 f. Zur deutschen Rechtsordnung mit Blick auf Völkervertragsrecht *Vöneky* in: HStR XI, § 236 Rn. 9 ff.

455 Allgemein *Huang* Aviation Safety, 205 ff.; *Kaienburg/Wysk* in: Grabherr/Reidt/Wysk LuftVG, Einleitung E. Anhang II., Rn. 394; *Pache* Kerosinsteuer, Gutachten UBA April 2005, 27. Für das deutsche Recht gilt insofern ein „Brückenmodell“, *Schweitzer/Dederer* Staatsrecht III, Rn. 905; *Geiger* Staatsrecht III, § 36, 163; zur Ausprägung bzgl. der SARP sogleich b).

456 *Erling Air & Space Law* 42 (2017), 1, 9 f.; *Falke* ZUR 2017, 51.

457 Dazu vertieft unten § 13 B., S. 299 ff.

458 *Erling Air & Space Law* 43 (2018), 371, 374 f. Erste unionale Regelungen wurden bereits getroffen: Delegierte Verordnung (EU) 2019/1603 der Kommission vom 18. Juli 2019 zur Ergänzung der Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die von der Internationalen Zivilluftfahrt-Organisation angenommenen Maßnahmen für die Überwachung von, die Berichterstattung über und die Prüfung von Luftverkehrsemissionen für die Zwecke der Umsetzung eines globalen marktbasierten Mechanismus, ABl. L 250/10 v. 30.9.2019, dazu § 10 D.I., S. 253 ff.

len Umsetzung besteht mangels ICAO-Mitgliedschaft der EU aber nicht. Insoweit sind verschiedene Umsetzungstechniken denkbar, bspw. eine Aufnahme in einen Unionsrechtsakt (wie die EH-RL) oder ein Verweis direkt auf den betreffenden Annex.⁴⁵⁹

Bei einer direkten Transformation in das deutsche⁴⁶⁰ Recht werden die SARPs der ICAO weitgehend durch Rechtsverordnungen auf Grundlage von § 32 Abs. 1 LuftVG implementiert.⁴⁶¹ Für die CORSIA-Regelungen wäre Abs. 1 Nr. 16 zum Schutz vor Luftverunreinigungen durch Luftfahrzeuge einschlägig. In Einzelfällen werden Regelungen der Annexe zum Chicagoer Abkommen in ein Bundesgesetz transformiert,⁴⁶² was für die CORSIA-Regelungen ebenfalls möglich wäre. Die zugrundeliegende Pflicht der Bundesrepublik Deutschland zur Umsetzung der CORSIA-Standards folgt dabei völkerrechtlich aus Art. 37 Uabs. 1 CA und innerstaatlich aus dem Zustimmungsgesetz⁴⁶³ zum Chicagoer Abkommen als Vertragsgesetz iSv Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG iVm Art. 20 Abs. 3 GG.⁴⁶⁴

C. Fazit: Konkret-sektorale Adressierung mit globaler Ausrichtung

Die ICAO wurde im Jahr 1944 durch das Chicagoer Abkommen als Internationale Organisation zur Fortentwicklung des internationalen Luftver-

459 Allgemein Röhl in: Möllers/Voßkuhle/Walter (Hrsg.) Internationales VwR, 319, 433 f.

460 Zur Implementationsweise von SARPs in anderen Staaten (USA; Niederlande, Frankreich, Belgien, einige afrikanische Staaten) siehe *Mendes de Leon/Correia/Erling/Leclerc* Legal Arrangements MBM, Studie DG Climate Dezember 2015, 47 f. und daran anschließend COM Assessment CORSIA (externes Gutachten), Ref. Ares(2021)1483539, 76.

461 *Frenzel* Sekundärrechtsetzung IO, 201. *Tietje* Internationalisiertes VwHandeln, 474. Dazu, dass das GG insofern keine allgemeine Bestimmung zu Status und Rang der Sekundärrechtsakte Internationaler Organisationen enthält, *Nettesheim* in: Maunz/Dürig GG, Art. 59 Rn. 194 ff. Die Zustimmung des Bundesrates ist dabei nicht erforderlich, wenn sie der Durchführung von Richtlinien und Empfehlungen der ICAO dienen, § 32 Abs. 3 LuftVG.

462 *Kaienburg/Wysk* in: Grabherr/Reidt/Wysk LuftVG, Einleitung E. Anhang II, Rn. 402. Bereits *Rösgen* Rechtsetzungsakte UN und Sonderorganisationen, 268 f.

463 Gesetz über den Beitritt der Bundesrepublik Deutschland zu dem Abkommen vom 7. Dezember 1944 über die Internationale Zivilluftfahrt und über die Annahme der Vereinbarung vom 7. Dezember 1944 über den Durchflug im Internationalen Fluglinienverkehr, BGBl 1956 II 411.

464 Dazu allgemein *Arnauld* Völkerrecht, § 7 Rn. 514, der außerdem auf die Verstärkung durch den Verfassungsgrundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit hinweist.

kehrs gegründet und war von Anfang an vor allem auf Wachstum und Sicherheit des Internationalen Luftverkehrs ausgerichtet. Unter Sicherheit ist dabei einerseits der Bereich der Betriebssicherheit (also Schutz vor Flugunfällen, „safety“) und andererseits der der Flugsicherheit (also Schutz vor externen Eingriffen, z.B. Terrorismus, „security“) zu verstehen.⁴⁶⁵ Bereits kurz nach ihrer Gründung wurde die ICAO in den Status einer UN-Sonderorganisation erhoben. Mittlerweile sind nahezu alle Staaten der Welt Mitglied der ICAO. Außerdem hat die ICAO weitreichende Möglichkeiten, Regelungen zu schaffen, insbesondere durch Resolutionen der ICAO-GV und die SARPs des ICAO-Rates. Ihr kommt damit auf der internationalen Bühne eine einzigartige Bedeutung für den internationalen Luftverkehr zu. Der Klimaschutz stellt zwar kein klassisches Aufgabenfeld der ICAO dar, wird aber zunehmend von der ICAO als relevanter Bereich erkannt. Gerade in diesem Bereich werden durch die ICAO vermehrt Regelungen geschaffen. Eine entsprechende Aufgabenzuweisung erfolgt zwar nicht explizit, wohl aber durch die generalklauselartige Aufgabenzuschreibung in Art. 44 Uabs. 2 CA. Für den Klimaschutz im internationalen Luftverkehr wurde dementsprechend ein vierteiliger *basket of measures* ins Leben gerufen, wobei insbesondere der marktbasierende Mechanismus CORSIA eine herausgehobene Stellung für die klimaschützende Wirksamkeit des Maßnahmenpakets einnimmt.

Durch die zwei Resolutionen A39-3 und A40 (*soft law*) und vor allem die SARPs des Annexes 16 IV (Standards als Völkersekundärrecht, Empfehlungen als *soft law*) hat die ICAO ein System etabliert, durch das die CO₂-Emissionen des internationalen Luftverkehrs, die die Emissionen des Basisjahres 2019 übersteigen, ausgeglichen werden sollen. Von 2021 an soll das CORSIA im Laufe der Jahre von einem freiwilligen Klimaschutzsystem zu einem nahezu global umfassenden System anwachsen. Ob und wann ein Luftfahrzeugbetreiber dem CORSIA unterworfen ist, hängt davon ab, ob und seit wann die Staaten, zwischen denen eine Flugstrecke liegt, am CORSIA (freiwillig) teilnehmen. Freilich wird es vor dem Hintergrund der Auswirkungen der Corona-Pandemie auf den Luftverkehr zunächst einige Zeit in Anspruch nehmen, bis die Emissionsmengen des Jahres 2019 wieder erreicht sein werden und damit das CORSIA mit konkreten Ausgleichsverpflichtungen der Luftfahrzeugbetreiber greifen wird. Die intendierte Steuerungswirkung des CORSIA, CO₂-neutrales Wachstum des

465 In diesem Sinne Dempsey *Annals of Air and Space Law* 32 (2007), 29, 32.

Luftverkehrs herbeizuführen, wird dadurch jedoch nicht grundsätzlich in Frage gestellt.⁴⁶⁶

Damit hat die ICAO als Internationale Organisation ohne genuine Ausrichtung auf den Klimaschutz⁴⁶⁷ mit dem CORSIA ein Klimakompensationssystem etabliert, das den internationalen Luftverkehr konkret adressiert – und nicht wie das UNFCCC-Regime nur einen ausfüllungsbedürftigen allgemeinen Rechtsrahmen schafft. Zwar ist auch für das CORSIA in einem nächsten Schritt die Umsetzung und Durchsetzung der Regelungen im nationalen Bereich zentral. Es bestehen dafür Vorgaben, die sich auf bestimmte Klimaschutzmaßnahmen richten und vielfach konkrete Maßgaben zur nationalen Ausgestaltung formulieren. Die Orientierung des CORSIA ist dabei einerseits global, weil es perspektivisch – ab 2027 – in grundsätzlich allen ICAO-Staaten Anwendung finden soll. Andererseits ist CORSIA aber sektoral begrenzt, da es nur den internationalen Luftverkehr adressiert.

Bereits dieser erste Überblick legt offen, dass das UNFCCC-Regime und die ICAO die Problematik des Klimaschutzes im Luftverkehr nicht nur auf unterschiedliche Art und Weise (mit allgemeinem Regelungsrahmen oder konkret-maßnahmenbezogen) angehen, sondern auch unterschiedliche Steuerungsrichtungen aufweisen. Während das UNFCCC-Regime zunehmend *bottom-up* agiert, bedient sich die ICAO eher eines klassischen *top-down*-Konzepts, indem sie den Staaten mit den CORSIA-Regelungen bestimmte Maßgaben macht, denen sie nachzukommen haben.⁴⁶⁸ Zudem differieren die Grundprinzipien des UNFCCC-Regimes und der ICAO fundamental: Das UNFCCC-Regime verschreibt sich dem, wenngleich inzwischen flexibilisierten, CBDRRC-Prinzip, die ICAO baut im Grundsatz auf das Prinzip der Gleichbehandlung auf.

Ob und inwiefern die ICAO mit dem CORSIA den für den Luftverkehr relevanten Rahmen des UNFCCC-Regimes ausfüllt oder mit diesem in ein

466 Dazu unten § 15 B.I., S. 339 ff.

467 Ebenso, auch für die IMO *Oberthür* Climate Policy 3 (2003), 191, 194: „Neither ICAO nor IMO are proper environmental organisations.“; *ders.* in: *Oberthür/Gehring* (Hrsg.) *Institutional Interaction*, 53, 59 bezeichnet die ICAO bzgl. des Klimaschutzes sogar als „unfriendly institution“.

468 Zum Unterschied zwischen *top-down* und *bottom-up* Ansätzen im Umweltvölkerrecht allgemein *Bodansky* *Arizona State Law Journal* 43 (2011), 697, 698 f.: „Some [international agreements] take a top-down approach, defining particular policies and measures that parties must undertake. Others adopt a more bottom-up approach, allowing each participating state to define its own commitments.“

Spannungsverhältnis tritt, wird daher Gegenstand des Teils 2 sein (§ 8). Ebenso wird beleuchtet, wie sich mit Blick auf den Klimaschutz im Luftverkehr das Verhältnis der ICAO zur EU (zu dieser einführend § 5) und insbesondere zwischen dem CORSIA und dem EU-EHS darstellt (dazu § 10).

§ 5 Die Europäische Union (EU)

A. Rolle der EU für den Klimaschutz im Luftverkehr

Die Rolle der EU⁴⁶⁹ für den Klimaschutz im Luftverkehr lässt sich anhand ihrer diesbezüglichen Rechtsetzungskompetenzen (dazu I.) und den konkreten Maßnahmen, die von der EU vor dem Hintergrund dieser Kompetenzen geschaffen werden (dazu II.), vermessen. In den Blick genommen werden dabei solche klimaschutzbezogenen Maßnahmen, deren Zielrichtung und Wirkungsweise gerade der Klimaschutz im Luftverkehr ist („direkte Klimaschutzmaßnahmen“) und solche die zwar primär eine andere Zielrichtung verfolgen, in ihrer Wirkung aber ebenfalls klimaschutzdienlich sind („mittelbare Klimaschutzmaßnahmen“). Deutlich häufiger weisen die Regelungen für den Luftverkehr aber keinen Bezug zum Klimaschutz auf und haben teils sogar eine dem Klimaschutz gegenläufige Steuerungswirkung („klimaschutzschädliche Maßnahmen“).

Betrachtet man die Regulierung des Luftverkehrs insgesamt – ohne Fokus auf den Klimaschutz, zeigen sich eine Reihe von Paradoxa (dazu III.). Diese werfen Fragen auf, inwieweit es sich beim Klimaschutz für den Luftverkehr um einen in sich kohärenten und vor dem Hintergrund der Maßgaben der umweltrechtlichen Querschnittsklausel abgestimmten Regelungskomplex handelt (IV.).

⁴⁶⁹ Im Folgenden wird nur nach Bedarf zwischen den einzelnen, im Rahmen der EU tätigen Akteuren (Kommission, Rat, Europäisches Parlament, EuGH, Mitgliedstaaten etc.) unterschieden. Vielmehr wird, da das Augenmerk der Betrachtung auf den Strukturen des Klimaschutzrechts im Luftverkehr liegt, die EU grundsätzlich als Ganzes in Bezug genommen. Allgemein zu den verschiedenen Akteuren innerhalb der EU und ihrer Stellung für den Bereich des Umweltrechts *Epiney* Umweltrecht EU, 3. Kapitel Rn. 34 ff.

I. EU-Rechtssetzungskompetenz für klimaschutzdienliche Maßnahmen im Luftverkehr

Klimaschutzbezogene Maßnahmen im Luftverkehr liegen im Schnittbereich insbesondere⁴⁷⁰ zweier Rechtssetzungsgrundlagen: Der luftverkehrsrechtlichen Kompetenz gem. Art. 100 Abs. 2 AEUV (dazu 1.) und der umweltrechtlichen Kompetenz gem. Art. 192 Abs. 2 iVm Art. 191 Abs. 1 AEUV, die auch den Klimaschutz umfasst (dazu 2.).⁴⁷¹ Um eine nur ausnahmsweise zulässige kompetenzielle Mehrfachabstützung zu vermeiden, muss daher anhand des Schwerpunkts der Maßnahme ermittelt werden, welche Grundlage für eine konkrete klimaschutzbezogene Maßnahme im Luftverkehr heranzuziehen ist (dazu 3.). Letztlich ausschlaggebend ist dabei die Art der klimaschutzbezogenen Maßnahme (dazu im nachfolgenden Abschnitt II.).

1. Luftverkehrsrechtliche Grundlage, Art. 100 Abs. 2 AEUV

Art. 100 Abs. 2 AEUV statuiert die verkehrsrechtliche Kompetenzgrundlage für den Luftverkehr. Weder in ihr selbst noch in ihrer systematischen Umgebung, dem Titel „Verkehr“ des AEUV⁴⁷², wird der Umwelt- oder Klimaschutz erwähnt. Ähnlich wie bei der Festlegung der Aufgaben und Kompetenzen der ICAO lässt sich das Fehlen umweltrechtlicher Ausprägungen im Verkehrstitel des AEUV historisch begründen: Die maßgeblichen Regelungen gehen zurück auf den EWG-Vertrag und damit auf eine Zeit, in der Umweltschutz noch nicht als relevantes Problem wahrgenommen wurde.⁴⁷³ Wie die umweltrechtliche Querschnittsklausel aus Art. 11 AEUV verdeutlicht, spielt der Umweltschutz heute auch in den

470 Theoretisch einschlägig sein könnte außerdem die Steuerharmonisierungskompetenz, Art. 113 AEUV und die Binnenmarktkompetenz, Art. 114 Abs. 1 AEUV.

471 Allgemein dazu, dass umweltschützende Zielsetzungen auch auf anderen Grundlagen als der Umweltkompetenz verfolgt werden können, EuGH Urt. v. 29.3.1991 – C-62/88 Rn. 18 f.; EuGH, Urt. 11.07.1991 – C-300/89 – (Titandioxid) Rn. 22 ff.

472 Dritter Teil: Die internen Politiken und Maßnahmen der Union, Titel VI Der Verkehr, Art. 90-100 AEUV.

473 *Fehling* in: v.d. Groeben/Schwarze/Hatje Europ. Unionsrecht, Art. 90 AEUV Rn. 64. Im EWG-Vertrag: Titel IV, Art. 74 ff.

Verkehrspolitiken der EU eine bedeutsame Rolle.⁴⁷⁴ Die Erfordernisse des Umweltschutzes müssen bei der Festlegung und Durchführung der Verkehrspolitiken und -maßnahmen einbezogen werden.

Art. 100 Abs. 2 AEUV weist dem Luftverkehr gemeinsam mit dem Schiffsverkehr gegenüber den anderen Subsektoren des Verkehrssektors eine Sonderstellung zu. Hintergrund dieser Sonderstellung waren zu dem Zeitpunkt, als der EWG-Vertrag geschaffen wurde, die fehlende Bedeutung des zwischenstaatlichen Luftverkehrs und die Souveränitätsinteressen der Staaten, den Luftverkehr eigenständig auszugestalten.⁴⁷⁵ Auch der Vertrag von Lissabon führte diese Sonderstellung zwar textlich und systematisch fort, glied aber inhaltlich die Kompetenz des Art. 100 Abs. 2 AEUV für den Luft- und Schiffsverkehr der allgemeinen Verkehrsrechtskompetenz in Art. 91 AEUV an.⁴⁷⁶ Nach beiden Rechtsgrundlagen kommt nun gleichermaßen das ordentliche Gesetzgebungsverfahren mit Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses und des Ausschusses der Regionen zur Anwendung. Die kompetenzielle Sonderstellung ist damit weitgehend obsolet geworden.⁴⁷⁷

Um der hohen Wettbewerbs- und Sicherheitsrelevanz des Luftverkehrs Rechnung zu tragen, ist die EU auf Grundlage der Verkehrskompetenz vor

474 *Epiney/Heuck/Schleiss* in: HdB EU-Wirtschaftsrecht, L. VerkehrsR, Rn. 137. Startpunkt für den Einzug des Umweltschutzes in der Verkehrspolitik dürfte der Vertrag von Amsterdam sein, *Boeing/Maxian Rusche/Kotthaus* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim EuR, Bd. 2, Art. 90 AEUV Rn. 135 ff. Näheres zur Bedeutung der umweltrechtlichen Querschnittsklausel für den Luftverkehr unten, A.III.1., S. 142 ff.

475 *Schäfer/Kramer* in: Streinz EUV/AEUV, Art. 100 AEUV Rn. 4. *Boeing/Maxian Rusche* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim EuR, Bd. 2, Art. 100 AEUV Rn. 2.

476 Eine entsprechende Angleichung der Verfahren erfolgte bereits mit der EEA, bis zum Vertrag von Lissabon aber nur durch entsprechenden Verweis auf die allgemeine Verkehrskompetenz. Zu den Entwicklungen *Schäfer/Kramer* in: Streinz EUV/AEUV, Art. 100 AEUV Rn. 5.

477 *Boeing/Maxian Rusche* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim EuR, Bd. 2, Art. 100 AEUV Rn. 8 f. Als Unterschied zu Art. 90 AEUV verbleibt die Reichweite des Ermessens, die bei Art. 100 Abs. 2 AEUV das Wie und grds. auch das Ob umfasst, *Fehling* in: v.d. Groeben/Schwarze/Hatje Europ. Unionsrecht, Art. 100 AEUV Rn. 14 ff. Auch die Sonderstellung hinsichtlich der Geltung der Dienstleistungsfreiheit ist durch mittlerweile bestehendes Sekundärrecht eingegeben worden, *ders.* in: v.d. Groeben/Schwarze/Hatje Europ. Unionsrecht, Art. 100 AEUV Rn. 10 mit Verweis auf EuGH, Urt. (Sechste Kammer) 6.2.2003 – C-92/01 – (*Stylianakis*) Rn. 23 f.

allem bestrebt, das Luftverkehrsrecht durch Verordnungen zu vereinheitlichen, statt durch Richtlinien nur grundlegend anzugleichen.⁴⁷⁸

2. Umweltrechtliche Grundlage, Art. 192 Abs. 1 iVm Art. 191 Abs. 1 AEUV

Art. 192 Abs. 1 AEUV normiert die allgemeine umweltrechtliche Kompetenz der EU. Sachliche Konturen erhält diese Kompetenznorm durch die umweltpolitischen Ziel- und Aufgabensetzungen⁴⁷⁹ in Art. 191 Abs. 1 AEUV.⁴⁸⁰ Die Maßnahmen und Politiken, die auf Art. 192 Abs. 1 iVm Art. 191 Abs. 1 AEUV gestützt werden, müssen gerade die Verwirklichung des Ziels des Umweltschutzes bezwecken oder bewirken.⁴⁸¹

Spiegelstrich 4 in Art. 191 Abs. 1 AEUV nennt zwar ausdrücklich die Bekämpfung des Klimawandels als Teil der Förderung von Maßnahmen auf internationaler Ebene zur Bewältigung regionaler oder globaler Umweltprobleme. Eine spezielle Klimaschutzkompetenz⁴⁸² ist damit jedoch nicht verbunden. Denn die Norm verdeutlicht lediglich, dass der Klimaschutz ein wichtiger Teilaspekt des Ziels und der Aufgabe ist, die Umwelt zu schützen.⁴⁸³ Eine spezielle Klimaschutzkompetenz ist zudem gar nicht notwendig. Denn der Begriff „Umwelt“, definiert als „Summe der

478 *Schladebach* Luftrecht, § 5 Rn. 4. Siehe in diesem Sinne die Luftverkehrsdienste-VO 1008/2008, die Blacklisting-VO 2111/2005 und die Slot-VO 95/93.

479 *Nettesheim* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim EuR, Bd. 2, Art. 191 AEUV Rn. 60 geht davon aus, dass die Norm „nur in geringem Umfang Ziele, im Wesentlichen aber Aufgaben der Umweltpolitik der Union“ enthält, da nur in Spiegelstrich 3 ein erwünschter Zustand klar formuliert wird. Ebenso *Epiney* in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Umweltverfassungsrecht, Art. 191 AEUV Rn. 13.

480 *Nettesheim* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim EuR, Bd. 2, Art. 192 AEUV Rn. 2; *Kloepfer* Umweltrecht, § 9 Rn. 20.

481 *Epiney* in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Umweltverfassungsrecht, Art. 192 AEUV Rn. 9; *Nettesheim* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim EuR, Bd. 2, Art. 192 AEUV Rn. 3. Zum insoweit nicht näher definierten Begriff Umwelt wird zur Orientierung der Rückgriff auf die Rechtsgüter des Art. 3 UVP-RL 2011/92/EU vorgeschlagen: Menschen, Tiere, Fauna und Flora, Boden, Wasser, Luft, Klima, Landschaft, Sachgüter und kulturelles Erbe und die Wechselwirkungen zwischen diesen Faktoren, *Calliess* in: Callies/Ruffert EUV/AEUV, Art. 191 AEUV Rn. 9 mwN.

482 Sowieso könnte es sich dabei nur um eine Außenkompetenz der EU handeln, da die Norm nur Maßnahmen auf internationaler Ebene adressiert.

483 *Nettesheim* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim EuR, Bd. 2, Art. 191 AEUV Rn. 78 f. *Calliess* in: Callies/Ruffert EUV/AEUV, Art. 191 AEUV Rn. 13; *Kabl* in: Streinz

Faktoren Mensch, Fauna und Flora, Boden, Wasser, Luft, Klima und Landschaft, Sachgüter und kulturelles Erbe einschließlich der Wechselwirkung zwischen diesen Faktoren und der auf den Schutz der menschlichen Gesundheit der Allgemeinheit bezogenen sozialen Umwelt“⁴⁸⁴, ist sehr weit zu verstehen. Das Klima ist eines der zahlreichen darunterfallenden Rechtsgüter.⁴⁸⁵ Die allgemeine Umweltkompetenz der EU beinhaltet folglich ebenfalls die Rechtsgrundlage für Klimaschutzmaßnahmen.⁴⁸⁶ Auch klimaschutzbezogene Maßnahmen für den Luftverkehr können davon erfasst werden. Sekundärrechtsakte auf Grundlage von Art. 192 Abs. 1 AEUV werden von der EU überwiegend als Richtlinien erlassen.⁴⁸⁷

3. Abgrenzung

Klimaschutzbezogene Regelungen für den Luftverkehr beinhalten gleichermaßen verkehrspolitische und umweltpolitische Komponenten. Beispielsweise können Regelungen im Rahmen des Luftverkehrsmanagements durch positive Auswirkungen auf die effektive Streckennutzung zu einer Einsparung von Emissionen führen; der europäische Emissionshandel erhielt durch die Einbeziehung des Luftverkehrs eine auch-luftverkehrsrechtliche Prägung.⁴⁸⁸ Die damit verbundene Verzahnung beider Bereiche führt dazu, dass der Erlass von Regelungen sich als Schnittbereich luftverkehrsrechtlicher und klimaschutzrechtlicher Maßnahmen darstellt.⁴⁸⁹ Deshalb lassen sich klimaschutzbezogene Regelungen für den Luftverkehr nicht auf den ersten Blick eindeutig der Luftverkehrskompetenz gem. Art. 100 Abs. 2 AEUV oder eindeutig der Umweltkompetenz

EUV/AEUV, Art. 191 AEUV Rn. 62; *Heselhaus* in: Frankfurter Kommentar, Bd. 3, Art. 191 AEUV Rn. 45.

484 *Kabl* in: Streinz EUV/AEUV, Art. 191 AEUV Rn. 43; ähnlich *Callies* in: *Callies/Ruffert EUV/AEUV*, Art. 191 AEUV Rn. 9.

485 *Nettesheim* in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim EuR*, Bd. 2, Art. 191 AEUV Rn. 51, 78 ff.; *Epiney* in: *Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Umweltverfassungsrecht*, Art. 191 AEUV Rn. 16. Dieses weite Begriffsverständnis unter Einbeziehung aller Umweltmedien entspricht der allgemeinen Ansicht, *Scherer/Heselhaus* in: *HdB EU-Wirtschaftsrecht, O. Umweltrecht*, Rn. 19 ff.

486 Zur Rechtslage nach Art. 175 EGV und Art. 192 AEUV *Kabl* in: *Schultze-Fielitz/Müller* (Hrsg.) *Europ. Klimaschutzrecht*, 21, 54 ff.

487 *Epiney* in: *HK-EuR*, Art. 192 AEUV Rn. 3; *Kabl* in: *Streinz EUV/AEUV*, Art. 192 AEUV Rn. 11.

488 Zu diesen und weiteren konkreten Maßnahmen vertieft II., S. 132 ff.

489 *Kabl* in: *Schultze-Fielitz/Müller* (Hrsg.) *Europ. Klimaschutzrecht*, 21, 53 f.

gem. Art. 192 Abs. 1 iVm Art. 191 Abs. 1 AEUV zuordnen. Die notwendige Abgrenzung beider Rechtsgrundlagen (a) erfolgt anhand des Schwerpunkts der Maßnahme (b).

a) Relevanz der Abgrenzung

Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigungen, Art. 5 Abs. 2 EUV, verlangt für Rechtsakte der Union nicht nur das Bestehen einer ausdrücklichen Rechtsgrundlage aus den Unionsverträgen, sondern auch eine Abstützung in der richtigen Rechtsgrundlage. Denn die Wahl der Rechtsgrundlage determiniert insbesondere die Organkompetenz, die möglichen Handlungsformen und das anzuwendende Rechtsetzungsverfahren.⁴⁹⁰

Ob die luftverkehrsrechtliche oder die umweltrechtliche Rechtsgrundlage zur Anwendung kommt, hat zwar keine nennenswerten Auswirkungen auf die Rechtsetzung und die Reichweite der Spielräume der europäischen Gesetzgeber bei der Rechtsetzung (i.), wohl aber auf die Möglichkeit einer etwaigen nationalen Schutzverstärkung (ii.).

i. Rechtsetzungsverfahren und Spielräume

Sowohl die Luftverkehrskompetenz als auch die Umweltkompetenz sehen das ordentliche Gesetzgebungsverfahren gemäß Art. 294 ff. AEUV vor. Nach beiden Normen muss als zusätzliche Verfahrensschritte eine Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses sowie des Ausschusses der Regionen erfolgen. Das Rechtsetzungsverfahren verläuft also bei beiden Rechtsetzungskompetenzen spiegelbildlich.

Mit Blick auf die Frage, ob und wie Regelungen für den jeweiligen Bereich zu erlassen sind, belässt die Luftverkehrskompetenz mit der Formulierung „können [...] geeignete Vorschriften [...] erlassen“ den europäischen Gesetzgebern Spielraum. Dieser bezieht sich vor allem auf die Ausgestaltung der Rechtsakte, eingeschränkt aber auch darauf, ob überhaupt

490 *Callies* in: *Callies/Ruffert EUV/AEUV*, Art. 5 EUV Rn. 9. Angesprochen ist damit die Funktion des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigungen, die unionale Rechtsordnung horizontal zu strukturieren, *Bast* in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim EuR*, Bd. 1, Art. 5 EUV Rn. 17.

Rechtsakte erlassen werden.⁴⁹¹ Art. 192 Abs. 1 AEUV formuliert, dass „das Europäische Parlament und der Rat [...] über das Tätigwerden der Union zur Erreichung der in Artikel 191 genannten Ziele [beschließen]“. ⁴⁹² Daraus ergibt sich mit Blick auf die Rechtsprechung des EuGH⁴⁹³ kein „imperativer Indikativ“⁴⁹⁴, sondern ebenfalls ein Spielraum der europäischen Gesetzgeber insbesondere bei der Art und Weise der Ausgestaltung von Rechtsakten, aber auch bei der Frage, ob bestimmte Rechtsakte erlassen werden.⁴⁹⁵ Die Spielräume bei der Sekundärrechtsetzung ähneln sich damit ebenfalls.

ii. Schutzverstärkung

Für diejenigen Rechtsakte, die auf Grundlage von Art. 192 AEUV erlassen wurden, sieht Art. 193 AEUV allerdings die Möglichkeit vor, nationale Maßnahmen beizubehalten oder zu ergreifen, die über den Schutz der entsprechenden Umweltschutzmaßnahme hinausgehen. Damit wird eine Ausnahme von der ansonsten bestehenden Sperrwirkung des EU-Sekundärrechts für Maßnahmen mit einem erhöhten Schutzstandard getroffen.⁴⁹⁶ Eine vergleichbare Ausnahmeregelung besteht für Rechtsakte, die auf Grundlage der Luftverkehrskompetenz geschaffen werden, nicht. Welche der beiden Rechtsgrundlagen gewählt wird, hat damit Implikationen für die nationale Rechtsetzung. Diese Möglichkeit für verstärkte nationale Schutzmaßnahmen wird beispielsweise für in das EU-EHS einbezogene Anlagen durch nationale CO₂-Emissionsgrenzwerte diskutiert⁴⁹⁷ und könnte auch für Luftfahrzeuge erwogen werden.

491 *Fehling* in: v.d. Groeben/Schwarze/Hatje Europ. Unionsrecht, Art. 100 AEUV Rn. 16. Der Spielraum wäre erst bei völliger Untätigkeit überschritten.

492 Art. 192 Abs. 3 AEUV sieht außerdem eine Kompetenz zur Schaffung von Umweltaktionsprogrammen vor.

493 EuGH, Urt. 22.5.1985 – C-13/83 – (Parlament/Rat), Rn. 49.

494 *Nettesheim* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim EuR, Bd. 2, Art. 192 AEUV Rn. 7.

495 Auch hier wäre die Grenze des Spielraums durch ein völliges Untätigbleiben überschritten. Wegen der bestehenden Rechtsakte ist diese Überlegung aber ebenfalls eher theoretischer Natur, *ders.* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim EuR, Bd. 2, Art. 192 AEUV Rn. 7.

496 *Epiney* in: HK-EuR, Art. 193 AEUV Rn. 1.

497 *Ziehm* ZUR 2018, 339, 344 f. und *dies.* ZNER 2014, 34 ff. hält diese für europarechtlich zulässig, mit Verweis auf Erwgr. 10 IE-RL 2010/75/EU und auch Erwgr. 23 EH-RL 2003/87.

iii. Fazit: Vermeidung einer Mehrfachabstützung, Unterschiede bei Schutzverstärkung

Die Heranziehung der luftverkehrsrechtlichen Kompetenz des Art. 100 Abs. 2 AEUV oder der umweltrechtlichen Kompetenz des Art. 192 Abs. 1 iVm Art. 191 Abs. 1 AEUV hat zwar keine Implikationen für das Rechtsetzungsverfahren und den Spielraum bei der Rechtsetzung, die gleich bzw. ähnlich sind, wohl aber auf die Möglichkeit einer nationalen Schutzverstärkung. Nur bei der umweltrechtlichen Kompetenz können unionale Maßnahmen durch solche des nationalen Rechts ergänzt und verstärkt werden.

Zwar hält der EuGH eine Mehrfachabstützung unionaler Maßnahmen auf verschiedene Kompetenzgrundlagen nicht grundsätzlich für unzulässig.⁴⁹⁸ Um Klarheit zu schaffen, ob entsprechende Maßnahmen zur Schutzverstärkung zulässig sind, sollten auch die klimaschutzdienlichen Maßnahmen der EU für den Luftverkehr nur auf eine, inhaltlich zutreffende Rechtsgrundlage gestützt werden.⁴⁹⁹ Eine Abgrenzung zwischen den verschiedenen möglichen Rechtsgrundlagen ist daher in diesem Bereich ebenso notwendig.

b) Abgrenzungskriterium: Schwerpunkt der Maßnahme

Im Rückgriff auf die Rechtsprechung des EuGH bestimmt sich die Wahl der Rechtsgrundlage nach objektiven Kriterien, zu denen Ziel und Inhalt des Rechtsakts gehören.⁵⁰⁰ Als Faustformel kann darauf abgestellt werden, dass eine unmittelbar klimaschützende Maßnahmen für den Luftverkehr ihren Schwerpunkt eher im Bereich Umweltschutz als im Bereich Ver-

498 StRspr EuGH, Urt. (Fünfte Kammer) 19.9.2002 – C-336/00 – (Huber) Rn. 31; EuGH, Urt. 10.12.2002 – C-491/01 – (British American Tobacco) Rn. 109 ff.; EuGH, Urt. (Dritte Kammer) 6.11.2008 – C-155/07 – (EP/Rat) Rn. 35 ff.; mit der expliziten Forderung einer Doppelabstützung u.a. EuGH, Urt. 11.07.1991 – C-300/89 – (Titandioxid) Rn. 17; EuGH, Urt. (Große Kammer) 11.6.2016 – C-263/14 – (EP/Rat) Rn. 44.

499 Ebenso für den Schnittbereich Verkehr – Umwelt allgemein *Epiney/Heuck/Schleiss* in: HdB EU-Wirtschaftsrecht, L. VerkehrsR, Rn. 80 f.

500 StRspr. EuGH, Urt. 11.07.1991 – C-300/89 – (Titandioxid) Rn. 10; EuGH, Urt. (Große Kammer) 11.6.2016 – C-263/14 – (EP/Rat) Rn. 43; explizit EuGH, Urt. (Große Kammer) 8.9.2009 – C-411/06 – (KOM/EP, Rat) Rn. 45. Speziell für verkehrspolitische Maßnahmen *Epiney/Heuck/Schleiss* in: HdB EU-Wirtschaftsrecht, Bd. 1, L. VerkehrsR, Rn. 88 f.

kehr haben dürfte, womit Art. 192 Abs. 1 iVm Art. 191 Abs. 1 AEUV als Kompetenz einschlägig ist. Bei mittelbar klimaschützenden Maßnahmen liegt der Schwerpunkt eher im Luftverkehr, so dass Art. 100 Abs. 2 AEUV die passende Rechtsgrundlage bereit hält. Eine Zuordnung zur richtigen Rechtsgrundlage muss aber je im Einzelfall erfolgen (dazu sogleich II.).

II. Klimaschutzbezogene Maßnahmen der EU

Die Relevanz des Luftverkehrs für den Klimawandel und mögliche Maßnahmen zum Klimaschutz sind in der EU seit dem Jahr 1999 wiederholt thematisiert worden.⁵⁰¹ Obwohl durchaus ein Problembewusstsein für die klimaschädlichen Auswirkungen des Luftverkehrs besteht, sind nur wenige Regelungen für den Luftverkehr geschaffen worden, die den Klimaschutz direkt adressieren.⁵⁰² Deshalb wird, zunächst in Abkehr von der klassischen Systematisierung umweltrechtlicher Instrumente nach ihrer Wirkungsweise gegenüber den Adressaten,⁵⁰³ im Umfeld der bestehenden Regelungen, die wichtige Parameter für den Luftverkehr aufstellen, unter-

501 Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Luftverkehr und Umwelt: Wege zu einer nachhaltigen Entwicklung, KOM(1999) 640 endg.; Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen zum sechsten Aktionsprogramm der Europäischen Gemeinschaft für die Umwelt: Umwelt 2010: Unsere Zukunft liegt in unserer Hand, Sechstes Umweltaktionsprogramm, KOM(2001) 31 endgültig, 27; Beschluss Nr. 1600/2002/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juli 2002 über das sechste Umweltaktionsprogramm der Europäischen Gemeinschaft, ABl. 242/1 v. 10.09.2001; Mitteilung der Kommission an den Rat, an das Europäische Parlament, an den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und an den Ausschuss der Regionen, Verringerung der Klimaauswirkungen des Luftverkehrs, KOM(2005) 459 endgültig.; zuletzt auch in der Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Der europäische Grüne Deal, COM(2019) 640 final, 12 f.

502 So auch *Schladebach* Luftrecht, § 5 Rn. 86 für den Umweltschutz im Luftverkehr allgemein.

503 Dazu *Kloepfer* Umweltrecht, § 5 Rn. 41, der unterscheidet zwischen: Planungsinstrumenten, direkter Verhaltenssteuerung, indirekter Verhaltenssteuerung, informationelle Instrumente, betriebsorganisatorische Instrumente, Kooperationsinstrumente, Instrumentalisierung hoheitlichen Verhaltens, Umweltprivatrecht und Sanktionen des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts. Mit umfassender Analyse der Klimarelevanz verschiedener denkbarer Umweltschutzinstrumente

sucht, ob und inwieweit sie überhaupt einen Bezug zum Klimaschutz herstellen. Sofern sich ein Bezug zum Klimaschutz feststellen lässt, erfolgt eine Systematisierung anhand der Wirkungsweise. Insofern kommt ein weites Verständnis davon, was als Klimaschutzmaßnahmen im Luftverkehr verstanden werden kann, zum Tragen. In Zusammenschau mit den im Anschluss erörterten klimaschutzrelevanten Paradoxa (III.) für den Luftverkehr erfolgt abschließend eine umfassende Bewertung der Rolle der EU für den Klimaschutz im Luftverkehr (IV.).

Als Maßnahme, deren Ziel originär der Klimaschutz ist, besteht im Luftverkehr aktuell vor allem das LuftV-EU-EHS als „echte“ Klimaschutzmaßnahme. Rechtsgrundlage war die Umweltkompetenz gem. Art. 175 Abs. 1 EGV (heute Art. 192 Abs. 1 AEUV). Auf diese Rechtsgrundlage wurde die LuftV-RL 2008/101 aber nur „insbesondere“ gestützt⁵⁰⁴, was wiederum die These stützt, dass klimaschutzbezogene Regelungen für den Luftverkehr an der Schnittstelle zwischen Verkehrs- und Umweltpolitik liegen.

Andere wichtige Regelungen für den Luftverkehr haben hingegen häufig keinen Bezug zum Klimaschutz (1.). Teils wirken sie nur mittelbar klimaschützend (2.) oder sind rein nationaler Natur (3.). Die Luftverkehrsregelungen ohne Bezug zum Klimaschutz oder mit rein nationalem Charakter können *per se* nicht als Klimaschutzmaßnahmen der EU verstanden werden. Diejenigen Maßnahmen mit mittelbarem Klimaschutzbezug sind, anders als das LuftV-EU-EHS (5.), nicht als unionale Klimaschutzmaßnahmen iS bzw. „echte“ Klimaschutzmaßnahmen zu charakterisieren, sondern stellen kompetenzrechtlich „unechte“ Klimaschutzmaßnahmen dar.⁵⁰⁵ Entsprechend wurde bei den unionalen Maßnahmen mit Ausnahme des LuftV-EU-EHS die Luftverkehrskompetenz gem. Art. 100 Abs. 2 AEUV als Rechtsgrundlage herangezogen.⁵⁰⁶ Die Förderung der Verwendung alternativer Treibstoffe (4.) wird von der EU zwar zunehmend in Angriff genommen, verbleibt für den Luftverkehr in ihrer Steuerungswirkung aber noch zu gering als dass sie als relevante Klimaschutzmaßnahme charakterisiert werden könnte.

der EU allgemein – ohne Bezug speziell zum Luftverkehr, *Kerth* EmHandel Gemeinschaftsrecht, 110 ff.

504 *Fehling* in: v.d. Groeben/Schwarze/Hatje Europ. Unionsrecht, Art. 100 AEUV Rn. 50.

505 Mit ähnlicher Terminologie für die (u.a.) verkehrsrechtliche Rechtsetzungskompetenz *Kahl/Gärditz* Umweltrecht, § 2 Rn. 27: „‘unechte‘ Umweltschutzkompetenz“.

506 Bzw. der frühere Art. 80 Abs. 2 EGV oder Art. 84 Abs. 2 EWGV.

1. Kein Bezug zum Klimaschutz: Betriebsgenehmigung und Slots

Bei zentralen Parametern für die Durchführung von Luftverkehrstätigkeiten in der EU – der Erteilung von Betriebsgenehmigungen an Luftfahrtunternehmen und der Zuweisung von Slots auf großen, vielbeflogenen europäischen Flughäfen spielt der Klimaschutz keine Rolle:

Umwelt- und Klimaschutzvorkehrungen der Luftfahrtunternehmen sind keine Voraussetzungen für die Erteilung der Betriebsgenehmigung gem. Art. 4 Luftverkehrsdienste-VO 1008/2008.⁵⁰⁷ Die Luftverkehrsdienste-VO ist kein regulatorisches Instrument mit (auch) umweltschützender Zielrichtung, sondern dient der Herstellung eines hohen Sicherheits- und Verbraucherschutzniveaus in einer Binnenmarktumgebung.⁵⁰⁸ Zwar können Betriebsuntersagungen ergehen, wenn trotz anderweitiger Sanktionen ein Luftfahrzeugbetreiber seine Verpflichtungen im Rahmen des LuftV-EU-EHS nicht erfüllt. Diese Untersagungen unterfallen jedoch nicht dem

507 Verordnung (EG) Nr. 1008/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. September 2008 über gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten in der Gemeinschaft (Neufassung), ABl. L 293/3 v. 31.10.2008. Auch nicht im Rahmen der Erteilung des dafür notwendigen Luftverkehrsbetreiberzeugnisses (AOC) gem. VO 965/2912 der Kommission vom 5. Oktober 2012 zur Festlegung technischer Vorschriften und von Verwaltungsverfahren in Bezug auf den Flugbetrieb gemäß der Verordnung (EG) Nr. 216/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. L 296/1 v. 25.10.2012. Bei schwerwiegenden Umweltproblemen können Flugbewegungen, die grds. bei Vorliegen einer Betriebsgenehmigung gestattet sind, aber eingeschränkt werden, Art. 20 Abs. 1 Luftverkehrsdienste-VO. Obwohl der Klimawandel als schwerwiegendes Umweltproblem eingestuft werden kann, dürfte eine Einschränkung aus diesem Grund aber nicht von der Zielrichtung der Vorschrift erfasst sein. Denn die Beschränkung der Ausübung von Verkehrsrechten bedeutet nur eine Beschränkung auf einzelnen Flugstrecken, vgl. Definition in Art. 2 Nr. 14 Luftverkehrsdienste-VO. Diese dürfte kaum geeignet sein, zur Lösung des insofern bestehenden Umweltproblems beizutragen, die als implizite Voraussetzung Art. 20 Abs. 1 S. 2 Luftverkehrsdienste-VO („nicht einschränken der sein, als es zur Lösung des Problems erforderlich ist“) hineinzulesen ist.

508 Gienulla/van Schyndel HdB Luftverkehrsrecht, Kap. 10 Rn. 25 ff.; Landwüst in: Grabherr/Reidt/Wysk LuftVG, § 20 Rn. 52. Schladebach Luftrecht, § 5 Rn. 6. Aufgrund des gebundenen Charakters der Entscheidung über die Erteilung einer Betriebsgenehmigung können von behördlicher Seite keine anderen Erwägungen als die in der Luftverkehrsdienste-VO aufgezählten Kriterien angestellt werden. Die Vorgaben der Luftverkehrsdienste-VO 1008/2008 sind insofern abschließend, Landwüst in: Grabherr/Reidt/Wysk LuftVG, § 20 Rn. 51.

Regime der Betriebsgenehmigungen oder sind mit diesem verkoppelt, sondern erfolgen eigenständig auf Grundlage der EH-RL.⁵⁰⁹

Auch die Zuweisung von Start- und Landerechten – sogenannten Zeitnischen oder Slots, die große Flughäfen betrifft, bei denen die Nachfrage nach Zeitnischen für Starts und Landung die möglichen Zeitnischen übersteigt,⁵¹⁰ bezieht Umwelt- und Klimaschutzaspekte nicht mit ein. Sie erfolgt gem. Art. 8 Abs. 1, 2, Art. 10 Abs. 6 Slot-VO 95/93⁵¹¹ (konsolidierte Fassung) vorrangig an Unternehmen, die ihre angestammten Slots in der vorangegangenen Flugplanperiode weitgehend ausgenutzt („use it or lose it“) haben, sowie an zweiter Stelle an Neubewerber.⁵¹² Die Zuweisung von Slots stellt sich damit als Maßnahme zur Verteilung knapper Ressourcen dar, für die der Bestandsschutz und damit die wirtschaftliche Sicherheit der Luftfahrtunternehmen im Vordergrund steht.

509 Dazu unten § 13 A., S. 292 ff.

510 Diese Flughäfen werden zu koordinierten Flughäfen erklärt, Art. 3 Abs. 1, 3 Slot-VO 95/93.

511 Verordnung (EWG) Nr. 95/93 des Rates vom 18. Januar 1993 über gemeinsame Regeln für die Zuweisung von Zeitnischen auf Flughäfen in der Gemeinschaft, ABl. L 14/1 v. 22.01.1993.

512 Die Verteilung erfolgt durch einen Flughafenkoordinator (in Deutschland: Belieher, §§ 27a, 31a LuftVG). Im Überblick *Schladebach* Luftrecht, § 5 Rn. 25 ff. Eine Bevorzugung kann sich außerdem aus gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen ergeben, Art. 9 Slot-VO 95/93. Zu Ausnahmen von der *use it or lose it*-Regel im Zuge der Corona-Pandemie siehe aber den durch Verordnung (EU) 2020/459 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. März 2020 zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 95/93 des Rates über gemeinsame Regeln für die Zuweisung von Zeitnischen auf Flughäfen in der Gemeinschaft, ABl. L 99/1 in die Slot-VO eingefügten Art. 10a sowie die Delegierte Verordnung (EU) 2020/1477 der Kommission vom 14. Oktober 2020 zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 95/93 des Rates im Hinblick auf die vorübergehende Verlängerung außergewöhnlicher Maßnahmen zur Bewältigung der Folgen der COVID-19-Pandemie.

2. Mittelbare klimaschutzbezogene Wirkung: Einheitlicher europäischer Luftraum

Die unionalen Regelungen⁵¹³ zum Einheitlichen europäischen Luftraum (Single European Sky – SES)⁵¹⁴ sind nicht darauf fokussiert, eine aus Perspektive des Klimaschutzes positive Wirkung zu entfalten. Vielmehr verfolgen sie primär das Ziel, die Sicherheit des Flugbetriebs zu gewährleisten.⁵¹⁵ Mittelbar haben sie aber auch klimaschutzdienliche Wirkung. Denn sie befördern ein Managementsystem für den Luftraum, das nicht mehr national, sondern europäisch ausgerichtet ist und damit den zwischenstaatlichen Verkehrsfluss verbessert. Somit können letztlich Treibstoffeinsparungen und damit Emissionsoptimierungen auf Luftverkehrsverbindungen zwischen verschiedenen Orten erreicht werden.⁵¹⁶ Aktuell ist der europäische Luftraum in regionalen Blöcken organisiert, aber (noch) nicht vollständig vereinheitlicht.⁵¹⁷ Deshalb fordert die Kommission in ihrem *Green Deal*, die Vereinheitlichung des Luftraums weiter voranzutreiben und erarbeitete einen entsprechenden Verordnungsvorschlag.⁵¹⁸

513 Als weitere Regelungen mit entfernt mittelbar klimaschutzbezogener Wirkung kann auch an die UVP-Richtlinie 85/337/EWG gedacht werden, die Auswirkungen auf die Genehmigung von Flughäfen hat, *ders.* Luftrecht, § 5 Rn. 91, der zudem auf die SUP-Richtlinie 2001/42/EH hinweist. Die Klimarelevanz ist im Rahmen der UVP ein Aspekt der Umweltauswirkungen, *Kerth* EmHandel Gemeinschaftsrecht, 114.

514 Single European Sky I-Paket (SES I): VO 549/2004 – 552/2004, ABL L 91/1 v. 31.3.2004; SES II-VO 1070/2009 (Verordnung (EG) Nr. 1070/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Oktober 2009 zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 549/2004, (EG) Nr. 550/2004, (EG) Nr. 551/2004 und (EG) 552/2004 im Hinblick auf die Verbesserung der Leistung und Nachhaltigkeit des europäischen Luftverkehrssystems, ABL L 300/34 v. 14.11.2009), mit Überblick dazu *Epiney/Heuck/Schleiss* in: HdB EU-Wirtschaftsrecht, Bd. 1, L. VerkehrsR, Rn. 542 ff.

515 Erwgr. 2, 5 SES II-VO 1070/2009.

516 Siehe Erwgr. 7 VO 2017/2392. Dazu bereits *Pache* ZLW 52 (2003), 33, 44.

517 *Schladebach* Luftrecht, § 5 Rn. 110 ff.

518 COM(2019) 640 final, 12. Geänderter Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verwirklichung eines einheitlichen Europäischen Luftraums (Neufassung) vom 22.09.2020, COM(2020) 579 final, 2013/0186 (COD).

3. Nationaler Spielraum für klimaschutzbezogene Ausrichtung: Flughafenentgelte und Luftverkehrssteuern

Im Übrigen belässt das Unionsrecht Spielraum für die Schaffung nationaler, umweltschutzdienlicher Regelungen im Luftverkehr, die von den Mitgliedstaaten ausgefüllt werden können. Während die Höhe von Flughafenentgelten in Deutschland zwar mit Emissionen, nicht aber speziell mit CO₂-Emissionen verknüpft ist, ist die Luftverkehrssteuer als umwelt- und klimaschutzdienliches Steuerungsinstrument anzusehen:

Flughafenentgelte werden von den Luftfahrtunternehmen (in der Bezeichnung als „Flughafennutzer“) als Gegenleistung für die Nutzung der Flughafeninfrastruktur an den Flughafenbetreiber entrichtet; sie haben privatrechtlichen Charakter.⁵¹⁹ Für größere Flughäfen besteht durch die Entgelt-RL 2009/12⁵²⁰ ein unionsrechtlicher Rahmen für die Erhebung der Entgelte. Sie müssen nach geeigneten, objektiven, nichtdiskriminierenden sowie transparenten Kriterien und Verfahren durch die Flughafenbetreiber festgelegt und von einer nationalen Stelle genehmigt werden.⁵²¹ Die unionalen Vorgaben zur nationalen Regulierung von Flughafenentgelten legen nicht fest, dass Umweltschutzaspekte bei der Festlegung der Entgelte berücksichtigt werden müssen, lassen aber eine Differenzierung bei der Bestimmung der Entgelte aus Gesichtspunkten des Umweltschutzes zu.⁵²² Richtet sich die Höhe der Flughafenentgelte für ein Luftfahrtunternehmen auch nach den Lärm- und Schadstoffemissionen, ist eine Steuerungswirkung dahingehend möglich, diese möglichst gering zu halten.⁵²³ Eine Entgeltordnung kann also mittelbar umweltschützende Wirkung entfalten. Grundlage dafür sind aber nicht die unionsrechtlichen Vorgaben zur

519 *Schladebach* Luftrecht, § 5 Rn. 36, *Giemulla/van Schyndel* HdB Luftverkehrsrecht, Kap. 9, Rn. 274 f.

520 Richtlinie 2009/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 2009 über Flughafenentgelte, ABl. L 70/11 v. 14.3.2009.

521 Art. 6 Abs. 4, Abs. 5 UAbs. 2 Entgelt-RL 2009/12.

522 Art. 3 Entgelt-RL 2009/12.

523 *Giemulla/van Schyndel* HdB Luftverkehrsrecht, Kap. 9, Rn. 276. Ein konkreter Nachweis konnte bei Lärmemissionen bisher aber nicht geführt werden, da für eine Lärmreduzierung auch ordnungsrechtliche Regelungen und regelmäßige Modernisierungsmaßnahmen der Fluggesellschaften eine Rolle spielen und die Flughäfen eine zu starke Spreizung der Entgelte vermeiden wollen, *Schiller* in: *Grabherr/Reidt/Wysk LuftVG*, § 19b Rn. 76.

Entgeltordnung, sondern das nationale Recht.⁵²⁴ Im deutschen Recht⁵²⁵ dienen die Vorgaben für die Entgeltordnungen der Steuerung der Emissionsmengen von Lärm, Stickoxid- und Kohlenwasserstoff, nicht jedoch von CO₂.⁵²⁶ Vor dem Hintergrund, dass Entgelte kostenbezogen festzulegen sind, wäre eine Vorgabe zur Berücksichtigung der CO₂-Emissionen bei der Festlegung der Entgelte auch kaum begründbar, da CO₂-Emissionen gerade nicht zu lokalen Beeinträchtigungen führen, deren Vermeidung entsprechende Mehrkosten verursachen könnte.⁵²⁷

Außerdem existiert auf nationaler Ebene in einigen, vor allem flächenmäßig großen EU-Mitgliedstaaten eine Luftverkehrssteuer.⁵²⁸ Unionale Vorgaben dazu bestehen, soweit ersichtlich, nicht, so dass entsprechende nationale Maßnahmen grundsätzlich getroffen werden können. In Deutschland hat die Luftverkehrssteuer neben dem genuinen Zweck der Einnahmenerzielung⁵²⁹ auch den Zweck, „zu klimafreundlichem Verhalten [zu] ermuntern“⁵³⁰. Kürzlich erhöht, müssen Luftfahrtunternehmen⁵³¹ als Steuerschuldner seit 1. April 2020 je nach Distanz der Flugstrecke pro

524 In der deutschen Umsetzung in § 19b Abs. 1 S. 6 LuftVG: für die Entgeltordnungen der Flughäfen ist eine Differenzierung nach Lärmschutzgesichtspunkten verpflichtend vorzunehmen, eine Differenzierung nach Schadstoffemissionen soll erfolgen. Unter Schadstoffemissionen fallen insbesondere Stickoxide und Kohlenwasserstoffe, *Schiller* in: Grabherr/Reidt/Wysk LuftVG, § 19b Rn. 79.

525 Laut *Sieberg NVwZ* 2006, 141 ist eine Differenzierung der Entgelte nach Lärmwerten an den meisten Flughäfen üblich.

526 *Schiller* in: Grabherr/Reidt/Wysk LuftVG, § 19b Rn. 79.

527 Zum Kostenbezug als Anforderung an eine Entgeltordnung allgemein *ders.* in: Grabherr/Reidt/Wysk LuftVG, § 19b Rn. 60. Dieser Bezug zwischen entstehenden Kosten und einzuforderndem Entgelt liegt der Entgelt-RL 2009/12 zugrunde, vgl. Erwgr. 9, 10. Auch die Vereinbarkeit mit dem Chicagoer Abkommen ist diesbezüglich im Blick zu behalten, *Pache ZLW* 52 (2003), 33, 46. Es muss also bei der Berechnung der Entgelte jedenfalls eine Orientierung an den tatsächlichen Kosten stattfinden.

528 Mit Stand Juni 2018 in Österreich, Deutschland, Frankreich, Italien, Schweden (außerdem Großbritannien), siehe *CE Delft Taxes Aviation*, Bericht DG Move Juni 2019, 124 ff.

529 Abzuleiten aus dem Kontext der Genese des LuftVStG als einem der „Finanzkrisenfolgesetze“, *Faltings NK-LuftVStG*, Einleitung Rn. 1.

530 Siehe die Begründung des Gesetzentwurfs der Regierungsfractionen in BT-Drs. 19/14339, 1; ähnlich BT-Drs. 17/3030, 36. Die aktuelle Gesetzesänderung hat eine „Verstärkung der Anreizwirkung zu umweltgerechtem Verhalten im Luftverkehr“ im Auge, BT-Drs. 19/14339, 8.

531 Die Definition in § 2 Nr. 2 LuftVStG entspricht dabei dem eines Luftfahrtunternehmens nach Art. 2 Nr. 10 Luftverkehrsdienste-VO 1008/2008, ergänzt um die Voraussetzung der gewerblichen Beförderung von Personen.

Passagier einen Betrag zwischen 13,03 Euro und 59,43 Euro entrichten.⁵³² Die Steuer induziert einen finanziellen Negativanreiz, den Luftverkehr insbesondere auf kurzen Strecken nicht als Transportmittel zu nutzen, indem die Luftfahrtunternehmen ihre steuerlichen Aufwendungen über die Ticketpreise an die Fluggäste weitergeben.⁵³³ Diese klimaschutzdienliche indirekte Verhaltenssteuerung wirkt reduzierend auf das Passagieraufkommen.⁵³⁴ Sie tritt dabei neben die wohl primäre Funktion der Einnahmenerzielung.⁵³⁵ Diese Reduzierung erfolgt aber aus der Perspektive des Klimaschutzes nur wenig zielgenau, da Anknüpfungspunkte nur die Streckenlänge und die Passagieranzahl des Flugzeugs sind.⁵³⁶ Einfluss auf den konkreten CO₂-Ausstoß haben daneben u.a. die technische Ausstattung des jeweiligen Flugzeugs und die gewählte Flugroute. Diese werden bei der Berechnung jedoch nicht berücksichtigt. Die Luftverkehrsteuer lässt sich damit als nationale „auch umwelt- und klimaschützende“ Maßnahme charakterisieren, ohne genuin und zielgenau umwelt- und klimaschützend zu sein.

4. Erste Ansätze: Förderung alternativer Treibstoffe

Obwohl die Einsatzfähigkeit alternativer Treibstoffe für den Luftverkehr nachgewiesen, ihrer Verwendung vor dem Hintergrund des fortschreitenden Klimawandels in ihrer Notwendigkeit kaum abzustreiten ist, wird auch mit Blick auf die EU von einer „praktisch nicht stattfindende[n] Kommerzialisierung erneuerbarer Flugkraftstoffe“⁵³⁷ ausgegangen. In der EU werden noch kaum alternative Treibstoffe für den Luftverkehr verwen-

532 § 11 Abs. 1, § 6 Abs. 1 LuftVStG. Eine Absenkung der Steuersätze ist möglich, wenn die aus dem EU-EHS im Vorjahr erwirtschaftete Summe 1,75 Milliarden Euro übersteigt, § 11 Abs. 2 S. 2 LuftVStG. Die Gesamtbelastung, die für die Luftfahrtunternehmen aus dem LuftVStG und dem EU-EHS erwächst, soll also diesen Betrag nicht übersteigen, *Faltings* NK-LuftVStG, Einleitung Rn. 5.

533 BT-Drs. 19/14339, 8.

534 Mit entsprechenden Modellrechnungen *CE Delft* Taxes Aviation, Bericht DG Move Juni 2019, insbes. 115 ff.

535 Die zusätzlichen Einnahmen können außerdem im Rahmen des Haushaltsplans auch gerade für den Klimaschutz verwendet werden.

536 Siehe Art. 10 LuftVStG. Sie ist „weder verursachergerecht noch emissionsbezogen“, *Bullerdiek/Kaltschmitt* Zeitschrift für Energiewirtschaft 44 (2020), 119, 128.

537 *dies.* Zeitschrift für Energiewirtschaft 44 (2020), 119, 120.

det.⁵³⁸ EU-Maßnahmen zur Förderung der Verwendung solcher Treibstoffe adressieren den Luftverkehr bisher nur am Rande: Die neue EE-RL 2018 richtet sich mit einem Energieendverbrauchsziel von mindestens 14% aus erneuerbarer Energie bis 2030 zwar an den Verkehrssektor, trifft jedoch keine verbindlichen Aussagen speziell für den Luftverkehr.⁵³⁹ Das EU-EHS (dazu sogleich 5.) setzt zwar Anreize, alternative Treibstoffe zu nutzen, indem bei ihrer Verwendung entsprechend weniger Emissionen gemeldet und weniger Zertifikate vorgehalten werden müssen. Die Steuerungswirkung bleibt mangels ausreichender Preissignale des EU-EHS, die nötig wären, um alternative Treibstoffe trotz ihrer sehr hohen Mehrkosten attraktiv zu machen, aber nur gering.⁵⁴⁰

Damit einhergehende unausgeschöpfte Potentiale zur Emissionsreduktion im Luftverkehr hat die Kommission erkannt und zum Gegenstand einer Gesetzesinitiative („ReFuelEU Aviation - Sustainable Aviation Fuels“) gemacht.⁵⁴¹ Im Vorschlag der Kommission werden u.a. Quoten festgelegt, zu denen alternativer Treibstoff als Teil des an EU-Flughäfen tankbaren Treibstoffs mindestens vorzusehen ist.⁵⁴² Eine intensivierte Anreizwirkung durch verstärkte Preissignale des LuftV-EU-EHS (aber auch des CORSIA) gegenüber den Luftfahrzeugbetreibern können hier ebenfalls

538 Die Kommission geht von einem Wert von nur 0,05% der Gesamtreibstoffverwendung aus, COM, Inception Impact Assessment ReFuelEU Aviation, Ref. Ares(2020)1725215, 2.

539 Siehe Art. 25 Abs. 1 S. 1 Richtlinie (EU) 2018/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen (Neufassung), ABl. L 328/82 v. 21.12.2018 (EE-RL). In Art. 4 Abs. 4 lit. a der Richtlinie 2009/28/EG, ABl. L 140/16 v. 5.6.2009 war der Luftverkehrs-Treibstoff ebenfalls kein relevanter Parameter, um den Gesamtenergieverbrauch zu bestimmen; mit Art. 7a Abs. 1 UAbs. 2, der durch die Richtlinie (EU) 2015/1513, ABl. L 239/1 v. 15.9.2015 eingefügt wurde, wurde den Mitgliedstaaten dann die Möglichkeit eingeräumt, den Luftverkehr freiwillig für Beiträge zur Minderungsverpflichtung einzubeziehen.

540 Zu diesen und weiteren ökonomischen Hemmnissen *Bullerdiek/Kaltschmitt* Zeitschrift für Energiewirtschaft 44 (2020), 119, 120 ff. mwN; *Bullerdiek/Neuling/Kaltschmitt* Journal of Air Transport Management 92 (2021), 102020, 3; auch *Hemmings/Murphy/Earl/Ambel/Gilliam/Sibvonen* in: Fichert/Forsyth/Niemeier (Hrsg.) Aviation and Climate Change, 161.

541 Zunächst COM, Inception Impact Assessment ReFuelEU Aviation, Ref. Ares(2020)1725215., mittlerweile auch der Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Gewährleistung gleicher Wettbewerbsbedingungen für einen nachhaltigen Luftverkehr, COM(2021) 561.

542 Art. 4 iVm Annex 1 COM(2021) 561.

Abhilfe schaffen.⁵⁴³ Insofern besteht ein enger Zusammenhang zu den im Folgenden im Fokus stehenden marktbasierten Steuerungsinstrumenten.

5. Direkte Klimaschutzmaßnahme: Emissionshandel und Emissionsstandards

Das EU-EHS, das sich seit 2012 auch auf den Luftverkehr erstreckt, weist eine klimaschützende Zielrichtung und Wirkung auf. Denn die absinkende Emissionsobergrenze führt nach und nach zu einer sektorübergreifenden Reduktion der Emissionen.⁵⁴⁴ Daneben werden die Emissionsstandards für Luftfahrzeuge, die ein Teil des Klimaschutz-Maßnahmenpakets der ICAO sind, in unionales Recht übertragen.⁵⁴⁵ Sie haben ebenfalls eine klimaschützende Zielrichtung und Wirkung, führen aber anders als das EU-EHS nicht zu einem kontinuierlichen Absinken der Gesamtemissionen, sondern schreiben nur für neue Luftfahrzeuge bestimmte Emissions-Höchstwerte vor, ohne Einfluss auf die Anzahl der zugelassenen Luftfahrzeuge oder deren Einsatzdichte zu nehmen.

Für den Luftverkehr bestehen damit zwei originär klimaschützende Maßnahmen. Während die Emissions-Standards ein Instrument des klassischen Ordnungsrechts sind, ist das EU-EHS als Instrument indirekter Verhaltenssteuerung einzuordnen. Die Standards betreffen zunächst nur neue Luftfahrzeuge und wirken damit eher punktuell. Das EU-EHS hingegen erstreckt sich deutlich umfassender auf grundsätzlich alle Luftverkehrsbewegungen mit Start- und Zielort in der EU und entfaltet damit eine deutlich größere Wirkung. Deshalb und wegen seiner konzeptionellen Vergleichbarkeit mit dem CORSIA (dazu Teil 3) liegt der Fokus der nachfolgenden Ausführungen auf dem LuftV-EU-EHS.

543 Zu dieser Anreizwirkung über Knappheitssignale der vorhandenen Berechtigungs- bzw. Ausgleichszertifikate siehe für das LuftV-EU-EHS § 15 A.I., S. 329 ff. und für das CORSIA § 15 B.I., S. 339 ff.

544 Dazu ausführlich unten B., S. 154 ff.

545 Durch einen statischen Verweis auf die Vorgaben der ICAO in Annex 16 I-III durch Art. 9 Abs. 2 EASA-Verordnung 2018/1139 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2018, ABl. L 212/1 v. 22.08.2018.

III. Klimaschutzrelevante Paradoxa und die umweltrechtliche Querschnittsklausel, Art. 11 AEUV

Die Zielrichtung, Klimaschutz auch für den Luftverkehr verankern zu wollen, wie sie insbesondere durch die Schaffung des LuftV-EU-EHS zum Ausdruck kommt, steht in einem Spannungsfeld zu anderen EU-Politiken, die genau diese Zielrichtung in Frage stellen können, indem sie im Vergleich zu den anderen Transportsektoren Sonderregelungen zugunsten des Luftverkehrs vorsehen. Der Luftverkehr ist einerseits mit einer stärkeren Ausrichtung auf den Klimaschutz reguliert (dazu 2.), zugleich aber auch gegenüber anderen Transportsektoren in einer Art und Weise besergestellt, die den Luftverkehr gegenüber anderen Verkehrsträgern besonders attraktiv macht (dazu 3.). Wegen der besonderen Klimaschädlichkeit des Luftverkehrs erscheint die letztgenannte Regelungswirkung jedenfalls fragwürdig. Es fehlt damit an einer einheitlichen Linie für den Klimaschutz im Luftverkehr auf unionaler Ebene. Vor dem Hintergrund der umweltrechtlichen Querschnittsklausel des Art. 11 AEUV (zu dessen Maßgaben 1.) eröffnet sich unionsintern eine Spannungslage nicht kohärent abgestimmter Maßnahmen, die eine verstärkte Koordination unterschiedlicher Regelungsstränge wünschenswert erscheinen lässt (dazu IV.).

1. Maßgaben der umweltrechtlichen Querschnittsklausel für den Luftverkehr

Gemäß der umweltrechtlichen Querschnittsklausel, Art. 11 AEUV, müssen

„Die Erfordernisse des Umweltschutzes [...] bei der Festlegung und Durchführung der Unionspolitiken und -maßnahmen insbesondere zur Förderung einer nachhaltigen Entwicklung einbezogen werden.“

Daraus ergeben sich rechtlich verbindliche materielle Vorgaben⁵⁴⁶, die Umwelterfordernisse iSv Art. 191 Abs. 1, 2 AEUV in nicht primär umweltrechtliches EU-Handeln einzubeziehen.⁵⁴⁷ Aspekte des Umweltschutzes

546 Gegen institutionell-prozedurale Vorgaben *Nettesheim* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim EuR, Bd. 2, Art. 11 AEUV Rn. 26; a.A. *Calliess* in: Callies/Ruffert EUV/AEUV, Art. 11 AEUV Rn. 14 f. allerdings vor allem unter Aufzählung entsprechender EU-interner Maßnahmen.

547 *Calliess* in: Callies/Ruffert EUV/AEUV, Art. 11 AEUV Rn. 5 ff.; *Nettesheim* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim EuR, Bd. 2, Art. 11 AEUV Rn. 13, 30; *Kabl* in: Streinz

müssen „integrativer Bestandteil“ von Politiken und Maßnahmen in anderen Sektoren sein und ihren Inhalt auch im Ergebnis ersichtlich mitprägen.⁵⁴⁸ Bei EU-Handeln in Bezug auf andere Sektoren ist also sicherzustellen, dass sie sich nicht zu relevanten Umwelterfordernissen eklatant in Widerspruch setzen.⁵⁴⁹

Für den Verkehrssektor allgemein wird vor diesem Hintergrund gefordert, Abschied „vom Konzept einer (ausschließlich) dem Binnenmarkt ‚dienenden‘ Konzeption im Interesse einer dauerhaft umweltverträglichen Verkehrspolitik“⁵⁵⁰ zu nehmen. Die Verkehrspolitik müsse letztlich zu einer Verkehrsumweltpolitik umgestaltet werden.⁵⁵¹ Konkret wird dem Vorsorgeprinzip entnommen, dass umweltschützende Maßnahmen schon bei Risiken, auch für künftige Generationen, zu ergreifen sind. Aus dem Ursprungsprinzip folge, dass die Wahl der Verkehrsmittel anhand ihrer relativen Umweltbelastung gesteuert wird. Bei relativ umweltbelastenden Transportmitteln sollte also darauf hingewirkt werden, dass diese eher weniger genutzt werden. Außerdem verlange das Verursacherprinzip eine Internalisierung externer Kosten und Kostentragung durch die Verkehrsteilnehmer.⁵⁵²

Mit Blick auf den Klimaschutz folgt daraus speziell für den Luftverkehrssektor, dass seine besondere Klimaschädlichkeit im Vergleich zu anderen Verkehrsträgern bei einer Regulierung des Luftverkehrs eine Rolle spielen muss. Dies gilt ebenso, wenn dafür verkehrsrechtliche oder andere nicht umweltschutzbezogenen Rechtsgrundlagen herangezogen werden. Trotz gewisser Unsicherheiten hinsichtlich Wirkweise und Schädlichkeit (insbesondere der nicht CO₂-bezogenen) Emissionen des Luftverkehrs und

EUV/AEUV, Art. 11 AEUV Rn. 9 f.; *Krämer* in: v.d. Groeben/Schwarze/Hatje Europ. Unionsrecht, Art. 11 AEUV 5 f.

548 *Kabl* in: Streinz EUV/AEUV, Art. 11 AEUV Rn. 17; *Calliess* in: Callies/Ruffert EUV/AEUV, Art. 11 AEUV Rn. 8.

549 *Kabl* in: Streinz EUV/AEUV, Art. 11 AEUV Rn. 17. Kritisch *Nettesheim* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim EuR, Bd. 2, Art. 11 AEUV Rn. 23, der die inhaltlichen Anforderungen eher als gering einschätzt und nur verlangt, dass die ökologischen Belange überhaupt erfasst und in Rechnung gestellt werden. Auch er hält eine Verletzung von Art. 11 AEUV aber bei offenkundigen Verstößen für möglich.

550 *Epiney/Heuck/Schleiss* in: HdB EU-Wirtschaftsrecht, L. VerkehrsR, Rn. 149.

551 *Kabl* in: Streinz EUV/AEUV, Art. 11 AEUV Rn. 18.

552 Umfassend dazu *Epiney/Heuck/Schleiss* in: HdB EU-Wirtschaftsrecht, L. VerkehrsR, Rn. 148 ff. Die ebenfalls genannte Berücksichtigung der Gegebenheiten in den einzelnen Regionen dürfte mit Blick auf den Klimaschutz nur eine geringe Rolle spielen.

dessen aktuell eher geringem Anteil an den globalen Gesamtemissionen,⁵⁵³ sind die Risiken des Klimawandels schon jetzt für heutige und zukünftige Generationen so groß, dass auch im Luftverkehr als einem von vielen relevanten Sektoren Maßnahmen zu ergreifen sind. Der Beitrag gerade des Luftverkehrs mag gering erscheinen, wird aber im Gegensatz zu vielen anderen Sektoren in den kommenden Jahren und Jahrzehnten voraussichtlich weiter stark zunehmen, sobald die Folgen der Corona-Pandemie überwunden sind. Der Luftverkehr trägt also zukünftig in zunehmendem Maße zur Vergrößerung der schon jetzt unabweisbaren Risiken des Klimawandels bei.

Durch die negativen Auswirkungen des Luftverkehrs verursachte Kosten dürfen dabei nicht von der Allgemeinheit getragen werden, sondern in Anlehnung an das Verursacherprinzip von denen, die sie hervorrufen. Als Verkehrsteilnehmer können dabei diejenigen angesehen werden, die die Luftverkehrsbewegungen tatsächlich ausführen (insbesondere die Luftfahrzeugbetreiber⁵⁵⁴) sowie diejenigen, die diese Luftverkehrstätigkeiten in Anspruch nehmen (die Passagiere und diejenigen, die eine Frachtleistung in Anspruch nehmen).

Zwar eröffnet die umweltrechtliche Querschnittsklausel einen weiten Gestaltungsspielraum, wie ihren Vorgaben Rechnung zu tragen ist. Die rechtlichen Grenzen sind aber jedenfalls dann überschritten, wenn die Politik- und Maßnahmengestaltung in einem Sektor erhebliche Beeinträchtigungen für die Umwelt nach sich zieht oder völlig einseitig erfolgt, ohne dass umweltrechtlichen Aspekten im Ergebnis überhaupt oder in einem Mindestmaß Rechnung getragen wird.⁵⁵⁵

Die Analyse, inwiefern diese Maßgaben im Rahmen der unionalen Regulierung des Luftverkehrs Berücksichtigung finden, zeichnet ein ambivalentes Bild. Schlaglichtartig werden drei Maßnahmen beleuchtet, in deren Rahmen der Luftverkehr einerseits, wie im EU-EHS, aus der Klimaschutzperspektive ambitionierter behandelt wird als andere Verkehrssektoren (dazu sogleich 2.). Mit Blick auf die Treibstoffbesteuerung und die Mehrwertbesteuerung gelten andererseits gerade für den besonders klimaschäd-

553 Dazu bereits oben § 1 A., S. 30 ff.

554 Insbesondere den Betreibern sollte die sachliche Verantwortung zugewiesen werden, sich durch technische Neuerungen für die zukünftige Vermeidung von Emissionen einzusetzen.

555 *Calliess* in: *Callies/Ruffert EUV/AEUV*, Art. 11 AEUV Rn. 8; *Epiney/Heuck/Schleiss* in: *HdB EU-Wirtschaftsrecht*, L. VerkehrsR, Rn. 140, 150.

lichen Luftverkehr Ausnahmen, die sein für den Klimaschutz problematisches Sektorwachstum fördern (dazu 3.).

2. Ambitioniertere „Sonderbehandlung“ des Luftverkehrs im Vergleich zu anderen Transportsektoren

Der Luftverkehr wurde ab dem Jahr 2012 als erster Subsektor des Verkehrssektors vom EU-EHS erfasst. Auch weiterhin ist er der einzige verkehrsbezogene Subsektor, der Teil des EU-EHS ist. Die Einbeziehung des Schiffsverkehrs wird zwar seit langem ebenfalls diskutiert, ist bisher aber nur langsam vorangeschritten.⁵⁵⁶ In Deutschland sind die Verkehrssektoren, die anders als der Luftverkehr nicht Teil des EU-EHS sind, außerdem mit Blick auf ihre Treibstoffe als „Brennstoffe“ von einem nationalen Emissionshandelssystem (nEHS) erfasst, das zunächst aber als „Festpreissystem“ starten soll. Hierbei handelt es sich anders als beim LuftV-EU-EHS um einen rein nationalen Ansatz.⁵⁵⁷

Der Luftverkehr erfährt durch die Teilnahme am EU-EHS eine aus Sicht des Klimaschutzes ambitionierte Sonderbehandlung. Denn durch die absinkende Emissionsobergrenze wird für die am EU-EHS beteiligten Sektoren (Strom- und Wärmeerzeugung; Industriezweige mit energieintensiven Herstellungsprozessen, z.B. Öltraffinerien, Metallproduktion und Papierproduktion und Luftverkehr) im Laufe der Zeit sektorübergreifend eine Emissionsreduktion gesichert. Diese ergibt sich zwar nicht für den Luftverkehr alleine, wohl aber in Zusammenschau mit den anderen beteiligten Bereichen.⁵⁵⁸

556 Mit einem konkreten Vorhaben zur Einbeziehung COM(2019) 640 final, 13 sowie nun der Vorschlag in Art. 3a, 3g ff. COM(2021) 551 final. Bisher werden die Emissionen nur überwacht und berichtet, Verordnung (EU) 2015/757 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2015 über die Überwachung von Kohlendioxidemissionen aus dem Seeverkehr, die Berichterstattung darüber und die Prüfung dieser Emissionen und zur Änderung der Richtlinie 2009/16/EG, ABl. L 123/55 v. 19.5.2015. Zu dagegen vorgebrachten Spannungslagen mit dem Seerechtsregime der IMO knapp *Medvedieva/Sopilko/Guliev/Bilotsky/Nevara/Lovin/Sirokha* Environmental Policy and Law 48 (2018), 160, 164.

557 Siehe § 1 S. 1 BEHG.

558 Dazu näher unten B., insbesondere II.3., S. 169 ff.

3. Privilegierung des Luftverkehrs gegenüber anderen Transportsektoren

Für den Luftverkehr bestehen Ausnahmen bei der Besteuerung von Treibstoffen und hinsichtlich der Mehrwertsteuer, die eine dem Klimaschutz gegenläufig steuernde Wirkung entfalten dürften:

a) Steuerbefreiungen für Kerosin

Für Kraftstoffe, Heizstoffe und elektrischen Strom gelten grundsätzlich bei ihrem Inverkehrbringen näher festgelegte Mindeststeuerbeträge, die die Mitgliedstaaten national vorschreiben müssen.⁵⁵⁹ Erhoben wird die Steuer zwar bei den Unternehmen, die die Stoffe in den Verkehr bringen. Als Verbrauchssteuer⁵⁶⁰ ist sie jedoch darauf angelegt, an die Endkunden weitergegeben zu werden.⁵⁶¹ Eine Ausnahme besteht für die Besteuerung des Treibstoffs für den Luftverkehr: die Lieferungen von Energieerzeugnissen zur Verwendung als Kraftstoff für die Luftfahrt sind durch die Mitgliedstaaten von der Energiesteuer zu befreien.⁵⁶² Folglich treten keine Kosten für die Betankung auf, die an das Luftfahrtunternehmen weitergegeben werden müssten.

Als Begründung dafür wurde das Bestehen internationaler Verpflichtungen sowie der Erhalt der Wettbewerbsfähigkeit angeführt.⁵⁶³ Entsprechende internationale Verpflichtungen ergeben sich aus internationalen Luftverkehrsabkommen, die von der EU und ihren Mitgliedstaaten abgeschlossen wurden und sie dazu verpflichten, wechselseitig von einer Besteuerung von Kerosin insgesamt abzusehen.⁵⁶⁴ Art. 24 CA hingegen schreibt nur

559 Art. 4 Abs. 1, 2, Art. 7-9 Energieerzeugnisbesteuerungs-RL 2003/96/EG des Rates vom 27. Oktober 2003 zur Restrukturierung der gemeinschaftlichen Rahmenvorschriften zur Besteuerung von Energieerzeugnissen und elektrischem Strom, ABL L 283/51 v. 31.10.2013.

560 Zu Begriff und Merkmalen BVerfGE 145, 171 Rn. 112 ff.

561 *Klinski/Keimeyer* NVwZ 2019, 1465, 1470.

562 Art. 14 Abs. 1 lit. b Energieerzeugnisbesteuerungs-RL. Im deutschen Recht umgesetzt durch § 27 Abs. 2 EnergiesteuerG.

563 Erwgr. 23 Energieerzeugnisbesteuerungs-RL.

564 Bspw. Art. 11 des Luftverkehrsabkommens EU-USA; Art. 6 Luftverkehrsabkommen BRD-VAE; Art. 5 Luftverkehrsabkommen BRD-China. *Pache* Fuel Taxation in Europe I, Rechtsgutachten T&E Juni 2019, 6 weist allerdings darauf hin, dass der Gemeinsame Ausschuss über die Schaffung einer Kerosinbesteuerung befinden würde. Dass dieser sich für die Zulässigkeit aussprechen würde, scheint allerdings fernliegend.

vor, dass solche Treibstoffe von Abgaben zu befreien sind, die bei Ankunft in einem anderen Staat sich an Bord eines Luftfahrzeugs befinden und bis zum Abflug dort belassen werden,⁵⁶⁵ verlangt also gerade keine allgemeine Steuerbefreiung für Kerosin, insbesondere, wenn dieses im Zielstaat an Bord genommen wird.⁵⁶⁶ Die steuerliche Privilegierung des Luftverkehrs nach den Vorgaben des Unionsrechts geht also weiter als die völkerrechtlichen Bindungen.

Zwar besteht die Möglichkeit, von einer Steuerbefreiung bei Kerosin für Luftverkehrsbewegungen, die rein national oder zwischen EU-Mitgliedstaaten erfolgen, abzusehen.⁵⁶⁷ Davon wurde jedoch, soweit ersichtlich, von den EU-Mitgliedstaaten kein Gebrauch gemacht. Die Kommission hat aber eine Prüfung der Steuerbefreiungen für den Luftverkehr angekündigt und eine Gesetzesinitiative als Teil des „Fit für 55“-Vorschlagspakets erarbeitet.⁵⁶⁸ Etwaige Regelungen zur unionsweiten Besteuerung von zu tankendem Kerosin müssten aber mit Einstimmigkeit im Rat geschaffen werden, was politisch schwierig ist.⁵⁶⁹

565 Art. 24 lit. a S. 2 CA: „Fuel [...] stores on board an aircraft of a contracting State, on arrival in the territory of another contracting State and retained on board on leaving the territory of that State shall be exempt from customs duty, inspection fees or similar national or local duties and charges.”

566 Koch/Wieneke NVwZ 2003, 1153, 1163; *Pache* ZLW 52 (2003), 33, 44; *Mendes de Leon* Air & Space Law 22 (1997), 131, 136; *Pache* Fuel Taxation in Europe I, Rechtsgutachten T&E Juni 2019, 2 ff analysiert außerdem ICAOs Policy on Taxation of International Air Transport” (ICAO-Doc 8632) und kommt zu dem Ergebnis, dass jedenfalls ein Vorbehalt gem. Art. 38 CA möglich ist.

567 Art. 14 Abs. 2 Energieerzeugnisbesteuerungs-RL. Dem steht Art. 24 CA nicht entgegen. Etwaig entgegenstehende Luftverkehrsabkommen zwischen den EU-Mitgliedstaaten sind mit der Luftverkehrsdienste-VO 1008/2008 obsolet geworden. Mit umfassender rechtlicher Analyse *Pache* Fuel Taxation in Europe I, Rechtsgutachten T&E Juni 2019; *ders.* Fuel Taxation in Europe II, Rechtsgutachten T&E Juni 2019.

568 Zunächst COM(2019) 640 final, 13. COM, Inception Impact Assessment Energy Taxation Directive, Ref. Ares(2020)1350088. Siehe mittlerweile den Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Restrukturierung der Rahmenvorschriften der Union zur Besteuerung von Energieerzeugnissen und elektrischem Strom (Neufassung), COM(2021) 563 final mit dem insbesondere relevanten Art. 14. Mit einer Analyse der konkreten Möglichkeiten, eine Besteuerung zu realisieren *Pache* Fuel Taxation in Europe II, Rechtsgutachten T&E Juni 2019, 2 ff.

569 Art. 113 AEUV. Zur Uneinigkeit beim Treffen der Finanzministerinnen im Dezember 2019: *T&E* European countries could agree bilaterally to tax airlines after EU uncertainty, online, 16.12.2019.

b) Mehrwertsteuerbefreiungen

Weiterhin ist der Luftverkehr auf verschiedene Arten von der Anwendung der Mehrwertsteuer ausgenommen: Es ist den Mitgliedstaaten gestattet, Steuerbefreiungen für die Personenbeförderung aufrecht zu erhalten, wenn diese bereits am 1. Januar 1978, oder sofern der Beitritt zur EU später erfolgte, zu diesem Zeitpunkt, bestanden.⁵⁷⁰ Eine entsprechende Möglichkeit zum Steuererlass auch für den inländischen Streckenteil einer grenzüberschreitenden Personenbeförderung findet sich im deutschen Recht in § 26 Abs. 3 UStG iVm 26.1-26.5 UStAE⁵⁷¹ und vergleichbar für andere EU-Mitgliedstaaten.⁵⁷² Weil in der EU viele Mitgliedstaaten ähnliche Regelungen zum Steuererlass für den Luftverkehr haben, kommt diese Gestattung in der Mehrwertsteuer-RL einer Mehrwertsteuerbefreiung für die Personenbeförderung im Luftverkehr gleich, die für andere Transportsubsektoren nicht gilt.⁵⁷³ Zudem unterfallen Umsätze beim innergemeinschaftlichen Erwerb von neuen Luftfahrzeugen im Gebiet eines Mitgliedstaates gegen Entgelt nicht der Mehrwertsteuerpflicht, sofern die Luftfahrzeuge von Luftfahrtgesellschaften eingesetzt werden, die hauptsächlich im entgeltlichen internationalen Verkehr tätig sind.⁵⁷⁴ Beim Kauf von solchen Luftfahrzeugen fallen also keine zusätzlichen Kosten in Höhe der Mehrwertsteuer an. Weiterhin sind von der Umsatzsteuer eine Vielzahl von Tätigkeiten zu befreien, die mit dem Luftverkehr in Zusammenhang stehen.⁵⁷⁵

570 Art. 37 iVm Anhang X B. Nr. 10 Mehrwertsteuer-RL (Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem, ABl. L 347/1 v. 11.12.2006).

571 Für ausländische Luftfahrtunternehmen ist Gegenseitigkeit Voraussetzung. Diese ist für 103 Staaten festgestellt, BMF 18.4.2017, III C 3 – S 7433/11/10005, BStBl. I S. 713. Daneben ist noch ein Erlass bzw. eine niedrigere Festsetzung im Einzelfall möglich, 24.4 UStAE.

572 So die Bundesregierung im Jahr 2018 in ihrer Antwort auf eine Kleine Anfrage zu umweltschädlichen Subventionen, BT-Drs. 19/1577, 6. *Wolter* in: Kölner Kompendium Luftrecht, Bd. 3, Rn. 12 ff., der allerdings auf tatsächliche Probleme bei der Bestimmung des inländischen steuerbaren Streckenteils hinweist und darin die Gründe für den Steuererlass sieht. Zu Österreich z.B. *Rust* in: Kölner Kompendium Luftrecht, Bd. 3, Teil VI. F., Rn. 14 ff.

573 *Pache* ZLW 52 (2003), 33, 46.

574 Art. 2 Abs. 2 lit. a iii) HS 2 Mehrwertsteuer-RL.

575 Nämlich die Lieferungen von Gegenständen zur Versorgung von Luftfahrzeugen, die von Luftfahrtgesellschaften verwendet werden, die hauptsächlich im entgeltlichen internationalen Verkehr tätig sind; Lieferung, Umbau, Reparatur, Wartung, Vercharterung und Vermietung von solchen Luftfahrzeugen, sowie

c) Staatliche Unterstützung des Luftverkehrssektors

Im Übrigen profitieren die Luftfahrtunternehmen in der EU auch von der finanziellen staatlichen Unterstützung von Flughäfen in insbesondere weniger attraktiven Lagen, indem die Flughäfen diese Unterstützungen durch Absenkung von Abgaben an die Luftfahrtunternehmen durchreichen.⁵⁷⁶

Die vor dem Hintergrund der Corona-Pandemie gewährten staatlichen Unterstützungen von zahlreichen europäischen Airlines wie u.a. der Lufthansa und Air France-KLM durch Darlehen⁵⁷⁷ stellen einen weiteren Aspekt für die besondere Behandlung des Luftverkehrssektors dar, für die dessen besondere Klimaschädlichkeit nicht berücksichtigt wird.

d) Fazit: Steuerungswirkung auf den Luftverkehr

Die Steuerbefreiungen führen dazu, dass dem Luftverkehr bestimmte Kosten erspart bleiben, die ansonsten auch in die Ticketpreise gegenüber den Passagieren und für den Frachtverkehr eingepreist werden müssten.⁵⁷⁸ Sie bilden einen Grund dafür, dass andere Transportmöglichkeiten, die umweltfreundlicher sind (z.B. die Nutzung der Bahn), weniger attraktiv sind.⁵⁷⁹ Der Luftverkehr wird durch diese insofern weniger rigide Regulierung gegenüber anderen Transportsektoren privilegiert, obwohl er besonders umweltschädlich ist.⁵⁸⁰ Gerade auch die staatlichen Unterstützungen im Zuge der Corona-Krise erfolgten ohne Berücksichtigung dieser

Lieferung, Vermietung, Reparatur und Wartung von Gegenständen, die in diese Luftfahrzeuge eingebaut sind oder ihrem Betrieb dienen sowie weitere Dienstleistungen, die unmittelbar für den Bedarf dieser Luftfahrzeuge und ihrer Ladung erbracht werden, Art. 148 lit. e-f Mehrwertsteuer-RL.

576 Die diesbezüglichen Leitlinien für staatliche Beihilfe für Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften der KOM (Mitteilung der Kommission, ABl. C 99 vom 4.4.2014, S. 3–34) schaffen nach Ansicht von T&E keine Abhilfe, T&E Briefing State Aid Mai 2014, Insbesondere mit Blick auf Ryanair *dass*. State Aid Ryanair, Analyse Juli 2019.

577 Siehe die umfangreiche Liste bei T&E/Carbon Market Watch/Greenpeace Bailout tracker, online.

578 Mit entsprechenden Berechnungen für Deutschland UBA Environmentally Harmful Subsidies Germany, Oktober 2014, 37 f.

579 EEA Aviation and shipping, TERM-Report 2017, 17; T&E How to reduce airline emissions, online.

580 SRU Klimaschutz Verkehrssektor, Sondergutachten November 2017, 171 ff.

besonderen Umweltschädlichkeit. Es stellt sich damit insgesamt eine luftverkehrsfördernde Wirkung ein, die für das Wachstum des Luftverkehrssektors eine nicht unerhebliche Rolle spielen dürfte.⁵⁸¹ Nach geltendem Unionsrecht zur Besteuerung von Energieerzeugnissen und zur Mehrwertsteuer wird dem Erhalt der Wettbewerbsfähigkeit und der Unterstützung des Wachstums des Luftverkehrssektors also eine hohe Priorität eingeräumt. Erleichtertes und erhöhtes Sektorwachstum bedeuten aber zugleich vermehrte klimaschädliche Emissionen.

IV. Bewertung: Luftverkehr und Klimaschutz in der EU – Fehlen einer einheitlichen Linie?

1. Niedriger Stellenwert des Klimaschutzes

Der Luftverkehr in der EU ist in einen vielfältigen Regelungsmix eingebettet, der sich in erster Linie auf die Marktliberalisierung, Vermeidung von Wettbewerbsnachteilen im internationalen Vergleich und die Gewährleistung eines hohen Sicherheitsniveaus konzentriert. Das LuftV-EU-EHS stellt die primäre Klimaschutzmaßnahme der EU für den Luftverkehr dar. Daneben bestehen zwar mit dem Einheitlichen Europäischen Luftraum und den Spielräumen für nationale Regelungen, wie die emissionsbezogenen Flughafenentgelte und Luftverkehrssteuern, auch Regelungen, die einen gewissen Bezug zum Umwelt- und Klimaschutz aufweisen. Gerade im Rahmen zentraler Parameter für den Luftverkehr, wie der Erteilung von Betriebsgenehmigungen und der Zuweisung von Slots an Flughäfen, wird der Klimaschutz aber in keiner Weise berücksichtigt oder einbezogen. Der Klimaschutz für den Luftverkehr erscheint damit im Rahmen der EU eher als randständiger Bereich, der in einem Instrument – dem LuftV-EU-EHS – isoliert ist. Eine Verknüpfung oder Abstimmung mit der verkehrsrechtlichen Regulierung besteht nicht.

Der Luftverkehr wird in einer Art und Weise gegenüber anderen Verkehrsträgern begünstigt, die seiner Einordnung als besonders klimaschädlichem Verkehrsträger nicht gerecht wird. Damit wird die Steuerungswirkung des EU-EHS mit Blick auf den Luftverkehr unterlaufen. Denn bei der Schaffung der Ausnahmeregelungen für den Luftverkehr im Rahmen der Energieerzeugnissteuer-RL und der Mehrwertsteuer-RL sind deren Auswirkungen auf das Verkehrsaufkommen für den Luftverkehr nicht berück-

581 Ebenso *T&E* How to reduce airline emissions, online.

sichtigt worden, obwohl gerade ein steigendes Verkehrsaufkommen ein wichtiger Parameter für die Emissionen ist, die vom Luftverkehrssektor insgesamt emittiert werden.

Zwar wird bei der Energieerzeugnissteuer-RL vordergründig auf den Umweltschutz, die umweltrechtliche Querschnittsklausel und sogar die Verpflichtungen aus der Klimarahmenkonvention und dem Kyoto-Protokoll hingewiesen, für deren Erreichung die Besteuerung ein Instrument darstellen soll.⁵⁸² Diese Erwägungen mögen in die Besteuerung von Energieerzeugnissen und Strom allgemein auch eingeflossen sein.⁵⁸³ Speziell auf den Luftverkehr übertragen wurden sie aber nicht, so dass ein „ökologischer Lenkungseffekt“⁵⁸⁴ diesbezüglich verneint werden muss. Für die Steuerbefreiung wurden vielmehr nur Erwägungen zu internationalen Verpflichtungen aus Luftverkehrsabkommen und Wettbewerbserwägungen⁵⁸⁵ vorgeschoben. In die Mehrwertsteuer-RL finden die umweltrechtliche Querschnittsklausel und der Umweltschutz sogar keinerlei Eingang, auch nicht in Bezug auf den Luftverkehr.

2. Widerspruch zur umweltrechtlichen Querschnittsklausel?

Die unionalen Regelungen zur Betriebsgenehmigung, zur Slot-Zuweisung, zur Besteuerung von Energieerzeugnissen und zur Mehrwertsteuer bilden zentrale Bausteine für den rechtlichen Rahmen, der festlegt, ob, wie und mit welchen zusätzlichen finanziellen Belastungen Luftverkehrstätigkeiten in der EU ausgeführt werden können. Dabei bleiben nach aktueller Rechtslage Aspekte des Klimaschutzes unberücksichtigt. In isolierter Betrachtung stehen diese Regelungen damit in Widerspruch zu den Maßgaben der umweltrechtlichen Querschnittsklausel, nach der Aspekte des Umweltschutzes, zu denen ohne Weiteres auch der Klimaschutz gehört,⁵⁸⁶ integrativer Bestandteil von Politiken und Maßnahmen in anderen Sektoren sein müssen. Im Luftverkehr als Teil des Verkehrssektors erfolgte

582 Erwgr. 6, 7, 12 Energieerzeugnisbesteuerungs-RL 2003/96.

583 *Liebheit* in: Theobald/Kühling Energierecht Bd. 4, Strom- und Energiesteuern, 220. StromsteuerG/EnergiesteuerG, Einführung, Rn. 15 ff. spricht bei der deutschen Umsetzung im EnergiesteuerG (zusammen mit dem StromsteuerG), die allerdings europarechtlich vorgeprägt ist, sogar von einer „Umweltsteuer“.

584 *ders.* in: Theobald/Kühling Energierecht Bd. 4, Strom- und Energiesteuern, 220. StromsteuerG/EnergiesteuerG, Einführung, Rn. 15.

585 Erwgr. 23 Energieerzeugnisbesteuerungs-RL.

586 Siehe oben A.I.2., S. 127.

diese Integration in weiten Teilen nicht.⁵⁸⁷ Dies scheint auch die Kommission teilweise erkannt zu haben. Aus Gesichtspunkten des Umwelt- und Klimaschutzes sollen die Energieerzeugnissteuer-RL überarbeitet und u.a. Steuerbefreiungen für Kerosin überdacht werden.⁵⁸⁸ Im März 2020 hat die Kommission dafür eine Folgenabschätzung begonnen. Der Abschluss des Änderungsverfahrens ist für Juni 2021 geplant.⁵⁸⁹ Weitere Entwicklungen und deren Auswirkungen auf die obige Einschätzung sind hier jedoch erst abzuwarten.

Im Übrigen besteht die Möglichkeit, dass die für den Umweltschutz negativen Auswirkungen eines Rechtsakts durch einen anderen Rechtsakt kompensiert werden.⁵⁹⁰ Insofern sind auch die Regelungen des EU-EHS als Klimaschutzmaßnahme für den Luftverkehr in eine Gesamtbetrachtung einzustellen. Mit diesem werden die Emissionen in den einbezogenen Bereichen, zu denen auch der Luftverkehr gehört, kontinuierlich abgesenkt, mit dem Zwischenziel zur Reduktion der EU-Emissionen insgesamt bis 2030 um mindestens 55% gegenüber 1990⁵⁹¹ beizutragen und

587 Mit ähnlichem Ergebnis für den Verkehrssektor allgemein, mit besonderem Augenmerk aber auch auf den Luftverkehr *Epiney/Heuck/Schleiss* in: HdB EU-Wirtschaftsrecht, L. VerkehrsR, Rn. 594: „Prädominanz der Liberalisierung“.

588 COM(2019) 640 final.

589 COM, Inception Impact Assessment Energy Taxation Directive, Ref. Ares(2020)1350088 vom 04.03.2020.

590 *Epiney/Heuck/Schleiss* in: HdB EU-Wirtschaftsrecht, L., Rn. 142. In diese Richtung auch *Krämer* Art. 11 AEUV Rn. 18 f., der die Querschnittsklausel nur auf Politiken, nicht aber einzelne Regelungen bezieht. A.A. wohl *Calliess* Art. 11 AEUV Rn. 9.

591 COM(2019) 640 final, 5, gebilligt durch den Rat, Schlussfolgerungen des Rates vom 10./11. Dezember 2020, EUCO 22/20, 5. Dazu auch Art. 2 Abs. 1, 3 des Vorschlags der KOM für ein Europäisches Klimagesetz (Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung des Rahmens für die Verwirklichung der Klimaneutralität und zur Änderung der Verordnung (EU) 2018/1999 (Europäisches Klimagesetz), COM(2020) 80 final); dazu wurde bereits eine grundsätzliche Einigung im Trilog erzielt, siehe Letter to the Chair of the European Parliament Committee on the Environment, Public Health and Food Safety (ENVI) vom 05.05.2021, ST 8440/21 INIT, 2020/0036(COD) (Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 2), entsprechend auch nach der Ersten Lesung das Europäische Parlament vom 24.06.2021, ST 10113/21 INIT, 2020/0036(COD) (Art. 2 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1). Zum früheren -40% Ziel: COM(2014) 15 final. Gebilligt durch den Rat im Jahr 2014, Schlussfolgerungen des Rates vom 23./24. Oktober 2014, EUCO 169/14. Auf die am EU-EHS beteiligten Sektoren entfielen 43% Reduktion, auf die Nicht-EU-EHS-Sektoren 30%.

bis 2050 Klimaneutralität („netto null“) zu erreichen.⁵⁹² Damit wird eine ambitionierte und weitgehend gut funktionierende⁵⁹³ Klimaschutzpolitik auch für den Luftverkehr verfolgt, die sich an den Selbstverpflichtungen auf Grundlage des Pariser Übereinkommens ausrichtet.⁵⁹⁴

Diese Klimaschutzpolitik greift aufgrund der Risiken des Klimawandels bereits seit 2012, mit dem Ziel, die externen Umweltkosten des Luftverkehrs zu internalisieren. Die Kostentragung erfolgt in Übereinstimmung mit dem Verursacherprinzip durch die Emissionsverursacher:⁵⁹⁵ zunächst durch die Luftfahrzeugbetreiber, die die Emissionsgenehmigungszertifikate erwerben und abgeben müssen und letztlich durch diejenigen, die Luftverkehrsdienstleistungen in Anspruch nehmen, indem die Kosten an sie durchgereicht werden. Durch entsprechende Knappheits- und Preissignale sollen Anreize geschaffen werden,⁵⁹⁶ die nicht nur bei den Emittenten zu Effizienzsteigerungen führen können, sondern auch bei denjenigen, die die Luftverkehrstätigkeit in Anspruch nehmen zu einer Verlagerung auf weniger klimaschädliche Verkehrsträger bzw. zu einem zunehmenden Verzicht auf Flugreisen.

Mit dieser Gesamtbetrachtung relativiert sich der erste Eindruck einer absoluten Dominanz der Liberalisierungs⁵⁹⁷ und Wettbewerbsbestrebungen unter Sicherung eines hohen Niveaus der Betriebs- und Flugsicherheit. Der Klimaschutz im Luftverkehrssektor erscheint zwar weiterhin nicht zum Kernbestand des Luftverkehrsrechts zu gehören, ist aber aktuell auch einer ambitionierten Klimaschutzpolitik unterworfen. Ein eklatanter Widerspruch der Luftverkehrspolitik mit den Maßgaben der umweltrechtli-

592 Zum alten -40%-Ziel noch Erwgr. 3, 4 VO 2017/2392; Erwgr. 2, 5 Novell-RL 2018/410 (Richtlinie (EU) 2018/410 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. März 2018 zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG zwecks Unterstützung kosteneffizienter Emissionsreduktionen und zur Förderung von Investitionen mit geringem CO₂-Ausstoß und des Beschlusses (EU) 2015/1814, ABl. L 76/3 v. 19.3.2018); die Anpassung der EH-RL an das -50%-Ziel steht noch aus.

593 Dazu eingehend Teil 3, S. 262 ff.

594 Vgl. Präsentation der Kommission in WK 2310/2017 INIT, 2016/0231 (COD), 7 ff., wonach die Emissionen des internationalen Luftverkehrs (mit Ausgangsort EWR) bei der Berechnung des - 40%-Ziels bis 2030 für die EU-NDC mit einbezogen wurde.

595 Für das EU-EHS allgemein *Hartmann* Europäisierung und Verbundvertrauen, 118.

596 *Kloepfer* Umweltrecht, § 17 Rn. 142; *Meßerschmidt* Europ. Umweltrecht, § 16 Rn. 32 ff.

597 Insofern begriffliche Anleihe bei *Epiney/Heuck/Schleiss* in: HdB EU-Wirtschaftsrecht, L. VerkehrsR, Rn. 594.

chen Querschnittsklausel speziell aus der Perspektive des Klimaschutzes kann damit nicht angenommen werden. Es ist jedoch zu konstatieren, dass die Regelungen für den Luftverkehr aus der Perspektive des Klimaschutzes unionsintern nicht umfassend abgestimmt sind, sondern einer klimaschützenden Steuerung teils sogar zuwiderlaufen. Eine Abstimmung der unterschiedlichen Regelungsstränge hin zu einem kohärenten europäischen Instrumentenmix aus Emissionshandel, Luftverkehrsmanagement und Instrumenten zur Innovationsförderung ist damit wünschenswert⁵⁹⁸ und mit Blick auf die umweltrechtliche Querschnittsklausel auch rechtlich intendiert. Etwaige (insbesondere die Klimaschutzambitionen absenkende) Veränderungen im Rahmen der Luftverkehrspolitik der EU müssen ferner stets mit Blick auf die Querschnittsklausel kritisch hinterfragt werden. Entsprechende Gesichtspunkte sind mit Blick auf die möglichen Entwicklungslinien des LuftV-EU-EHS erneut aufzurufen.⁵⁹⁹

B. Das System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Union (EU-EHS) für den Luftverkehr

Das EU-EHS besteht seit dem Jahr 2005 für stationäre Anlagen. Grundlage ist die Richtlinie 2003/87 (EH-RL).⁶⁰⁰ Im Zeitraum von 2013 bis 2020 befand sich das EU-EHS in der dritten Handelsperiode. Aktuell läuft die vierte Handelsperiode (2021-2030).⁶⁰¹ Mit der Änderung der EH-RL durch die LuftV-RL 2008/101 ist auch der Luftverkehr seit dem Jahr 2012 in das

598 Ebenso bereits im Jahr 2003 *Pache* ZLW 52 (2003), 33, 48.

599 Dazu § 18, S. 396 ff.

600 Zuletzt geändert durch Delegierter Beschluss (EU) 2020/1071 der Kommission vom 18. Mai 2020, ABl. L 234/16 v. 21.7.2020 sowie insbes. durch Novell-RL 2018. Zur Entstehung der EH-RL *Kerth* EmHandel Gemeinschaftsrecht, 157 ff. Zur Entwicklung des EU-EHS allgemein und mit Blick auf die deutsche Umsetzung im TEHG *Ehrmann* in: *BerlKommEnR* Bd. 2, § 1 TEHG Rn. 7 ff. Eine Aufzählung der besonders relevanten Schritte im Entstehungsverfahren bei *Hartmann* Europäisierung und Verbundvertrauen, 120 f. Fn. 75.

601 Erste Handelsperiode: 2005-2007; zweite Handelsperiode: 2008-2012. Zum Modernisierungsfonds und zum Innovationsfonds als weitere Neuerungen der vierten Zuteilungsperiode, die hier aber weniger von Belang sind *Zenke/Telschow* in: *Theobald/Kühling Energierecht* Bd. 3, Umweltrecht/Klimarecht, 118. Emissionshandel, Rn. 327 ff.; *Kreuter-Kirchhof* EuZW 2017, 412, 417.

EU-EHS eingebunden.⁶⁰² Der nachfolgende Überblick gibt eine kurze Einführung in das EU-EHS. Da es sich um einen etablierten und vielbesprochenen klimaschützenden Regelungskomplex handelt,⁶⁰³ erfolgt zunächst eine nur kurze Skizze der allgemeinen Funktionsweise des EU-EHS (I.), um dessen Grundstrukturen erfassen zu können. Anschließend (II.) verengt sich die Perspektive auf die Stellung des Luftverkehrs im Rahmen des EU-EHS. Es erfolgt eine vertiefte Analyse der für den Luftverkehr relevanten Regelungen. Besonderes Augenmerk wird auf die Unterschiede zu den Regelungen für die stationären Anlagen, die anders als der Luftverkehr bereits von Anfang an Teil des EU-EHS waren, und das Verhältnis zwischen Luftverkehr und ortsfesten Anlagen gelegt.⁶⁰⁴

I. Funktionsüberblick

Das EU-EHS wurde durch Änderung der unionalen Regelungen im Laufe der Jahre vielen kleinen und einigen größeren, systemprägenden Veränderungen unterworfen.⁶⁰⁵ Die nachfolgende überblicksartige Betrachtung konzentriert sich auf den *status quo*, wie er sich anhand der Regelungen der dritten und vierten Handelsperiode darstellt.

602 Zur Entwicklung der Erweiterung auf den Luftverkehr *Hardach* in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, UmwR Bes Teil 4, 5. Handel mit EmBer, § 11 TEHG Rn. 4.

603 Instruktiver Überblick bei *J.-P. Schneider* in: Schneider/Theobald HdBenWiR, § 23 Rn. 7 ff.; *Epiney* Umweltrecht EU, 9. Kapitel Rn. 13 f. Mit zahlreichen Nachweisen zu einschlägiger Literatur *Brattig* ZUR 2004, 412 Fn. 1; *Zenke/Vollmer* in: Theobald/Kühling Energierrecht Bd. 3, Umweltrecht/Klimarecht, 118. Emissionshandel, Rn. 23. Speziell zur 3. Periode *Schlüter* EmHandel 3. Zuteilungsperiode, sowie *Weinberg* EU-EHS 3. Handelsperiode.

604 Ebenfalls die Besonderheiten im Blick habend *Weinberg* EU-EHS 3. Handelsperiode, 236 ff. Konzentration auf den Luftverkehr ohne diesen Vergleichsansatz: *Pegatzky/Nixdorf* NVwZ 2009, 1395, 1397 ff.; *Czybulka* EurUP 2009, 26, 28; *Steppler/Klingmüller* Air & Space Law 34 (2009), 253, 255 ff.

605 Im Überblick zu den Veränderungen bis zur Novell-RL 2009/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG zwecks Verbesserung und Ausweitung des Gemeinschaftssystems für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten, ABl. L 140/63 v. 05.06.2009, *Epiney* ZUR 2010, 236, 237 ff.; auch für die vierte Zuteilungsperiode *Kreuter-Kirchhof* EuZW 2017, 412, 414 ff.

1. Obergrenze und Handel

Das EU-EHS ist als Cap & Trade System⁶⁰⁶ konstruiert. Dadurch sollen die Emissionen der beteiligten Anlagen möglichst kosteneffizient reduziert werden.⁶⁰⁷ Auf Grundlage einer absoluten Mengenbeschränkung durch eine Emissionsobergrenze (*Cap*) werden Zertifikate an die einbezogenen Emittenten verteilt, die je eine Tonne CO₂-Äquivalent⁶⁰⁸ verbriefen. Die Obergrenze wurde in den ersten beiden Zuteilungsperioden (2005-2007; 2008-2012) formell von den Mitgliedstaaten dezentral anhand je eigenständiger Nationaler Allokationspläne (*National Allocation Plans* – NAPs) zugeteilt.⁶⁰⁹ Seit der dritten Zuteilungsperiode (2013-2020)⁶¹⁰ wird die Obergrenze nun EU-weit zentral durch die Kommission festgelegt und sinkt jährlich um 1,74%, ab dem Jahr 2021 um 2,2% ab.⁶¹¹ Als Berechnungsgrundlage für die Obergrenze dient die durchschnittlichen jährlichen Gesamtmenge der Zertifikate der Jahre 2008 bis 2012.⁶¹²

Für jede Tonne ausgebrachter Emissionen muss von den einbezogenen Emittenten ein Zertifikat abgegeben werden.⁶¹³ Die Zertifikate fungieren

606 Ökonomietheoretische Einordnung dieses Ansatzes mit Verweis auf John Harness Dales und das Coase-Theorem bei *Zenke/Vollmer* in: Theobald/Kühling *Energierrecht* Bd. 3, *Umweltrecht/Klimarecht*, 118. Emissionshandel, Rn. 7.

607 Art. 1 EH-RL konsolidiert. Knapp, aber instruktiv zu den Vorteilen handelbarer Emissionsrechte: Effektivität, Effizienz, wirtschaftliche Verträglichkeit, *Corino/Jones/Hawkes* *EuZW* 2002, 165.

608 Art. 3 lit. a EH-RL konsolidiert.

609 Art. 9 Abs. 1 EH-RL 2003/87 a.F. Die NAPs waren auf objektive und transparente Kriterien zu stützen sowie in Anhang III näher ausgeführte Kriterien zu beachten. Verbleibende große nationale Spielräume versuchte die Kommission in der Praxis einzuhegen, dazu unten § 14 A., S. 308 ff.

610 Die entsprechenden Änderungen wurden durch die Novell-RL 2009/29/EG eingeführt. Für den Luftverkehr bereits seit dem Beginn seiner Erfassung im Jahr 2012.

611 Zur Entwicklung hin zu einem zentralisierten System *Kreuter-Kirchhof* *EuZW* 2017, 412, 413 ff.; *Hartmann* *Europäisierung und Verbundvertrauen*, 229 ff. Zu den Vorschlägen der Kommission zur Änderung des EU-EHS siehe den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Union, des Beschlusses (EU) 2015/1814 über die Einrichtung und Anwendung einer Marktstabilitätsreserve für das System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Union und der Verordnung (EU) 2015/757, COM(2021) 551.

612 Art. 9 EH-RL konsolidiert. Der Reduktionsfaktor von 2,2% gilt ab 2021 auch für den Luftverkehr, Art. 28a Abs. 2 UAbs. 3 EH-RL konsolidiert.

613 Art. 12 Abs. 3 EH-RL konsolidiert, für Luftfahrzeugbetreiber Abs. 2a.

also als Emissionsberechtigungszerifikate.⁶¹⁴ Wie viele Zertifikate abzugeben sind, bestimmt sich anhand der jährlichen Gesamtemissionen des Emittenten, die er überwachen und darüber berichterstaten muss, wobei die Berichte vorab von einer akkreditierten Prüfstelle verifiziert werden.⁶¹⁵ Übersteigen oder unterbieten die Emissionen eines Emittenten seine vorhandenen Zertifikate, hat ein Emittent also zu wenige oder zu viele Emissionsberechtigungszerifikate, können fehlende oder überzählige Zertifikate gehandelt werden (*Trade*).

2. Zuteilung und Unionsregister

Die Zuteilung der Emissionsberechtigungszerifikate an die beteiligten Emittenten erfolgt grundsätzlich zu Beginn jeder Zuteilungsperiode durch eine nationale Behörde. Sie erfolgt anhand bestimmter Zuteilungsregeln, teils durch Versteigerung, teils auf Antrag anhand von Benchmarks kostenfrei.⁶¹⁶ Außerdem können neue Marktteilnehmer auch im Laufe einer Zuteilungsperiode Zertifikate aus einer Sonderreserve erhalten.⁶¹⁷

Die Zuteilung der Emissionsberechtigungszerifikate, die Verwaltung ihres Besitzes und ihre Übertragung erfolgt über ein EU-weites Emissionshandelsregister (Unionsregister⁶¹⁸). Jeder Betreiber hat darin ein Konto,

614 *Ahlmann-Otto* RdE 2002, 303, 305; *Burgi* NJW 2003, 2489, 2489; *Weinreich* in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 5.1. TEHG, Vorbemerkung Rn. 19.

615 Art. 14 Abs. 3, Art. 15 UAbs. 1 EH-RL konsolidiert.

616 Für ortsfeste Anlagen stellt die Versteigerung zwar den Grundsatz dar, Art. 10 Abs. 1 EH-RL konsolidiert. Tatsächlich wird aber den Anlagen mit Ausnahme der Stromerzeugung ein großer Teil der Zertifikate kostenlos zugeteilt, *Kreuter-Kirchhof* EuZW 2017, 412, 416; *Epiney* Umweltrecht EU, 9. Kapitel Rn. 13. Als Richtwerte für diese Zuteilung gelten die technisch fortschrittlichsten 10% der Anlagen und deren Emissionen in den Jahren 2007 und 2008. Ab 2021 kommt hier ein Kürzungsfaktor zur Anwendung, Art. 10a Abs. 2 UAbs. 3 EH-RL konsolidiert. Bei von *Carbon leakage* gefährdeten Anlagen werden 100% der Zertifikate kostenlos zugeteilt, Art. 10b EH-RL konsolidiert. Für den Luftverkehr gilt der Grundsatz der Versteigerung nicht, Art. 3e Abs. 1, 2 EH-RL konsolidiert. Die kostenlose Zuteilung erfolgt auf Grundlage der Emissionen des vorvergangenen Jahres und der Menge der beantragten kostenlosen Zertifikate, Art. 3e EH-RL konsolidiert. Zu diesen Unterschieden näher unten II.2.b), S. 163 ff.

617 Für ortsfeste Anlagen Art. 10a Abs. 7 EH-RL konsolidiert. Für den Luftverkehr Art. 3f EH-RL konsolidiert.

618 Zu den damit verbundenen Möglichkeiten zur externen Kontrolle mit Blick auf die Sicherstellung der Qualität der Emissionsdaten unten § 12 A.II., S. 274 ff.

über das die Zuteilung von, der Handel mit sowie die Abgabe und Löschung der Berechtigungszertifikate abgewickelt werden.⁶¹⁹

3. Anwendungsbereich des EU-EHS

Personell einbezogene Emittenten sind die Betreiber von erfassten ortsfesten Anlagen,⁶²⁰ die die einbezogenen THG emittieren⁶²¹ sowie Luftfahrzeugbetreiber, die CO₂ auf bestimmten Strecken emittieren^{622, 623} Der Kreis der erfassten Strecken hat sich gegenüber der ursprünglichen LuftV-RL 2008/101 auf Flugrouten innerhalb des EWR-Gebiets verengt (dazu sogleich II.1.).

Dieser räumliche Anwendungsbereich des EU-EHS ist vom räumlichen Anwendungsbereich der EH-RL zu unterscheiden.⁶²⁴ Die EH-RL richtet

619 Art. 19 Abs. 1 EH-RL konsolidiert. Im deutschen Recht § 17 TEHG, der auf Art. 19 EH-RL verweist; *Hardach* in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, UmwR Bes Teil 4, Handel EmBer § 17 TEHG Rn. 2; *Ehrmann* in: BerlKommEnR Bd. 2, § 17 TEHG Rn. 2.

620 Strom- und Wärmeerzeugung; Verbrennung von Brennstoffen; energieintensive Industrien: Ölraffinerien, Stahlwerke und Produktionsstätten von Eisen, Aluminium, Metallen, Zement, ungelöschtem Kalk, Glas, Keramik, Zellstoff, Papier, Karton, Säuren und organischen Grundchemikalien; Abscheidung, Beförderung und Speicherung von CO₂.

621 Art. 2 iVm Anhang I EH-RL konsolidiert: Kohlenstoffdioxid (CO₂), Distickstoffoxid (N₂O), Perfluorierte Kohlenwasserstoffe (PFC). Die weiteren, in Anhang II genannten Treibhausgase Methan (CH₄), Fluorkohlenwasserstoffe (FKW) und Schwefelhexafluorid (SF₆) werden in Anhang I nicht in Bezug zu den erfassten Tätigkeiten gebracht. Teils sind von Anhang I nur solche Anlagen erfasst, die eine näher bestimmte Produktionsgröße aufweisen, z.B. eine Gesamtfeuerungs-wärmeleistung von über 20 MW.

622 Art. 2 iVm Anhang I Nr. 6 EH-RL konsolidiert. Ausgenommen sind gem. Anhang I Luftverkehr lit. a-k EH-RL konsolidiert: Regierungsflüge, Militärflüge, Such- und Rettungsflüge, Sichtflüge, Rundflüge, Übungsflüge, Forschungsflüge, Flugzeuge mit weniger als 5.700kg Startmasse, Flüge in äußersten Randlagen und Flüge von Luftfahrtunternehmen mit sehr wenigen Flügen oder sehr geringen Gesamtemissionen.

623 *Kerth* EmHandel Gemeinschaftsrecht, 171 ff. spricht insofern mit Blick auf die einbezogenen Emissionen vom sachlich-medialen Anwendungsbereich und mit Blick auf die einbezogenen Tätigkeiten vom sachlich-sektoralen Anwendungsbereich und zeigt umfassend auch andere Gestaltungsmöglichkeiten auf, die im EU-EHS aber nicht ergriffen wurden.

624 *dies.* EmHandel Gemeinschaftsrecht, 193 Fn. 1066.

sich an alle EU-Mitgliedstaaten⁶²⁵ und aufgrund entsprechender Beschlüsse des EWR-Ausschusses auch an die EWR-Staaten Norwegen, Liechtenstein und Island.⁶²⁶ Das EU-EHS ist von diesen Staaten als unions- und EWR-weiter gemeinsamer Zertifikatmarkt auszugestalten, in dem Zertifikate grenzüberschreitend gehandelt, übertragen und anerkannt werden.⁶²⁷ Aus Gründen der sprachlichen Vereinfachung ist dieser gemeinsame Markt in der Bezeichnung „EU-EHS“ mit berücksichtigt. Mit der Schweiz hat ein Linking der Emissionshandelssysteme stattgefunden.⁶²⁸

4. Backloading und Marktstabilitätsreserve

Um die in den Anfangsperioden zu großzügig bemessene Menge an Zertifikaten zu reduzieren, die für den Preisverfall der Zertifikate mit verantwortlich war, wurden für den Zeitraum 2014 bis 2016 im Zuge eines sogenannten *Backloadings* Zertifikate vom Markt genommen.⁶²⁹ Ursprünglich sollten die zurückgehaltenen Zertifikate in den Jahren 2019-2020 wieder dem Markt zugeführt werden.⁶³⁰ Stattdessen wurden die zurückgehaltenen Zertifikate im Jahr 2018 aber in die neu geschaffene Marktstabilitätsreserve überführt.⁶³¹ Mit der Marktstabilitätsreserve wird die zu versteigernde Menge an Zertifikaten kontinuierlich angepasst, um vor allem einem

625 Art. 33 EH-RL konsolidiert.

626 Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 146/2007 vom 26. Oktober 2007 zur Änderung des Anhangs XX (Umwelt) des EWR-Abkommens, ABl. 2007 L 100/92; für den Luftverkehr Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 6/2011 vom 1. April 2011 zur Änderung von Anhang XX (Umweltschutz) des EWR-Abkommens, ABl. 2011 L 93/35.

627 Art. 12 Abs. 1 EH-RL konsolidiert. *Kerth* EmHandel Gemeinschaftsrecht, 194.

628 Abkommen zwischen der Europäischen Union und der Schweizerischen Eidgenossenschaft zur Verknüpfung ihrer jeweiligen Systeme für den Handel mit Treibhausgasemissionen, ABl. 2017 L 322/3.

629 Siehe die Backloading-KOM-VO 2014 (Verordnung (EU) 176/2014 der Kommission vom 25. Februar 2014 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1031/2010 insbesondere zur Festlegung der im Zeitraum 2013-2020 zu versteigernden Mengen Treibhausgasemissionszertifikate, ABl. L 56/11 v. 26.02.2014).

630 Art. 1 Nr. 1 UAbs. 3 Backloading-KOM-VO 2014.

631 Art. 1 Abs. 2 Marktstabilitäts-Beschluss 2015 (Beschluss (EU) 2015/1814 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 2015 über die Einrichtung und Anwendung einer Marktstabilitätsreserve für das System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Union und zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG, ABl. L 264/1 v. 09.10.2015).

Über- aber auch einem etwaigen Unterangebot steuernd entgegenzuwirken.⁶³²

5. Betreiberpflichten

Für die einbezogenen Anlagen- und Luftfahrzeugbetreiber sind eine Reihe von Pflichten vorgesehen: Nach dem jeweiligen nationalen Recht müssen sie einen Überwachungsplan erstellen, in dem beschrieben ist, wie erfasste Emissionen überwacht und gemessen werden,⁶³³ ihre ausgebrachten Emissionen tatsächlich überwachen und darüber nach Ende des Kalenderjahres Bericht an die zuständige Behörde erstatten⁶³⁴. Dieser Bericht muss vorher von einer akkreditierten Stelle geprüft und zertifiziert worden sein.⁶³⁵ Auf Basis der berichteten Emissionen müssen bis zum 30. April des Folgejahres Emissionsberechtigungszertifikate in der emittierten Höhe abgegeben werden.⁶³⁶ Nur für stationäre Anlagen besteht daneben die besondere Pflicht, vorab eine Genehmigung zur Emission von Treibhausgasen einzuholen.⁶³⁷

6. Durchsetzung und Sanktionen

Werden diese Pflichten nicht erfüllt, sind von den Mitgliedstaaten Sanktionen zu verhängen und durchzusetzen, die je nach Art der Pflichtverletzung variieren. Als Grundregel gilt, dass eine „wirksam[e], verhältnismäßig[e] und abschreckend[e]“⁶³⁸ Sanktionierung durch das nationale Recht vorzusehen und durchzusetzen ist. Nach den unionalen Vorgaben müssen in zwei Fällen verpflichtend nationale Regelungen bestehen: bei einer Verletzung der Berichtspflicht muss eine Sperrung des Zertifikatkontos des defizitären Betreibers vorgesehen werden, wodurch ein Transfer von

632 *Koch/Welss* NVwZ 2015, 633, 635; *Zenke/Telschow* in: Theobald/Kühling *Energie* Bd. 3, Umweltrecht/Klimarecht, 118. Emissionshandel, Rn. 338.

633 Art. 6 Abs. 2 lit. c EH-RL-konsolidiert; Art. 3g EH-RL-konsolidiert. Im deutschen Recht § 6 Abs. 1 TEHG.

634 Art. 14 Abs. 3 EH-RL-konsolidiert. Im deutschen Recht § 5 Abs. 1 TEHG.

635 Art. 15 UAbs. 1 EH-RL-konsolidiert. Im deutschen Recht § 5 Abs. 2 TEHG.

636 Art. 12 Abs. 3 EH-RL-konsolidiert; Art. 12 Abs. 2a EH-RL-konsolidiert. Im deutschen Recht § 7 Abs. 1 TEHG.

637 Art. 4 EH-RL konsolidiert. Im deutschen Recht § 4 Abs. 1 TEHG.

638 Art. 16 Abs. 1 EH-RL konsolidiert.

Zertifikaten unterbunden wird.⁶³⁹ Wird die Abgabepflicht verletzt, muss eine Zahlungspflicht iHv 100 Euro ergehen und der Name des defizitären Betreibers veröffentlicht werden.⁶⁴⁰ Für den Luftverkehr besteht die besondere Möglichkeit, die Kommission um eine Betriebsuntersuchung zu ersuchen.⁶⁴¹

II. Luftverkehr im EU-EHS

1. Räumlicher Anwendungsbereich des LuftV-EU-EHS: vom full scope zum reduced scope

Der nach Art. 3a iVm Anhang 1 Nr. 2 RL 2008/101/EG umzusetzende Anwendungsbereich des EHS für den Luftverkehr schließt alle Flüge mit ein, „die auf Flugplätzen enden oder von Flugplätzen abgehen, die sich in einem Hoheitsgebiet eines Mitgliedsstaates befinden, auf das der Vertrag Anwendung findet.“ Zu den so in Bezug genommenen Flugplätzen von EU-Staaten gem. Art. 52 EUV kommen die Flughäfen der EWR-Staaten⁶⁴² hinzu. Erfasst werden also rein nationale Flüge mit Start und Landung innerhalb eines EWR-Mitgliedsstaats, intra-EWR Flüge mit Start und Landung in zwei verschiedenen EWR-Mitgliedstaaten und internationale Flüge, soweit deren Start oder Landung in einem EWR-Mitgliedsstaat erfolgt, unabhängig davon, dass Landung bzw. Start außerhalb der EWR-Mitgliedstaaten stattfand. Damit werden neben EWR-Luftfahrzeugbetreibern auch Luftfahrzeugbetreiber aus Drittstaaten und Emissionen einbezogen, die außerhalb der Hoheitsgebiete der EWR-Staaten entstehen.⁶⁴³ Nicht erfasst sind im Umkehrschluss nur die Flüge, deren Start und Landung gleichermaßen in keinem EWR-Mitgliedsstaat erfolgten.

Dieser sehr weite Anwendungsbereich (*full scope*) kam so tatsächlich aber nie zur Anwendung, sondern erfuhr bereits im April 2013, kurz bevor die erste Frist zur Abgabe von Berechtigungszertifikaten für das Jahr 2012 für Luftfahrzeugbetreiber am 30. April 2013 endete, eine faktische Modifi-

639 Art. 15 UAbs. 2 EH-RL konsolidiert. Im deutschen Recht § 29 S. 1 TEHG.

640 Art. 16 Abs. 3 S. 2, 3 EH-RL konsolidiert. Im deutschen Recht § 30 Abs. 1 S. 1, 2, Abs. 4 TEHG.

641 Art. 16 Abs. 5 EH-RL konsolidiert. Im deutschen Recht § 31 Abs. 1 TEHG.

642 Beschluss des Gemeinsamen EWR-Ausschusses Nr. 6/2011 vom 1. April 2011 zur Änderung von Anhang XX (Umweltschutz) des EWR-Abkommens, ABl. 2011 L 93/35.

643 Weinberg EU-EHS 3. Handelsperiode, 255 f.

kation: Der so bezeichnete *Stop the Clock*-Beschluss 377/2013/EU setzte die Pflicht der Mitgliedstaaten verbindlich aus, etwaige Berichts- und Abgabeverpflichtungen der Luftfahrzeugbetreiber im Jahr 2012 zu sanktionieren. Der Hintergrund des Beschlusses war aus Sicht der EU weniger ein rechtlicher, da der EuGH im Dezember 2011 die völkerrechtliche Zulässigkeit der umfassenden Einbeziehung des Luftverkehrs iSd *full scope* bestätigt hatte.⁶⁴⁴ Vielmehr standen politische Erwägungen im Vordergrund, die Wogen im Streit mit Drittstaaten zu glätten, die eine völkerrechtlich unzulässige extraterritoriale Anwendung des LuftV-EU-EHS monierten. Auch war abzusehen, dass die Luftfahrzeugbetreiber aus Drittstaaten sich, wie angedroht, nicht an die Vorgaben des LuftV-EU-EHS halten würden.⁶⁴⁵ Die Modifikation des Anwendungsbereichs wurde sukzessive durch zwei Verordnungen im Jahr 2014⁶⁴⁶ und im Jahr 2017⁶⁴⁷ fortgeführt.

Die so vorgenommene Einschränkung des LuftV-EU-EHS erfolgte durch eine Gesetzesfiktion, ohne den Anwendungsbereich selbst zu verändern⁶⁴⁸: Für den Zeitraum vom 1. Januar 2013 bis zum 31. Dezember 2016 sah Abs. 1 lit. a des neu in die EH-RL eingefügten Art. 28a vor, dass die Mitgliedstaaten die Anforderungen, Zertifikate für die Vorjahres-Emissionen abzugeben, Überwachungsmaßnahmen der Emissionen durchzuführen und darüber Bericht zu erstatten und Sanktionen für Fehlverhalten vorzusehen, „als erfüllt“ betrachten und keine Maßnahmen in Bezug auf all diejenigen Emissionen aus Flügen mit Start oder Landung außerhalb eines EWR-Staates ergreifen. Verordnung 2017/2392 dehnt diese Fiktion in zeitlicher Hinsicht auf den Zeitraum vom 1. Januar 2013 bis zum 31. Dezember 2023 aus.⁶⁴⁹ Zwar wird deshalb von einem *reduced scope* gesprochen. Formal-rechtlich betrachtet bleibt der Anwendungsbereich des EHS auf den Luftverkehr aber in seiner Ursprungsform erhalten. Es

644 EuGH, Urt. (Große Kammer) 21.12.2011 – C-366/10 – (ATA). Dazu § 10 A.I., S. 221 ff.

645 Weinberg EU-EHS 3. Handelsperiode, 256. Zenke/Vollmer in: Theobald/Kühling Energierecht Bd. 3, Umweltrecht/Klimarecht, 118. Emissionshandel, Rn. 45. Vgl. auch Erwgr. 6 Beschluss 377/2013: „Um diese Fortschritte [im Rahmen der ICAO] zu erleichtern und weitere Impulse zu geben, ist es wünschenswert, die Durchsetzung von Verpflichtungen auszusetzen, [...]“

646 VO 421/2014.

647 VO 2017/2392.

648 Hardach in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 5. Handel mit EmBer § 11 TEHG Rn. 7. Ehrmann in: BerlKommEnR Bd. 2, Vorbem. §§ 11-13 TEHG Rn. 18 ff. Dies explizit für den *Stop the Clock*-Beschluss 77/2013/EU annehmend VG Berlin, Urteil 09.05.2017 – 10 K 197.15 – (juris) Rn. 32.

649 Nr. 6 lit. b) i) zur Änderung von Art. 28a lit a) VO 2017/2392.

werden nur von den Mitgliedstaaten „keine Maßnahmen [gegen die Luftfahrzeugbetreiber]“ ergriffen.⁶⁵⁰

Auch wenn durch die faktische Modifikation des Anwendungsbereichs des EU-EHS bestimmte internationale Flugrouten ausgenommen werden, liegt darin keine Unterscheidung zwischen nationalem und internationalem Luftverkehr wie sie auf internationaler Ebene durch das UNFCCC-Regime vorgenommen und im Rahmen der ICAO fortgeführt wird. Vielmehr gilt das EHS im Grundsatz unterschiedslos für den innerstaatlichen wie auch den zwischenstaatlichen Luftverkehr mit Bezug zum EWR. Vorübergehend wird das EHS nur bezüglich des rein EWR-internen Luftverkehrs angewendet. Bezüglich desjenigen zwischenstaatlichen Luftverkehrs, der nicht vollständig EWR-bezogen ist, wird der Vollzug hingegen vorübergehend ausgesetzt. Der auch weiterhin vorübergehende Charakter der Beschränkung des Anwendungsbereichs wird in Art. 28b Abs. 3 EH-RL deutlich, der die Möglichkeit für „Änderung, Streichung, Erweiterung oder Ersetzung der Ausnahmen gemäß Artikel 28a“ vorsieht, „damit die Umweltwirksamkeit und Effektivität der Klimaschutzmaßnahmen der Union gewahrt werden.“⁶⁵¹

2. Sonderregelungen für den Luftverkehr

Eine Betrachtung der LuftV-RL 2008/101/EG, die den Grundstein für die Einbindung des Luftverkehrs in das EU-EHS legte, deutet dem Titel „zwecks Einbeziehung des Luftverkehrs in das System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten“ nach zunächst darauf hin, dass der Anwendungsbereich des EU-EHS schlicht sektoral auf den Luftverkehr erweitert wurde.

In der Tat beziehen sich zahlreiche Vorschriften der EH-RL seit dem Jahr 2012 auch auf den Luftverkehr.⁶⁵² Dies gilt insbesondere für die

650 In Erwgr. 3 S.2 VO 421/2014 wird betont, dass „rechtliche Anforderungen auf Flüge von und nach Flugplätzen in EWR-Staaten angewandt werden können, wie auch rechtliche Anforderungen auf Emissionen aus Flügen zwischen solchen Flugplätzen angewendet werden können.“; so auch *Hardach* in: Landmann/Rohmer, UmweltR, UmwR Bes Teil, 5. Handel mit EmBer, § 11 TEHG Rn. 7; *Weinberg* EU-EHS 3. Handelsperiode, 259.

651 Zu dieser Norm vertieft unten § 10 A.III.2., S. 234 ff.

652 Allgemeine Bestimmungen (Kapitel I) finden sich in den Artikel 1 bis 3, die gemeinsamen Bestimmungen unter der Überschrift „Bestimmungen für die Luftfahrt und ortsfeste Anlagen“ (Kapitel IV) umfassen die Artikel 11a bis 30.

Vorschriften zur Überwachung von und Berichterstattung über Emissionen sowie deren Verifizierung und die Führung eines Unionsregisters für Emissionsberechtigungszertifikate.⁶⁵³ Auch gilt bei etwaig defizitärem Verhalten der Anlagen- bzw. Luftfahrzeugbetreiber die gemeinsame Grundregel einer „wirksam[en], verhältnismäßig[en] und abschreckend[en]“⁶⁵⁴ Sanktionierung, die durch das nationale Recht vorzusehen ist. Es muss eine namentliche Veröffentlichung und finanzielle Sanktionierung derjenigen erfolgen, die ihrer Pflicht zur Abgabe von Zertifikaten nicht adäquat nachkommen.⁶⁵⁵

Daneben bestehen aber auch wesentliche Unterschiede zwischen der Behandlung der ortsfesten Anlagen und der Luftfahrzeugbetreiber (dazu sogleich a)-d)). Die damit einhergehende Differenzierung wird durch den Begriff der Einbeziehung nicht hinreichend deutlich gemacht, weshalb vorzugsweise von einer Verkopplung des LuftV-EU-EHS mit dem Anlagen-EU-EHS gesprochen werden sollte (dazu 3.).

Die Unterschiede zeigen sich insbesondere⁶⁵⁶ bei der Bestimmung der Obergrenze (a), der anfänglichen Zuteilung der Emissionszertifikate (b),⁶⁵⁷ der Notwendigkeit einer Betriebsgenehmigung (c) und der Möglichkeit einer Betriebsuntersagung (d):

Ihnen folgen in den Artikeln 31 bis 33 die Schlussbestimmungen (Kapitel V). Zu den von der Kommission vorgeschlagenen Änderungen siehe den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG in Bezug auf den Beitrag der Luftfahrt zum gesamtwirtschaftlichen Emissionsreduktionsziel der Union und die angemessene Umsetzung eines globalen marktbasierten Mechanismus, COM(2021) 552.

653 Art. 14, Art. 15 und Art. 19 EH-RL.

654 Art. 16 Abs. 1 EH-RL.

655 Art. 16 Abs. 2, 3 EH-EL.

656 Der geltende räumliche Anwendungsbereich unterscheidet sich ebenfalls, werden doch nur beim Luftverkehr auch Unternehmen erfasst, die nicht in der EU ansässig sind, *Bartlik* EuR 2011, 196. Dieser Unterschied fällt jedoch durch die faktische Beschränkung auf EWR-interne Flugrouten kaum mehr ins Gewicht, so dass der Anwendungsbereich ebenfalls vor allem auf in der EU ansässige Luftfahrtunternehmen beschränkt ist, *Zenke/Vollmer* in: Theobald/Kühling *Energie* Bd. 3, *Umweltrecht/Klimarecht*, 118. Emissionshandel, Rn. 46.

657 Dazu auch *Weinberg* EU-EHS 3. Handelsperiode, 236 ff., insbes. 249 fff.

a) Obergrenze

Mit Blick auf die Obergrenze war für den Luftverkehr anders als für ortsfeste Anlagen bis 2021 keine jährliche lineare Verringerung des *Caps* vorgesehen.⁶⁵⁸ Erst seit dem Jahr 2021 gilt dann auch für den Luftverkehr ein Reduktionsfaktor von 2,2%.⁶⁵⁹ Für den Luftverkehr bestand also lange Zeit eine eigenständige Obergrenze, die kaum abgesenkt wurde. Im Vergleich zu den ortsfesten Anlagen entfaltet das EU-EHS für den Luftverkehr eine geringere Steuerungswirkung, da bei (theoretisch) gleichbleibender Tätigkeit den ortsfesten Anlagen durch die stetig prozentual absinkende Obergrenze stärkere CO₂-Einsparungsleistungen abverlangt werden als den Luftfahrzeugbetreibern, für die die Obergrenze lange nahezu identisch blieb⁶⁶⁰.

Zudem wird der Luftverkehr bei der Bestimmung der Basismenge für die Berechnung des *Caps* anders behandelt als ortsfeste Anlagen: Bei ortsfesten Anlagen bildet die Durchschnittsmenge der Jahre 2008 bis 2012 die Grundlage für die lineare Verringerung der Zuteilungsmenge um 1,74% ab 2013 bzw. 2,2% ab 2021.⁶⁶¹ Im Luftverkehr hingegen sind die historischen Luftverkehrsemissionen als durchschnittliche Emissionen der Jahre

658 Für ortsfeste Anlagen reduziert sich seit der dritten Handelsperiode die Obergrenze (Cap) jährlich linear um einen Faktor von 1,74% gegenüber der durchschnittlichen jährlichen Zertifikat-Gesamtmenge aus den Jahren 2008 bis 2012, Art. 9 UAbs. 1 S. 2, wobei die absolute Anzahl der Zertifikate gem. UAbs. 2 von der KOM festzulegen ist. Demgegenüber betrug die Obergrenze für den Luftverkehr zunächst 97% der historischen Emissionen in der ersten Luftverkehrszuteilungsperiode vom 1. Januar bis 31. Dezember 2012, Art. 3c Abs. 1 der geänderten EH-RL und für jede weitere Handelsperiode von 95% pro Jahr der Periode, Art. 3c Abs. 2. Folglich ist keine jährliche lineare Verringerung des *Caps* wie bei ortsfesten Anlagen vorgesehen. Vielmehr wird nach zweimaliger Reduzierung auf 97% und dann 95% im Übergang zur zweiten Zuteilungsperiode nur eine Stabilisierung auf einem Niveau von 95% der Emissionen aus den Jahren 2004 bis 2006 angestrebt.

659 Art. 28a Abs. 2 EH-RL konsolidiert.

660 Dem Luftverkehrssektor wird durch die Halbdurchlässigkeit des Systems für die Nutzung von Berechtigungszertifikaten sogar ein Wachstum ermöglicht, dazu 3., S. 169 ff.

661 Diese wird anhand der von der Kommission bestätigten NAPs in den Jahren 2008-2012 ermittelt, Art. 9 S. 1, 2 EH-RL. In diesem Zeitraum griff für diese Anlagen aber bereits die Kyoto-Verpflichtung einer Reduktion um 8% bis 2012 gegenüber dem Basisjahr 1990. EU-weit betrachtet fanden bereits Einsparungen statt, die im Wert der Basismenge für ortsfeste Anlagen Berücksichtigung fanden.

2004 bis 2006⁶⁶² die Grundlage für die zweischrittige Reduktion und dann Stabilisation der Zuteilungsmenge.⁶⁶³

Da die Festsetzung des *Caps* „das rechtliche Lenkungssystem für die Einsparung von CO₂-Emissionen ist“⁶⁶⁴, ist die Art der Bestimmung des *Caps* systemprägend für ein Emissionshandelssystem. Diese Prägung erfolgt für die ortsfesten Anlagen und den Luftverkehr je gesondert.

b) Zertifikate und Zuteilung

Für den Luftverkehr bestehen eigene Emissionsberechtigungs-zertifikate.⁶⁶⁵ Luftfahrzeugbetreiber können diese und die Emissionsberechtigungs-Zertifikate, die von ortsfesten Anlagen stammen, verwenden, um ihre Abgabeverpflichtungen zu erfüllen.⁶⁶⁶ Für Luftverkehrsberechtigungs-zertifikate ist im Gegensatz zur Verteilungsmethode für ortsfeste Anlagen keine vollständige Versteigerung der Zertifikate vorgesehen, sondern diese von vornherein prozentual begrenzt. Die Gesamtanzahl an Zertifikaten wird nur zu 15% versteigert, 3% in eine Sonderreserve eingestellt und die übrigen 82% kostenlos zugeteilt.⁶⁶⁷ Für ortsfeste Anlagen sollen demgegenüber im Grundsatz alle Zertifikate ab 2019 versteigert werden.⁶⁶⁸ Von diesem Grundsatz gibt es allerdings zahlreiche Ausnahmen, durch die er stark ausgehöhlt wird.⁶⁶⁹ Seit 2021 besteht dann aber mit 57% eine deutlich höhere Versteigerungsquote als für den Luftverkehr.⁶⁷⁰

662 Art. 3 lit. s EH-RL.

663 Diese Basismenge beinhaltet damit keine umgesetzten Einsparungsleistungen, sondern bildet die bis dato unregulierten Emissionen ab, die nicht den Kyoto-Vpflichtungen unterworfen sind.

664 Hartmann Europäisierung und Verbundvertrauen, 117. Siehe vertiefend unten § 15 C.III., S. 347 ff.

665 Dies macht die EH-RL nur implizit notwendig, indem sie für die Erfüllung der Abgabeverpflichtung in Art. 12 Abs. 2a und 3 EH-RL konsolidiert zwischen Zertifikaten für Luftfahrzeugbetreiber und für ortsfeste Anlagen differenziert, Ehrmann in: BerlKommEnR Bd. 2, § 3 TEHG Rn. 30.

666 Art. 12 Abs. 2a EH-RL konsolidiert. Umgekehrt bestand diese Möglichkeit bis 2021 hingegen nicht, dazu 3., S. 169 ff.

667 Art. 3d Abs. 1, 2, Art. 3f Abs. 1, Art. 3e Abs. 1 EH-RL konsolidiert.

668 Art. 10 Abs. 1 EH-RL konsolidiert.

669 Art. 10a, c und in Bezug auf die Marktstabilitätsreserve. Um einer bloßen Verlagerung von CO₂-Emissionen (*Carbon Leakage*) vorzubeugen, werden gefährdete Anlagen gem. Art. 10b Abs. 1 zu 100% mit kostenlosen Zertifikaten ausgestattet.

670 Art. 10 Abs. 1 UAbs. 2 EH-RL konsolidiert.

c) Notwendigkeit einer Betriebsgenehmigung

Für ortsfeste Anlagen besteht die Notwendigkeit einer Emissionsgenehmigung.⁶⁷¹ Die Ausübung der von der EH-RL erfassten emissionsträchtigen Tätigkeiten ist nur zu gestatten, wenn die betreffende Anlage auf Antrag eine Emissionsgenehmigung erhalten hat.⁶⁷² Eine der Voraussetzungen der Erteilung ist, dass die Behörde „davon überzeugt ist, dass der Betreiber in der Lage ist, die Emissionen zu überwachen und darüber Bericht zu erstatten.“⁶⁷³ Der Anlagenbetreiber muss also hinreichende Gewähr bieten, die Ermittlungs- und Überwachungs-, Berichterstattungs- und Überprüfungs-pflichten des EU-EHS berücksichtigen zu können.

Für Luftfahrzeugbetreiber besteht keine vergleichbare Regelung. Zwar bedürfen Luftfahrtunternehmen einer Genehmigung, einen Flug in der EU durchführen bzw. dort starten oder landen zu dürfen. Je nach Heimatstaat und ggf. Art der Flugbewegung (Linien- oder Gelegenheitsflug) ist eine Betriebsgenehmigung für den innergemeinschaftlichen Luftverkehr durch EU-Luftfahrtunternehmen⁶⁷⁴, eine Flugliniengenehmigung⁶⁷⁵, eine Betriebsgenehmigung zur Durchführung von Fluglinienverkehr für Drittstaaten-Unternehmen⁶⁷⁶ oder eine Einflugerlaubnis⁶⁷⁷ erforderlich. Keine dieser Genehmigungen stellt aber einen Bezug zur Teilnahme am EU-EHS her. Dieser Unterschied ist aber nicht überzubewerten, da dem Genehmi-

671 Art. 4 EH-RL. Dies dient der Erfassung des Anlagenbestandes mit entsprechenden Antragsdaten der von der Richtlinie erfassten Anlagenbetreiber sowie der etwaigen Änderungen des Anlagenumfangs, *Wolke* in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, UmwR Bes Teil, 5. Handel mit EmBer, § 4 TEHG Rn. 1.

672 Art. 4, 5 EH-RL.

673 Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 EH-RL. Ob § 4 TEHG diese Vorgabe adäquat umsetzt, scheint jedenfalls fraglich, da eine entsprechende Überzeugung der Genehmigungsbehörde als Genehmigungsvoraussetzung in § 4 TEHG nicht ersichtlich ist. *Frenz/Theuer* in: Frenz (Hrsg.) TEHG, § 4 TEHG Rn. 8 sieht eine Einhaltung der RL-Vorgaben durch die mit § 5 TEHG verbundene Qualitätskontrolle als gewahrt.

674 Art. 3 Abs. 1 Luftverkehrsdienste-VO.

675 Für Fluglinienverkehr deutscher oder EU-Luftfahrtunternehmen, die Verbindungen in Drittstaaten aufnehmen wollen, gilt nach deutschem Recht § 21 Abs. 1 LuftVG.

676 Im deutschen Recht gem. § 21a LuftVG iVm § 63 LuftVZO. Diese verdrängt § 2 Abs. 7 LuftVG, dazu *Schaefer* Recht des Luftverkehrs, 40 ff.

677 Nach deutschem Recht gilt für den Gelegenheitsverkehr aus Nicht-EU-Drittstaaten das Erfordernis einer Einflugerlaubnis nach § 2 Abs. 7 LuftVG.

gungserfordernis wegen seiner geringen Anforderungen eher geringe Kontrollwirkung zugeschrieben wird.⁶⁷⁸

d) Sanktionen: Möglichkeit einer Betriebsuntersagung

Im Falle defizitären Verhaltens, insbesondere bei der Verletzung der Pflicht zur Abgabe von Emissionsberechtigungszeugnissen, ist gem. Art. 16 Abs. 5-11 EH-RL vorgesehen, dass als *ultima ratio* eine Betriebsuntersagung ergehen kann.⁶⁷⁹ Diese Regelung nimmt nur die Luftfahrzeugbetreiber in Bezug, nicht aber die Betreiber ortsfester Anlagen. Eine Betriebsuntersagung ist für die Betreiber ortsfester Anlagen auch nicht an anderer Stelle vorgesehen. Sie stellt damit ein weiteres Spezifikum für den Luftverkehr dar.

e) Fazit

In der Zusammenschau bestehen zahlreiche Unterschiede bei der Behandlung des Luftverkehrs im EU-EHS im Vergleich zur Behandlung der ortsfesten Anlagen. Dies spricht zunächst gegen die Einordnung des EU-EHS als „einheitliches Emissionshandelsregime“⁶⁸⁰, auch wenn mit der EH-RL, die durch die LuftV-RL geändert wurde, ein einheitlicher Rechtsakt für ortsfeste Anlagen und den Luftverkehr besteht. Dieser Rechtsakt zerfällt aber – bei einem quantitativ wie qualitativ eher geringen Teil an gemeinsamen Regelungen – derart in zwei Unterkomplexe für die ortsfesten Anlagen sowie für den Luftverkehr, dass man von zwei verschiedenen, wenn auch in der Systemlogik ähnlichen EHS ausgehen könnte. Die Charakterisierung als „Einbeziehung“ des Luftverkehrs in das EU-EHS erweist sich damit als zu unscharf, um die rechtlich-systemischen Gegebenheiten genau erfassen zu können.

678 Beckmann/Fisahn ZUR 2009, 299, 302 mit Blick auf die deutsche Umsetzung in § 4 Abs. 1 TEHG.

679 Zu Betriebsuntersagung vertieft § 13 A.II., III., S. 295 ff.

680 Sieberg NVwZ 2006, 141, 144 sah insofern vor Einführung der LuftV-RL 2008/101 die Notwendigkeit zu klären, ob Luftverkehr und ortsfeste Anlagen in ein einheitliches System integriert werden.

3. Verhältnis zum EU-EHS für stationäre Anlagen

Trotz der dargestellten Unterschiede ist das EU-EHS aber als Gesamtsystem konstruiert. Der Luftverkehrssektor wird im Rahmen des EU-EHS mit den Sektoren der stationären Anlagen verknüpft.⁶⁸¹ Diese Verknüpfung ist ein Mehr gegenüber einer vollständigen Separierung beider Bereiche in zwei selbstständigen EHS und zugleich ein Weniger gegenüber einem Einheitssystem, das beide Bereiche gleichermaßen einschließt. Für diese Konstruktion gibt es zwei Gründe: einen politisch-tatsächlichen mit Blick auf die faktischen Einsparungspotentiale des Luftverkehrs und einen rechtlichen mit Blick auf das Kyoto-Protokoll:

Bis zum Einbruch der Luftverkehrstätigkeiten im Rahmen der Corona-Pandemie sind die Emissionen des Luftverkehrssektors aufgrund des Sektorwachstums stetig angestiegen; auch für die Zeit nach der Pandemie dürfte dieses Wachstum mittelfristig erneut Einzug erhalten.⁶⁸² Da auf dem Markt für Luftverkehrsberechtigungszertifikate damit (außer in Zeiten pandemiebedingter Einbrüche des Luftverkehrs) zu wenige Zertifikate sind, um den steigenden Bedarf des Luftverkehrs zu decken, wäre ein entsprechendes Wachstum in einem isolierten oder geschlossenen EHS nur für den Luftverkehr kaum möglich. Die Einsparpotenziale des Luftverkehrs sind zu begrenzt, um ein prognostiziertes Wachstum aufzufangen.⁶⁸³ Durch eine Verknüpfung können die Luftfahrzeugbetreiber sich aber auf dem Markt für ortsfeste Anlagen mit Berechtigungszertifikaten ausstatten, um ihre steigenden Abgabeverpflichtungen zu erfüllen. Die Konstruktion des EU-EHS gestattet also, dass sich die Einsparungsleistungen durch die Nachfrage des Luftverkehrs faktisch auf die Sektoren der ortsfesten Anlagen verlagern. Es sind damit im Rahmen des verknüpften EU-EHS die ortsfesten Anlagen, die die Klimaeffekte des Luftverkehrs kompensieren, indem sie an ihren Anlagen Einsparungen erzielen.⁶⁸⁴

Die regelungstechnische Konstruktion eines Gesamtsystems, das sektorübergreifend ortsfeste Anlagen und den Luftverkehr erfasst, ermöglicht damit eine Reduktionsleistung, die dem Luftverkehr isoliert betrachtet

681 In diese Richtung insofern zutreffend auch *Meßerschmidt* Europ. Umweltrecht, § 16 Rn. 112, der von einer „Zwei-Säulen-Struktur“ spricht.

682 Dazu bereits § 1 A.II., S. 38 ff.

683 *Sieberg* NVwZ 2006, 141, 142 f.

684 Zwar lässt sich ein empirischer Nachweis einer Konditionalität des EHS für Emissionsreduktionen nur eingeschränkt führen, kann jedoch als wahrscheinlich angesehen werden, *Weinreich* in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, UmwR Bes Teil, 5.1. TEHG, Vorbemerkung Rn. 14 mwN.

aufgrund seines Sektorwachstums nicht möglich wäre, sich zugleich aber auch aus wirtschaftlicher Sicht nicht als effizient erweisen würde. Da für den Klimaschutz der Ort bzw. der Sektor der Einsparungsleistung nicht relevant ist, sondern es nur um das Absenken der absoluten Emissionsmengen geht, kommt es durch die Verkopplung nicht zu Einbußen für den Klimaschutz.

Diese intelligente Verkopplung war bis zum Ende der dritten Handelsperiode halbdurchlässig konstruiert: Emissionsberechtigungs-Zertifikate, die von ortsfesten Anlagen stammten, konnten auch von Luftfahrzeugbetreibern verwendet werden. Die Betreiber ortsfester Anlagen konnten aber nicht die Emissionszertifikate der Luftfahrzeugbetreiber verwenden. Es bestand also im Sinne einer selektiven Permeabilität ein einseitig abgeschlossenes System für ortsfeste Anlagen und ein auf Seiten des Luftverkehrs halboffenes System.⁶⁸⁵ Rechtlicher Hintergrund dieser halbdurchlässigen Konstruktion des Systems waren die Vorgaben des UNFCCC-Regimes. Nach dem Kyoto-Protokoll war nur der nationale Luftverkehr von den Mengenverpflichtungen der Annex 1-Staaten miterfasst, nicht aber der internationale Luftverkehr. Durch die Halbdurchlässigkeit wurde sichergestellt, dass die Kyoto-Verpflichtungen für die stationären Anlagen, zu deren Erfüllung das EU-EHS geschaffen wurde, auch eingehalten werden.⁶⁸⁶ Anderenfalls hätten die Luftverkehrszertifikate als zusätzliche erlaubte Emissionseinheiten durch deren Verwendung durch Betreiber stationärer Anlagen auf das erlaubte CO₂-Gesamtbudget Einfluss genommen. Umgekehrt gilt dies jedoch nicht gleichermaßen. Wenn Luftverkehrsbetreiber Zertifikate auf dem stationären Markt erwarben und für ihre Tätigkeiten verwendeten, hat dies zwar ebenso eine erhöhende Wirkung auf das Luftverkehrs-Gesamtbudget. Dieses Budget ist mangels völkerrechtlicher Verbindlichkeiten jedoch nicht derart streng rechtlich festgeschrieben. Folglich kommt es hier wiederum nur auf die CO₂-Gesamtmenge an, für die der Ort und Sektor des Ausstoßes irrelevant ist.

Seit der vierten Handelsperiode wird die Halbdurchlässigkeit nun durch eine vollständige, in beide Richtungen mögliche Durchlässigkeit ersetzt.

685 Ehrmann in: *BerlKommEnR* Bd. 2, § 1 TEHG Rn. 8; zu den Vor- und Nachteilen dieser gegenüber geschlossenen oder offenen Konstruktionen G. Schwarze *European Environmental Law Review* 2007, 10, 18; Sieberg *NVwZ* 2006, 141, 142 f.

686 So auch Weinberg *EU-EHS* 3. Handelsperiode, 237 f.; Wit/Boon/van Velzen/Cames/Deuber/Lee Giving wings to emission trading, Bericht DG Environment Juli 2005, 75; mit umfassender Darstellung der Problemlage und anderen Optionen, die möglich gewesen wären G. Schwarze *European Environmental Law Review* 2007, 10, 16 ff.

Denn im Jahr 2020 läuft die zweite Kyoto-Verpflichtungsperiode aus, deren Mengenverpflichtungen der Grund für die Semipermeabilität waren. Seit 2021 können damit auch Anlagenbetreiber Zertifikate, die ursprünglich Luftfahrzeugbetreibern zugeteilt wurden, abgeben, um ihre Abgabeverpflichtungen zu erfüllen.⁶⁸⁷ Die Verkopplung intensiviert sich also.

Insgesamt lässt sich das Verhältnis der ortsfesten Anlagen zum Luftverkehr im Rahmen des EU-EHS als solches zweier Subsysteme charakterisieren, die zu einem sektorübergreifenden, verkoppelten Gesamtsystem verwoben sind, das klimaschutz- und effizienzdienliche Erwägungen im Auge behält: Die intelligente Verkopplung im Rahmen des EU-EHS setzt Anreize für Einsparungen gesamtsystemisch⁶⁸⁸ anstatt nur mit Blick auf den Luftverkehr. Sie ermöglicht dem Luftverkehr damit ein sektorales Wachstum, ohne das Ziel der langfristigen Mitigation zu konterkarieren.

C. Ergebnis: Konkret-sektorübergreifende Adressierung mit regionaler Ausrichtung

Im Rahmen der EU erfolgt die Regulierung des Luftverkehrs insbesondere mit Blick auf eine Marktliberalisierung, die Vermeidung von Wettbewerbsnachteilen im internationalen Kontext und die Sicherstellung eines hohen Niveaus der Betriebs- und Flugsicherheit. Der Klimaschutz im Luftverkehr stellt sich daneben eher als isolierter Bereich dar: Zentrale Parameter für den Luftverkehr, wie die unionsrechtlich determinierte Erteilung von Betriebsgenehmigungen an Luftfahrtunternehmen und die Zuteilung von Slots an Flughäfen weisen keinen Bezug zum Klimaschutz auf. Ein jedenfalls mittelbarer Bezug zum Klimaschutz besteht bei der Schaffung

⁶⁸⁷ Siehe S. 1 und 2 von Art. 12 Abs. 3, eingefügt durch Art. 1 Nr. 4 VO 2017/2392 im Vergleich: „Für den Zeitraum bis zum 31. Dezember 2020 stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass der Betreiber für jede Anlage bis zum 30. April jeden Jahres eine Anzahl von nicht gemäß Kapitel II ausgegebenen Zertifikaten abgibt [...]“ und „Ab 1. Januar 2021 stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass der Betreiber für jede Anlage bis spätestens 30. April jeden Jahres eine Anzahl von Zertifikaten abgibt [...]“. In S. 2 ist also die Beschränkung auf Zertifikate für ortsfeste Anlagen weggefallen. Mit entsprechender Lesart auch der Bundestag bei seiner Änderung von § 3 TEHG, BT-Drs. 19/4727, 40, dazu *Ehrmann* in: *BerlKommEnR* Bd. 2, § 1 TEHG Rn. 10, § 3 TEHG Rn. 30.

⁶⁸⁸ Jedenfalls soweit eine ausreichende Absenkung der Obergrenze vorgenommen und ein hinreichendes Preissignal erzeugt wird, dazu *Weinreich* in: *Landmann/Rohmer, Umweltrecht, UmwR* Bes Teil, 5. Handel mit EmBer, Vorbeurteilung TEHG Rn. 11 ff.

eines einheitlichen Europäischen Luftraums. Eine Luftverkehrsteuer, wie sie in Deutschland erhoben wird, hat zwar ebenfalls eine klimaschützende Steuerungswirkung, stellt sich aber als rein nationale Maßnahme ohne unionsrechtliche Vorgaben dar. Als „echte“ Klimaschutzmaßnahme für den Luftverkehr bleibt vor diesem Hintergrund insbesondere das EU-EHS. Dagegen sind die Begünstigungen des Luftverkehrs gegenüber anderen Verkehrsträgern bei der Treibstoff- und Mehrwertbesteuerung, aber auch durch staatliche Unterstützung wie im Rahmen der Corona-Pandemie dem Klimaschutz im Luftverkehr sogar abträglich.

Mit dem EU-EHS hat die EU ein Cap & Trade System geschaffen, das seit dem Jahr 2005 – zunächst nur für stationäre Anlagen – besteht und sich aktuell in der vierten Handelsperiode (2021-2030) befindet. Dabei handelt es sich um ein Klimaschutzsystem, das mit absinkenden Mengenbeschränkungen und Handelsmöglichkeiten agiert. Der Luftverkehr wird seit dem Jahr 2012 vom EU-EHS erfasst. Das LuftV-EU-EHS findet im Grundsatz unterschiedslos auf den innerstaatlichen wie auch den zwischenstaatlichen Luftverkehr mit Bezug zum EWR Anwendung, wird aber aktuell nur bezüglich des rein EWR-internen Luftverkehrs angewendet. Auch wenn durch diesen faktisch verengten Anwendungsbereich (*reduced scope*) bestimmte internationale Flugrouten ausgenommen sind, liegt darin keine Unterscheidung zwischen nationalem und internationalem Luftverkehr wie sie auf internationaler Ebene durch das UNFCCC-Regime vorgenommen und im Rahmen der ICAO fortgeführt wird.

Der Luftverkehr wird im Rahmen des EU-EHS vielfach anders behandelt als die stationären Anlagen, insbesondere mit Blick auf die geltende Obergrenze, die Zertifikate und mögliche Sanktionen. Das EU-EHS ist insofern als sektorübergreifendes Gesamtsystem konstruiert, das den Bereich der stationären Anlagen mit dem des Luftverkehrs als zwei Subsysteme intelligent miteinander verknüpft. Bis zum Ende der dritten Handelsperiode war diese Verknüpfung vor dem Hintergrund der Vorgaben des Kyoto-Protokolls und des Doha-Amendments halbdurchlässig ausgestaltet. Seit der vierten Handelsperiode, wenn diese Vorgaben nicht mehr greifen, können Zertifikate des Luftverkehrs und der ortsfesten Anlagen in einem beidseitig durchlässigen System gehandelt und verwendet werden. Durch die intelligente Verknüpfung werden Anreize für Emissionseinsparungen gesamtsystemisch gesetzt. Dadurch wird dem Luftverkehrssektor auch zukünftig Wachstum ermöglicht, ohne dadurch eine langfristige Mitigation und Erreichung der Vorgaben des Pariser Übereinkommens in Frage zu stellen. Mit Blick auf etwaig nötige Anpassungen des LuftV-EU-EHS an und wegen des CORSIA sind hier allerdings Veränderungen nicht ausge-

geschlossen (dazu § 10 und § 18). Im Vergleich zur Konstruktion des CORSIA ist durch die intelligente Verkopplung des LuftV-EU-EHS mit anderen Sektoren ein erster wesentlicher Unterschied identifiziert. Eine nähere Analyse wird aber zeigen, dass auch das CORSIA eine solche Verkopplung indirekt vornimmt (dazu § 15).

Bei einer Gesamtbetrachtung tritt die unionale Regelungsumgebung für den Luftverkehr zwar nicht in Widerspruch zur umweltrechtlichen Querschnittsklausel. Veränderungen im Rahmen der Luftverkehrspolitik der EU müssen aber stets mit Blick auf deren Maßgaben kritisch hinterfragt werden; insbesondere bei den möglichen Entwicklungslinien des LuftV-EU-EHS und der Umsetzung des CORSIA (dazu § 18).

§ 6 Relevanz der Internationalen Flugtransportvereinigung (International Air Transport Association – IATA)

Die Internationale Flugtransportvereinigung (*International Air Transport Association* – IATA) ist ein als Nichtregierungsorganisation nach kanadischem Recht organisierter Fach- und Interessenverband der gewerblichen Luftverkehrsunternehmen.⁶⁸⁹ In ihrer Zielsetzung und ihren damit verbundenen Tätigkeitsfeldern ähnelt die IATA der ICAO.⁶⁹⁰ Wie die ICAO fördert sie den sicheren, ordnungsgemäßen und wirtschaftlichen Luftverkehr.⁶⁹¹ Anders als die ICAO ist sie aber keine zwischenstaatliche, sondern eine private Organisation ohne Hoheitsbefugnisse.⁶⁹²

Ein Großteil der international gewerblich tätigen Luftfahrtunternehmen ist Mitglied der IATA.⁶⁹³ Deshalb wird die IATA als größte und zu-

689 Wysk in: Grabherr/Reidt/Wysk LuftVG, Einl. Rn. 53; Schladebach Luftrecht, § 7 Rn. 24. Ihre Gründung erfolgte 1945, dazu Haanappel in: MPEPIL, International Air Transport Association (IATA) Rn. 5 ff.

690 Wysk in: Grabherr/Reidt/Wysk LuftVG, Einl. Rn. 54. Knapper Überblick der Organe bei Schladebach Luftrecht, § 7 Rn. 27 ff.; Haanappel in: MPEPIL, International Air Transport Association (IATA) Rn. 10 f.

691 Art. 3 lit. a Act of Incorporation; Art. IV Abs. 1 Articles of Association. Im Vergleich: Art. 44 lit. d CA.

692 Schaefer Recht des Luftverkehrs, Rn. 61; Haanappel in: MPEPIL, International Air Transport Association (IATA) Rn. 1; Diederiks-Verschoor/Mendes de Leon Introduction to Air Law, 37.

693 Etwa 300 Airlines in 120 Staaten sind aktuell Mitglied der IATA, diese decken ca. 82% des weltweiten Luftverkehrs ab, IATA IATA Members, online. Zu den Voraussetzungen der, Antrag auf und Rechten/ Pflichten bei Mitgliedschaft Art. V Articles of Association.

gleich bedeutendste sowie sichtbarste nichtstaatliche internationale Luftverkehrsorganisation beschrieben, teils sogar mit „quasi-staatliche[m] Charakter“. ⁶⁹⁴ Diese Beschreibung trifft insofern zu, als die IATA sehr großen tatsächlichen Einfluss hat. Nicht nur im Bereich der Vereinheitlichung von Luftverkehrsvorgängen, ⁶⁹⁵ sondern auch für den Klimaschutz im Luftverkehr: Es war die IATA, die in einer Resolution aus dem Juni 2010 erstmalig Ziele zur Treibstoff-Effizienz, zum CO₂ neutralen Wachstum ab dem Jahr 2020 und zur CO₂-Reduktion um 50% bis zum Jahr 2050 im Vergleich zum Jahr 2005 formulierte. ⁶⁹⁶ Die 37. ICAO-GV, die eine insofern inhaltlich ähnliche Resolution beschloss, ⁶⁹⁷ fand erst wenig später (Ende September 2010) statt und konnte sich damit bereits auf die grundsätzliche Zustimmung großer Teile der Luftverkehrsindustrie stützen. ⁶⁹⁸ Es wird ferner ein nicht zu unterschätzender Einfluss der IATA auf die Schaffung des Maßnahmenpaktes der ICAO für den Klimaschutz konstatiert. ⁶⁹⁹ Auch zur Schaffung und Implementierung des CORSIA als einer Säule dieses Maßnahmenpakets positioniert sich die IATA, indem sie das CORSIA befürwortet und die Unterstützung und Umsetzungsbereitschaft der Luftfahrtunternehmen wiederholt zum Ausdruck bringt. ⁷⁰⁰ Der Erfas-

694 Wysk in: Grabherr/Reidt/Wysk LuftVG, Einl. Rn. 53, 55; Havel/Sanchez Aviation Law, 26 f. Kritisch, ob dies heute noch zutrifft Haanappel in: MPEPIL, International Air Transport Association (IATA) Rn. 17 ff.

695 Dazu Wysk in: Grabherr/Reidt/Wysk LuftVG, Einleitung Rn. 55.

696 Resolution, 66th IATA Annual General Meeting (2010) zitiert nach Erwgr. 1 Resolution on the Commercial Deployment of the Sustainable Alternative Fuel for Aviation, 73rd IATA Annual General Meeting (2017). In diese Richtung auch Piera GHG emissions International Aviation, 361.

697 Ziffer 4, 6 Resolution A37-19. Das CO₂-neutrale Wachstum ist insofern gleich; statt 1,5% Effizienzsteigerung beim Treibstoffverbrauch wurden 2% vereinbart. Ein Reduktionsziel der ICAO für die Zukunft steht weiterhin aus.

698 Siehe in diesem Sinne Erwgr. 22 Resolution A37-19. Piera GHG emissions International Aviation, 290 schreibt der IATA insofern großen Einfluss auf die Zielformulierung der ICAO zu.

699 Nach eingehender Analyse ders. GHG emissions International Aviation, 300; Anselmi Conflictive climate governance architecture, ICAO, 116. Deutlich auch Lyle Climate Law 8 (2018), 104, 122. Siehe speziell IATA Resolution CNG2020, 69th Annual General Meeting 2013, die die ICAO-Staaten aufforderte, bei ihrer nächsten (38.) GV im Herbst 2013 einen GMBM zu etablieren und konkrete Elemente vorschlug. Vielsagend ist in diesem Kontext auch, dass bei der 37. GV eine Präsentation Grundlage für die Diskussionen über die Einführung eines MBM war, die von der IATA gehalten wurde, dazu Truxal Air & Space Law 36 (2011), 217, 227.

700 Resolution on the Development of a Global Market Based Measure for International Aviation, 72nd IATA Annual General Meeting (2016); Resolution on

sung des internationalen Luftverkehrs im LuftV-EU-EHS stand die IATA hingegen so ablehnend gegenüber, dass sie sich sogar am ATA-Verfahren vor dem EuGH als Streithelfer zur Unterstützung der Anträge von der ATA engagierte.

Da die mehrheitlich in der IATA zusammengeschlossenen Luftfahrtunternehmen als Regelungsunterworfenen Betreiber von Flugzeugen faktisch für die Wirksamkeit jeglicher Klimaschutzmaßnahmen verantwortlich sind, ist die Unterstützung der IATA auch für die weitere Entwicklung des CORSIA und des LuftV-EU-EHS von großer Bedeutung.⁷⁰¹ Über ihren faktischen Einfluss hinaus, kann sie auch rechtlich zu seiner Effektivierung beitragen (dazu knapp unten § 17 C.).

§ 7 Ergebnis: plural-fragmentierte Regelungsumgebung für den Klimaschutz im Luftverkehr

Die zu untersuchenden CO₂-bezogenen Regelungen zeichnen ein vielfältiges Bild vom Klimaschutzrecht im Luftverkehr. Das UNFCCC-Regime fungiert dabei als Rahmenordnung. Eine nähere Ausfüllung dieses Rahmens durch konkrete Maßnahmen und Regelungen findet durch die ICAO und durch die EU statt. Die eigentlichen Maßnahmen zur Reduktion bzw. zum Ausgleich von CO₂-Emissionen werden von den Luftfahrzeugbetreibern als Regelungsunterworfenen in einem jeweils marktbasiereten Umfeld vorgenommen. Die Vorgaben des UNFCCC-Regimes verbleiben damit für den Luftverkehr deutlich abstrakter als für andere Sektoren. Für den Luftverkehr hat vielmehr eine Verlagerung der Schaffung klimaschutzbezogener Regelungen weg vom UNFCCC-Regime und hin zu ICAO und EU als inter- bzw. supranationalen Organisationen stattgefunden, deren Tätigkeitsschwerpunkt nicht im Klimaschutz liegt.⁷⁰²

Im Rahmen der ICAO ist vor allem das CORSIA als bedeutsame luftverkehrsrechtliche Klimaschutzmaßnahme hervorzuheben, die eine von vier Bestandteilen eines klimaschutzbezogenen Maßnahmenpakets der

the Commercial Deployment of the Sustainable Alternative Fuel for Aviation, 73rd IATA Annual General Meeting (2017); Resolution on CORSIA, 75th IATA Annual General Meeting (2019).

701 *Piera* GHG emissions International Aviation, 361; *Diederiks-Verschoor/Mendes de Leon* Introduction to Air Law, 38 allgemein zur Bedeutung der IATA-Unterstützung multilateraler Abkommen.

702 *Spießhofer* AVR 57 (2019), 26, 44.

ICAO ist. Im Rahmen der EU existieren zwar mit dem Einheitlichen Europäischen Luftraum und der noch ausbaufähigen Förderung der Verwendung alternativer Treibstoffe Regelungen mit Bezug zum Umwelt- und Klimaschutz (und außerdem Spielräume für nationale Regelungen wie emissionsbezogenen Flughafenentgelten und Luftverkehrsteuern). Als „echte“ unionale Klimaschutzmaßnahme für den Luftverkehr, die zu einer Reduktion der CO₂-Emissionen führt, erweist sich aber insbesondere das EU-EHS, von dem der Luftverkehr im Sinne einer intelligenten Verknüpfung mit dem EU-EHS für ortsfeste Anlagen seit 2012 erfasst ist.

Das Klimaschutzrecht im Luftverkehr lässt sich vor dem Hintergrund der Regelungen und Vorgaben der drei Regelungsakteure nicht nur als sektoral⁷⁰³, sondern vor allem auch als intersektoral zergliedert charakterisieren. Hintergrund ist die Sonderbehandlung des internationalen Luftverkehrs, deren Grundlage das UNFCCC-Regime legt und die sich schließlich konkret im Rahmen der ICAO manifestiert. Von einer solchen Unterscheidung zwischen nationalem und internationalem Luftverkehr wurde zwar im EU-EHS abgesehen. Durch die faktische Begrenzung des Anwendungsbereichs auf Luftverkehrsbewegungen mit Start- und Zielort innerhalb des EWR hat sich eine Differenzierung zwischen Luftverkehrstätigkeiten innerhalb des EWR und mit Bezug zu nicht EWR-Staaten aber faktisch etabliert.

Wie häufig im Bereich des Klimaschutzrechts⁷⁰⁴ sind auch für den Luftverkehr verschiedene Regelungsebenen und sich in ihren Regelungsbereichen überschneidende Institutionen und Regime feststellbar, die ein Netz von relevanten Regelungen unterschiedlicher Verbindlichkeitsgrade aufspannen. Während in der EU mit dem EU-EHS erste Schritte in Richtung eines sektorübergreifenden Klimaschutzsystems unternommen wurden, das neben den ortsfesten Anlagen auch den Luftverkehr mit einbezieht, agiert die ICAO in sektoraler Beschränkung auf den Luftverkehr. Durch diesen auch insgesamt aktuell eher sektoralen Zuschnitt, teils mit einem Sonderstatus für den internationalen Luftverkehr, ist der Spezialisierungsgrad des Klimaschutzrechts gerade im Luftverkehr sehr hoch.

Hinsichtlich der Beziehung zwischen EU und ICAO wird sich vor diesem Hintergrund zeigen, dass das CORSIA und das LuftV-EU-EHS unverbunden nebeneinanderstehen und sich nicht aus sich heraus koordinieren (dazu nachfolgend Teil 2). Gerade für Flugbewegungen innerhalb

703 So Gärditz JuS 2008, 324, 328 für das Klimaschutzrecht allgemein.

704 Kulovesi in: Hollo/Kulovesi/Mehling (Hrsg.) *Climate Change and the Law*, 31, 32 f., 41 ff.

des EWR entsteht damit eine Regelungsvielfalt, die zu Wechselwirkungen zwischen den beiden Systemen führt. Diese Wechselwirkungen werden nachfolgend näher ausgeleuchtet.⁷⁰⁵ Sie können sich als konfliktträchtig herausstellen (dazu § 10 C., D.). Zugleich sind aber auch Synergieeffekte denkbar (dazu § 10 D. und Teil 4, § 18). Zuspitzen lassen sich diese Potentiale für Konflikte und Synergien auf das neu entstandene Verhältnis zwischen EU-EHS und CORSIA. Wie sich bereits abstrakt gezeigt hat und im Folgenden konkret bestätigen wird (§ 8 , § 9 , § 10 und auch § 18), spielt das UNFCCC-Regime durch seine rahmensetzende Funktion eine bedeutsame Rolle für die bisherige und zukünftige Entwicklung und das Wechselspiel sowie die Koordination zwischen dem CORSIA und dem EU-EHS.

705 Mit entsprechender Forderung *dies.* in: Hollo/Kulovesi/Mehling (Hrsg.) Climate Change and the Law, 31, 43; *van Asselt* Fragmentation of Global Climate Governance, 5.