

Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht

Eine EU CO₂-Bepreisung für internationale Importe

Europa- und völkerrechtliche Einordnung eines CO₂-Grenzausgleichssystem (Carbon Border Adjustment Mechanism CBAM) vor dem Hintergrund der weltweiten Klimaschutzbemühungen

52 | 23.06.2021

erstellt von
Jana Viktoria Nysten LL.M.

II Ein EU CBAM – Rechtliche Einschätzung

Zitiervorschlag:

**Nysten, Eine EU CO2-Bepreisung für internationale Importe,
Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht
Nr. 52 vom 23.06.2021.**

Entstanden im Rahmen des Vorhabens:

**Auswirkungen des EU Green Deal auf das
Klimaschutz- und Energierecht in Deutschland**

Gefördert durch:

**STIFTUNG
MERCATOR**

**Stiftung Umweltenergierecht
Friedrich-Ebert-Ring 9
97072 Würzburg**

Telefon
+49 931 794077-0

Telefax
+49 931 7940 77-29

E-Mail
nysten@stiftung-umweltenergierecht.de

Internet
www.stiftung-umweltenergierecht.de

Vorstand
Thorsten Müller und Fabian Pause, LL.M. Eur.

Stiftungsrat
**Prof. Dr. Helmuth Schulze-Fielitz
Prof. Dr. Franz Reimer
Prof. Dr. Monika Böhm**

Spendenkonto
**Sparkasse Mainfranken Würzburg
IBAN: DE16 7905 0000 0046 7431 83
BIC: BYLADEM1SWU**

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung	1
A. Einleitung	2
B. Grundidee des Mechanismus und konkrete Ideen zur Ausgestaltung	3
I. Hintergrund und Ziele eines CO ₂ -Grenzausgleichssystems	3
II. Mögliche Ausgestaltungsoptionen eines CO ₂ -Grenzausgleichssystems	4
C. Rechtliche Einordnung	6
I. EU-Recht	6
1. Kompetenz der EU zur Einführung eines CO₂-Grenzausgleichssystems	6
a) Mögliche Rechtsgrundlage	6
b) Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit	8
c) Haushaltsvorschriften bezüglich Verwendung des Aufkommens aus einem CO ₂ -Grenzausgleichssystem	9
d) Bedeutung des EU-Eigenmittelsystems	9
2. Einbettung eines CBAM in das bestehende EU-System des Carbon Leakage-Schutzes	11
a) EU-Emissionshandel und freie Allokation	11
b) Warenverkehrsfreiheit und Beihilferecht	12
aa) Beihilferecht	12
bb) Warenverkehrsrecht	13
3. Zwischenfazit: Rechtsgrundlage und Kompatibilität nach EU-Recht	14
II. WTO-Recht	14
1. Folgen einer Unvereinbarkeit mit WTO-Recht	15
2. Diskriminierungsverbot nach WTO-Recht	15
3. Meistbegünstigungsgrundsatz und Inländerbehandlung	15
4. Grenzausgleichssysteme nach GATT	17
5. Rechtfertigungsmöglichkeiten im Fall von Verstößen	18
a) Rechtfertigung nach Umweltschutz	18
b) Gleichbehandlung bzw. gerechtfertigte Ungleichbehandlung im Rahmen eines CBAM	19
6. Zwischenfazit: Kompatibilität mit dem WTO-Recht	21
III. Sonstige Aspekte des internationalen Rechts und der Handelspolitik	21

IV Ein EU CBAM – Rechtliche Einschätzung

1. Pariser Abkommen und Territorialitätsprinzip	21
2. Handelspolitik über Handelsrecht? – Die Gefahr politischer Vergeltung	23
3. Zwischenfazit: Aspekte des internationalen Rechts und der Handelspolitik	24
D. Fazit und Ausblick	25

Zusammenfassung

Im Rahmen ihres für den Juli erwarteten „Fit for 55“-Pakets wird die Europäische Kommission u. a. einen Vorschlag für ein CO₂-Grenzausgleichssystem vorstellen. Vorausgegangen ist dem eine Konsultationsphase, in der die Europäische Kommission vier Optionen zur Diskussion gestellt hatte. Mit einem solchen Mechanismus soll für Importe aus dem EU-Ausland eine CO₂-Bepreisung eingeführt werden, wie sie für bestimmte Unternehmen innerhalb des Binnenmarktes mit dem Emissionshandel schon besteht.

Erklärtes Ziel der Maßnahme ist ein Beitrag zum globalen Klimaschutz. Im Kern geht es darum, ein sog. Carbon Leakage zu verhindern, also das Abwandern von Emissionen in Regionen außerhalb der EU, in denen es keine (vergleichbare) CO₂-Bepreisung gibt. Insoweit verfolgt der Grenzausgleich auch wettbewerbs- und industriepolitische Motive. Für das Erreichen der EU-Klimaziele bei gleichzeitiger Sicherung des Industriestandortes wird ein Grenzausgleich als essentielles Instrument gesehen, durch das der europäische Gesetzgeber deutlich macht, dass er bereit ist, seiner bisherigen Politik der CO₂-Bepreisung nach innen auch nach außen Biss zu verleihen.

Allerdings ist die Einführung eines solchen „Carbon Border Adjustment Mechanism“ (CBAM) umstritten – und das nicht erst seitdem die Europäische Kommission ihn nach der letzten Europawahl in ihrer Kommunikation zum Green Deal als Instrument erstmals offiziell erwähnte. Als problematisch wird insbesondere immer wieder das WTO-Recht – und hier speziell das Verbot von diskriminierenden Zöllen und Abgaben angeführt. Aber auch die EU-rechtliche Einordnung ist nicht trivial, etwa wenn es um die Frage der richtigen Kompetenzgrundlage und die entsprechenden Verfahrensvorschriften geht.

In Anbetracht dieser kontroversen Diskussion und in Erwartung des konkreten Vorschlags der Europäischen Kommission befasst sich der vorliegende Bericht mit den konkreten rechtlichen Rahmenbedingungen für eine solche Maßnahme, wobei unterschiedliche Gestaltungsoptionen berücksichtigt werden. Verglichen werden die

vier von der Europäischen Kommission konsultierten Optionen, nämlich eine klassische Grenzausgleichssteuer, eine Einbeziehung in den Emissionshandel, eine Bepreisung von Importen in Anlehnung an den Emissionshandel sowie eine CO₂-orientierte Steuer auf Importe und in der EU selbst produzierte Waren gleichermaßen.

Die wesentlichen Ergebnisse lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Kernergebnisse

- ▶ Die EU hat die Gesetzgebungskompetenz für ein Grenzausgleichssystem. Sie kann sich auf die Außenhandels- oder die Umweltkompetenz stützen. Wird eine Ausgestaltung durch eine Einbeziehung in den EU-Emissionshandel oder über eine preisliche Anlehnung gewählt, ist – anders als bei einer Steuer – keine Einstimmigkeit im Gesetzgebungsverfahren erforderlich.
- ▶ Eine diskriminierungsfreie Ausgestaltung eines Grenzausgleichssystems nach WTO-Recht ist möglich. Jedenfalls auf der Rechtfertigungsebene kann der Klimaschutz den Vorwurf einer willkürlichen oder ungerechtfertigten Diskriminierung entkräften.
- ▶ Die Vereinbarkeit mit WTO-Recht allein ist noch keine Garantie, dass es nicht doch zu handelspolitischen Konflikten kommen könnte. Daher empfiehlt es sich, Ziele und Ausgestaltung des CBAM vorab auf internationaler Ebene transparent zu kommunizieren.

A. Einleitung

Im Dezember 2019 veröffentlichte die Europäische Kommission (EU-Kommission) ihre Mitteilung zum „europäischen Green Deal“ für die Europäische Union (EU)¹. Darin wurde als eine der möglichen Maßnahmen zur Erreichung der Energie- und Klimaschutzziele der EU ein „CO₂-Grenzausgleichssystem“ (auf Englisch: Carbon Border Adjustment Mechanism, kurz und im Folgenden auch: CBAM) als Mechanismus zur Bepreisung des CO₂-Fußabdrucks von aus dem Ausland in die EU importierten Produkten erwähnt und im Arbeitsprogramm der EU-Kommission für das zweite Quartal 2021 in Aussicht gestellt².

Inzwischen hat die EU-Kommission auch ein sogenanntes Inception Impact Assessment³ erstellt und eine Konsultation durchgeführt, deren Ergebnisse nunmehr ausgewertet vorliegen⁴. Auch das Europäische Parlament (EU-Parlament) hat sich in eigener Initiative zu der Möglichkeit eines solchen CBAM Gedanken gemacht, wobei der Fokus des Berichts, der primär im Umweltausschuss erarbeitet wurde⁵, auf der Kompatibilität eines solchen Mechanismus mit dem Welthandelsrecht (WTO-Recht) liegt. Diese Frage Dabei hatte der Umweltausschuss des EU-Parlaments schon 2016 eine Initiative gestartet, die für eine ähnliche Maßnahme (Ausweitung des EU-Emissionshandels) warb⁶. Jüngst äußerte sich der Wissenschaftliche Beirat des Bundeswirtschaftsministeriums diesbezüglich kritisch und schlug vor, dass man (stattdessen) besser eine Art internationalen „Klimaclub“ gründen solle, im Rahmen dessen internationale Lösungen zur CO₂-Bepreisung getroffen werden könnten⁷.

Die Möglichkeit einer CO₂-Bepreisung von Importen wird also allseits und seit mehreren Jahren kontrovers diskutiert: Kann die EU – und wenn ja wie – einen solchen CBAM einführen, um CO₂-intensive Produkte aus dem EU-Ausland einer CO₂-Bepreisung auszusetzen? Und, angenommen ein CBAM ist europarechtlich möglich, ist dann ein solcher „Ausgleich“ des vermeintlichen Vorteils von bislang nicht mit einem CO₂-Preis belegten Importen gegenüber EU-Produkten, die in der EU einer solchen Bepreisung unterliegen, im internationalen Wettbewerb zulässig?⁸

Dies ist auch die zentrale Frage des vorliegenden Berichts. Dabei wird zunächst der Hintergrund und die Ziele eines CBAM erläutert sowie die Ausgestaltungsoptionen nach den Vorstellungen der EU-Kommission skizziert (unter B.). Dann wird untersucht welche möglichen Rechtsgrundlagen die EU für die Einführung eines CBAM nutzen könnte, auch vor dem Hintergrund des EU-Eigenmittelsystems, und welche weiteren primär- und sekundärrechtlichen Regelungen ggf. bei der Ausgestaltung beachtet werden müssen (unter C. I.). Im Anschluss wird der WTO-rechtliche Rahmen betrachtet und die Konsequenzen für einen möglichen EU CBAM aufgezeigt (unter C. II.), gefolgt von weiteren völkerrechtlichen sowie (handels-)politischen Aspekten (unter C. III.). Es wird mit einem Fazit zur Rechtskonformität und politischer Machbarkeit geschlossen (unter D.).

¹ *EU-Kommission*, Mitteilung, Der europäische Grüne Deal, COM/2019/640 final v. 11.12.2019.

² *EU-Kommission*, Arbeitsprogramm für 2021, COM(2020) 690 final, v. 19.10.2020.

³ *EU-Kommission*, Inception Impact Assessment. Ref. Ares(2020)1350037 v. 04.03.2020.

⁴ *EU-Kommission*, Summary Report Public consultation on the Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM), Ref. Ares(2021)70541 v. 05.01.2021.

⁵ *EU-Parlament*, A WTO-compatible EU carbon border adjustment mechanism, P9_TA-PROV(2021)0071, v. 10.03.2021.

⁶ *EU-Parlament*, ENVI Ausschuss, Entwurf Bericht Compromise Amendments 1-17, 2015/0148(COD), v. 14.12.2016.

⁷ Vgl. *Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, Ein CO₂-Grenzausgleich als Baustein eines Klimaclubs, v. 22.02.2021.

⁸ Teils werden auch Varianten diskutiert, bei denen (Export-)Subventionen genutzt werden, um vermeintliche wettbewerbliche Nachteile auf dem Weltmarkt auszuräumen. Dies wird von der EU-Kommission jedoch derzeit nicht erwogen und hier dann auch nicht diskutiert. Vgl. dazu: *Fahl et. al.*, Kurzdossier Wettbewerbsfähigkeit und Carbon Leakage, entstanden im Rahmen des ARIAD-NE Projekts (im Erscheinen).

B. Grundidee des Mechanismus und konkrete Ideen zur Ausgestaltung

I. Hintergrund und Ziele eines CO₂-Grenzausgleichsystems

Innerhalb der EU bestehen verschiedene Mechanismen zur „Bepreisung“ von CO₂. So wird über das EU-Emissionshandelssystem (EU-Emissionshandel) von Unternehmen verlangt, für jede Tonne CO₂, die sie emittieren, Zertifikate zu kaufen und damit einen bestimmten Preis für die Emissionen zu entrichten⁹. Darüber hinaus¹⁰ besteht auch für die nicht vom EU-EHS umfassten Sektoren mit der Lastenteilungsverordnung¹¹ ein EU-rechtlicher Rahmen, innerhalb dessen die EU-Mitgliedstaaten Regelungen zu treffen haben, die eine CO₂-arme Produktion anreizen sollen, etwa indem CO₂-intensive Prozesse durch unterschiedliche Mechanismen „verteuert“ werden¹².

Dabei ist das Problem des sogenannten „Carbon Leakage“ bekannt¹³, auch wenn der Begriff in unterschiedlichen Zusammenhängen und mit unterschiedlicher Schwerpunktsetzung verwendet wird (vgl. Darstellung sogleich¹⁴).

Im Wesentlichen geht es darum, dass Maßnahmen, die die Produktion CO₂-intensiver

Erzeugnisse verteuern, dazu führen können, dass Unternehmen – anstatt ihre Prozesse anzupassen und/oder den Preis für die Emissionen zu entrichten – ins (EU-)Ausland abwandern, wo keine solchen Bepreisungsinstrumente bestehen. Diese Abwanderung hat zum einen signifikante wirtschaftliche Nachteile für die betroffenen (EU-)Länder¹⁵. Zum anderen wird damit keine Treibhausgasmindeung erreicht, sondern lediglich eine geographische Verschiebung der Emissionen. Dem Klima wäre insoweit nicht geholfen¹⁶.

Der Begriff des Carbon Leakage auf einen Blick

Umweltaspekt: Emissionen verschieben sich („leaken“) – von Ländern mit CO₂-Bepreisung zu Ländern ohne/mit geringerer CO₂-Bepreisung = Keine Minderung/ggf. sogar Erhöhung der globalen CO₂-Emissionen.

Wettbewerbsaspekt: Industrie wandert ab („leak“) – in Länder mit (aufgrund nicht vorhandener/geringerer CO₂-

⁹ Allgemein zum Emissionshandel (EHS) etwa: *Nysten*, Zur Zulässigkeit der Ausweitung des EU-Emissionshandels nach Art. 24 EHS-RL auf die Bereiche Verkehr und Wärme in Deutschland, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 43 vom 12.07.2019, S. 3.

¹⁰ Auch im Rahmen der Energiebesteuerung sollen im Grundsatz CO₂-Emissionen eingepreist und entsprechend CO₂-intensive Produkte teurer und damit unattraktiver gemacht werden. Allerdings stockt zumindest auf EU-Ebene die Reform der EU-Energiesteuerrichtlinie und die entsprechende Einpreisung von CO₂ schon seit Jahren. Die EU-Kommission hat für Juni 2021 auch hier – ggf. im Zusammenhang mit dem EHS – eine Reform angekündigt. Vgl. dazu: *EU-Kommission*, Inception Impact Assessment Energy Taxation, Ref. Ares (2020)1350088 v. 04.03.2020.

¹¹ In der Lastenteilungsverordnung werden den Mitgliedstaaten Ziele zur Treibhausgasmindeung außerhalb des EHS vorgegeben, wobei die konkrete Umsetzung einen Ermessensspielraum erlaubt. Vgl. Verordnung (EU) 2018/842 des Europäischen Parlaments und des Europäischen Rates vom 30. Mai 2018 zur Festlegung verbindlicher nationaler Jahresziele für die Reduzierung der Treibhausgasemissionen im Zeitraum 2021 bis 2030 als Beitrag zu Klimaschutzmaßnahmen

zwecks Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Übereinkommen von Paris sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 525/2013; ABl. L 156, S. 26-42 v. 19.6.2018.

¹² Vgl. etwa das deutsche Brennstoffemissionshandelsgesetz. Dazu umfassend etwa: *Kahl/Simmel*, Europa- und verfassungsrechtliche Spielräume einer CO₂-Bepreisung in Deutschland, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht Nr. 6, Oktober 2017.

¹³ Umfassend: *German Council of Economic Experts*, Carbon Adjustment Mechanisms: Empirics, Design and Caveats, Working Paper 11/2020, S. 15 ff. Auch: *Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi)*, Ein CO₂-Grenzausgleich als Baustein eines Klimacubs, v. 22.02.2021, S. 7 f.

¹⁴ Vgl. umfassend: *Fahl et al.*, Kurzdossier Wettbewerbsfähigkeit und Carbon Leakage, entstanden im Rahmen des ARIADNE Projekts (im Erscheinen).

¹⁵ Vgl. dazu: *EU-Kommission* Inception Impact Assessment, S. 1.

¹⁶ Vgl. dazu auch: *Berrisch*, Klimaschutz als Stresstest für die WTO, *EuZW* 202, S. 249. Umfassend etwa auch: *Bueb et al*, Border Adjustment Mechanisms, in: *Arent*, *The Political Economy of Clean Energy Transitions*, Oxford University Press, 2017, S. 63.

Bepreisung) günstigerer Produktionskosten = (finanzielle) Konsequenzen für Wirtschaft in Ländern mit CO₂-Bepreisung.

Direktes Carbon Leakage = unmittelbar durch Bepreisung (betroffene Produkte)

- Operational Leakage = Industrien verlagern (kurzfristig) die CO₂ intensiven Produktionen an bereits bestehenden Standorten im Ausland
- Investment Leakage = Unternehmen erweitern (längerfristig) Produktionskapazitäten für CO₂ intensive Produkte im Ausland

Indirektes Carbon Leakage = Preiserhöhung für CO₂-intensive Produkte führt zu Rückgang der Nachfrage innerhalb des regulierten Bereichs und damit zu Rückgang des Weltmarktpreises, was jene Produkte außerhalb des regulierten Bereichs günstig und attraktiver macht.

Grünes Carbon Leakage = Abwanderung der Industrie zu Standorten mit besseren Bedingungen zur Förderung/Ausbau von Erneuerbaren Energien/Wasserstoff

Zwar gibt es in der internationalen Staatengemeinschaft Bemühungen um eine weltweite Emissionsminderung¹⁷. Allerdings ist man in der Praxis weit davon entfernt, dass in allen Ländern entsprechende Maßnahmen bestehen, die ein Carbon Leakage vermeiden können bzw. eine Internalisierung der mit den negativen Folgen von Treibhausgasemissionen verbundenen Kosten

¹⁷ Vgl. Pariser Übereinkommen v. 12.12.2015, Dec. 1/CP.21, Annex, UN Doc. FCCC/CP/2015/10/Add.1. Nach den jüngsten Berichten der Vereinten Nationen sind die globalen Emissionen allerdings noch nicht auf Ihrem Höhepunkt und würde eine 25% Reduktion der Treibhausgasemissionen gerade ausreichen um unter der 2°C Grenze zu bleiben. Allerdings scheinen die derzeitigen Anstrengungen eher auf einen Anstieg von 3°C – weit gefehlt von den eigentlichen Zielen – hinauszulaufen. Vgl. *United Nations, Environment Programme, Emissions Gap Report 2019*, (UNEP 2019), S. 3-10.

¹⁸ So auch: *Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, Ein CO₂-Grenzausgleich als Baustein eines Klimaclubs, v. 22.02.2021, S. 5.

¹⁹ Vgl. *EU-Kommission*, Inception Impact Assessment. Ref. Ares(2020)1350037 v.vom 04.03.2020., S. 1.

²⁰ Vorliegende Ausarbeitung fokussiert sich auf die von der EU-Kommission angedachten Ausgestaltungsoptionen. Andere Möglichkeiten, wie etwa der „Klimaclub“

gewährleisten¹⁸. Der Vorschlag für einen CBAM ist entsprechend auch als Beitrag zu diesen Bemühungen zu verstehen: Damit könnte ein Instrument geschaffen werden, dass es erlaubt, die Kosten der CO₂-Emissionen doch noch – zumindest für Produkte die innerhalb der EU gehandelt und verbraucht werden sollen – zu internalisieren und entsprechend Unternehmen weltweit zu veranlassen, ihre Produktion CO₂-ärmer zu gestalten¹⁹.

II. Mögliche Ausgestaltungsoptionen eines CO₂-Grenzausgleichssystems²⁰

Im Rahmen der im Juli 2020 gestarteten Konsultation zum CBAM stellte die EU-Kommission vier unterschiedliche Ausgestaltungsmodelle für einen solchen Mechanismus zur Diskussion²¹:

- ▶ Als Option 1 wurde eine Steuer auf Importe genannt, die an der EU-Außengrenze auf eine Auswahl von Produkten erhoben werden sollte, deren Produktion in Sektoren fällt, die einem hohen Carbon Leakage-Risiko ausgesetzt sind, etwa in Gestalt einer Grenzsteuer oder einer Art Importzoll auf CO₂-intensive Produkte.
- ▶ Option 2 wäre eine Ausweitung des EU-Emissionshandel auf Importe, wobei man ausländische Erzeuger oder Importeure verpflichten würde, Emissionszertifikate für die im Rahmen der Erzeugung der entsprechenden Produkte entstandenen Treibhausgasemissionen zu erwerben.

werden also nicht separat betrachtet. Auch hier wäre eine EU- aber insbesondere auch WTO-rechtliche Kompatibilität zu gewährleisten, was im Falle des Klimaclubs nicht zuletzt aufgrund des Erfordernisses des Art. 24 GATT, nach dem „Außenstehende“ durch einen solchen Club nicht benachteiligt werden dürfen, zu prüfen wäre.

²¹ Ein Grenzausgleichsmechanismus, der nur Exporte aus der EU zum Gegenstand hätte – etwa indem EU-Produkte für den internationalen Wettbewerb in irgendeiner Weise bezuschusst würden, ist dahingegen IV.6. nicht Gegenstand der vorliegenden Betrachtung, selbst wenn auch ein solches System in der Literatur teils diskutiert wurde. Hier bestehen nicht nur große rechtliche Bedenken, sondern die Wirksamkeit eines solchen Mechanismus, zumindest was den Klimaschutz betrifft, ist sehr fraglich. Dazu umfassend: *Evans et al. Border Carbon Adjustments and Industrial Competitiveness in a European Green Deal*, CWPE 2036, 2020.

- ▶ Bei Option 3 würde ein spezieller Pool mit gesonderten Emissionszertifikaten außerhalb des EU-Emissionshandel kreiert, deren Preis jedoch den des EU-Systems reflektieren sollte, aus dem Importeure Zertifikate erwerben müssten.
- ▶ Option 4 würde schließlich in einer generellen „Carbon Tax“ (d. h. Kohlenstoff-Steuer) bestehen, etwa als Verbrauchs- oder Mehrwertsteuer, die auf der Verbraucherebene auf alle Produkte erhoben würde, d. h. sowohl auf Produkte aus dem EU-Ausland als auch aus dem Inland.

Im Rahmen der Konsultation wurde mehrheitlich die erste Option als erfolgsversprechend bewertet, wobei alle vier Optionen als zielführend eingeschätzt wurden²². Im EU-Parlament wurde hingegen Option 3 in Form eines „fiktiven“ EU-Emissionshandel für Importe favorisiert²³.

Die EU-Kommission hatte in ihrem Inception Impact Assessment bereits angekündigt, alle Optionen auf ihre rechtliche und technische Machbarkeit hin untersuchen zu wollen, und zwar hinsichtlich sowohl des EU- als auch des WTO-Rechts²⁴. Dies sollte u. a. auch eine Untersuchung und ggf. Abstimmung mit den schon bestehenden Instrumenten innerhalb der EU beinhalten, insbesondere auch der Regeln bezüglich des CO₂-Gehalts und der entsprechenden Preise, die sich aus dem EU-Emissionshandel ergeben. Auch sollte die mögliche sektorale Reichweite eines CBAM noch weiter untersucht werden²⁵.

Aus juristischer Sicht sind vor allem die ersten beiden Aspekte (d. h. EU- und WTO-Recht) relevant und sollen entsprechend im weiteren Verlauf diskutiert werden. Zwar liegen bis dato noch keine konkreten Vorschläge der EU-Kommission für einen CBAM vor. Diese sind erst für Juli 2021 – dann im Zusammenhang mit den Vorschlägen für die Reform des EU-

Emissionshandel im Rahmen des „Fit for 55“-Pakets²⁶ – vorgesehen. Eine Prüfung kann daher noch nicht im Detail erfolgen. Da aber die wesentlichen Grundzüge bekannt sind (ggf. für unterschiedliche Optionen), können auch die wesentlichen rechtlichen Gesichtspunkte entsprechend beleuchtet werden.

²² *EU-Kommission*, Summary Report Public consultation on the Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM), Ref. Ares(2021)70541 v. 05.01.2021.

²³ *EU Parlament*, A WTO-compatible EU carbon border adjustment mechanism, P9_TA-PROV(2021)0071, v. 10.03.2021. Das Parlament hatte in seinem ursprünglichen Entwurf Bericht von 2016 bereits auf die Einführung eines CBAM durch eine Ausweitung des EHS auf Importe aus dem EU-Ausland plädiert.

²⁴ *EU-Kommission*, Inception Impact Assessment. Ref. Ares(2020)1350037 v. 04.03.2020. S. 2.

²⁵ *EU-Kommission*, Inception Impact Assessment. Ref. Ares(2020)1350037 v. 04.03.2020. S. 2.

²⁶ Vgl. *Pause et al.*, Updates zum Green Deal sowie delegierte Rechtsakte der EU-Kommission am Beispiel der EU-Klimataxonomie, Vortrag Green Deal Erklärt v. 28.05.2021.

C. Rechtliche Einordnung

I. EU-Recht

1. Kompetenz der EU zur Einführung eines CO₂-Grenzausgleichs

Nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung aus Artikel 5 des Vertrags über die Europäische Union (EUV) kann die EU nur dann handeln, wenn sie Kraft der Verträge durch die Mitgliedstaaten dazu ermächtigt worden ist. Entsprechend bedarf es auch für die Einführung eines „EU CBAM“ einer Rechtsgrundlage. Ferner gelten die Prinzipien der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit, nach denen die EU – selbst wenn eine Rechtsgrundlage besteht – ihr Tätigwerden rechtfertigen muss.

a) Mögliche Rechtsgrundlage

Als Rechtsgrundlage kommen insbesondere zwei Bestimmungen in Frage: Die Umweltkompetenz nach Artikel 192 des Vertrags über die Arbeitsweise der Union (AEUV) und die Außenhandelskompetenz nach Artikel 207 AEUV.

Nach Art. 192 AEUV kann die EU im Rahmen des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens umweltpolitische Maßnahmen beschließen, d.h. allgemein Maßnahmen zur „Erhaltung und Schutz der Umwelt sowie Verbesserung ihrer Qualität“, aber insbesondere auch die „Förderung von Maßnahmen auf internationaler Ebene zur Bewältigung regionaler oder globaler Umweltprobleme und insbesondere zur Bekämpfung des Klimawandels“²⁷. Allerdings gilt für Maßnahmen, die „überwiegend

steuerlicher Art“ sind, nach Art. 192 Abs. 2 Buchst. a) AEUV das besondere Gesetzgebungsverfahren, in dem der Rat nach Anhörung des EU-Parlaments einstimmig entscheiden muss.

Die gemeinsame Handelspolitik, die von der EU nach Art. 207 AEUV durch Verordnungen nach dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren geregelt wird, beinhaltet u. a. die Änderung von Zollsätzen²⁸. Allerdings haben Maßnahmen der gemeinsamen Handelspolitik nach Art. 207 Abs. 6 AEUV keine Auswirkungen auf die Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen der Union und den Mitgliedstaaten und führen auch nicht zu einer Harmonisierung von Rechtsvorschriften in den Mitgliedstaaten, sofern eine solche Harmonisierung in den Verträgen ausgeschlossen ist. Damit soll vermieden werden, dass die EU über außenpolitisches Handeln – und damit über eine der ausschließlichen Kompetenzen der EU²⁹ – ihre Kompetenz in Bereichen überschreitet, die im Rahmen der EU-internen Befugnisse mit den Mitgliedstaaten geteilt werden und in denen die EU entsprechend nicht ohne Weiteres über eine Harmonisierungskompetenz verfügt³⁰, wie beispielsweise im Umweltschutz. Für die Einführung eines CBAM bedeutet dies praktisch, dass entsprechende Rechtsgrundlagen für Regelungen innerhalb der EU bestehen müssen, auf Basis derer eine Harmonisierung mitgliedstaatlicher Regelungen möglich bzw. zumindest nicht ausgeschlossen ist³¹.

Aus der vorangegangenen Skizzierung der beiden Bestimmungen wird deutlich, dass die Wahl der richtigen Rechtsgrundlage stark von der Ausgestaltung des CBAM abhängt³².

²⁷ Art. 191 Abs. 1 AEUV.

²⁸ Art. 207 Abs. 2 AEUV.

²⁹ Vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. e) EUV.

³⁰ Zwar ist in der Literatur umstritten, was genau die Beschränkung des Art. 207 Abs. 6 AEUV in der Praxis bedeutet. Dazu ausführlich: Weiß, in: Grabitz/Hilfs/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Werkstand: 71. EL August 2020, Art. 207 AEUV, Rn. 76-85.

³¹ Bei geteilter Regelungskompetenz kann die EU nach den Grundsätzen des Art. 2 Abs. 2 AEUV „gesetzgebend tätig werden und verbindliche Rechtsakte erlassen. Die Mitgliedstaaten nehmen ihre Zuständigkeit wahr, sofern und soweit die Union ihre Zuständigkeit

nicht ausgeübt hat. Die Mitgliedstaaten nehmen ihre Zuständigkeit erneut wahr, sofern und soweit die Union entschieden hat, ihre Zuständigkeit nicht mehr auszuüben.“ Entsprechend ist – sofern eine Harmonisierung nicht explizit ausgeschlossen ist – eine solche durch die EU möglich; erfolgt diese nicht, so verbleibt legislativer Umsetzungsspielraum für die Mitgliedstaaten. Dazu umfassend: Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Werkstand: 71. EL August 2020, Art. 2 AEUV, Rn. 22-31.

³² Nach der Rechtsprechung des EuGHs ist eine doppelte Rechtsgrundlage nur in Ausnahmefällen zulässig, wenn diese tatsächlich beide Ziele gleichwertig verfolgen, und nur insofern die Rechte des EU-Parlaments

Zwar ist generell das Ziel der Maßnahme für die Wahl der Rechtsgrundlage entscheidend. Allerdings ergibt sich aus dem Anwendungsbereich der Optionen bereits, dass für Option 4 (allgemeine CO₂-Steuer) die Außenhandelskompetenz nach Art. 207 AEUV nicht greifen kann; hier handelt es sich nicht primär um eine außenhandelspolitische Maßnahme, die zunächst nur Importe betrifft, sondern prinzipiell um eine neue Regelung bzw. Besteuerung, die auch für auch EU-Produkte gelten würde.

Was die Optionen 1 (Importsteuer), 2 (Ausweitung des EU-Emissionshandel auf Importe) und Option 3 (eigener Emissionshandel für Importe) betrifft, scheint Art. 207 AEUV hingegen als Rechtsgrundlage möglich. Zwar ist eine Materie betroffen (der Klimaschutz), die auch innerhalb der Union geregelt ist (u. a. durch das EU-Emissionshandel), allerdings würden die drei Optionen alle „an der Grenze“ ansetzen und damit primär auf die gemeinsame Handelspolitik der Union abzielen. Dies schließt im Übrigen nicht den Klimaschutzcharakter der Maßnahme aus: Immerhin ist die gemeinsame Handelspolitik nach den Zielen der Union – wozu ausdrücklich der Umweltschutz zählt – auszurichten. Allerdings ist nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) stets zu prüfen, welcher Aspekt der Maßnahme überwiegt (Schwerpunkttheorie³³), d. h. ob es sich primär um eine Außenhandelsmaßnahme handelt, etwa mit dem Hauptziel, die EU-Industrie im internationalen Wettbewerb nicht zu benachteiligen, oder ob die EU damit einen Beitrag zum internationalen Klimaschutz leisten

will – im Zweifelsfall wäre ggf. jedoch auch eine doppelte Rechtsgrundlage denkbar³⁴.

Die Kompetenzschränke des Art. 207 Abs. 6 AEUV ist für die Einführung eines CBAM nach diesen Optionen wenig problematisch: Zwar sind inländische Produkte bei allen drei Optionen nicht betroffen, jedoch hätte die EU in den Bereichen Energie/Umwelt/Steuern entsprechende Kompetenzen, um eine solche einzuführen (Option 1), bzw. wurde der EU-Emissionshandel bereits auf Basis entsprechender Kompetenzen geschaffen (Optionen 2-3). Ausgeschlossen ist damit eine Harmonisierung in diesem Bereich nicht³⁵, selbst wenn im Bereich der Steuern ggf. besondere Mehrheitsvoraussetzungen gelten. Somit sollten diese Optionen, vorausgesetzt sie werden dem Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gerecht, prinzipiell und auch über das ordentliche Gesetzgebungsverfahren mit Mehrheitsentscheidungen auf Basis dieser Rechtsgrundlage umgesetzt werden können.

Allerdings plant die Kommission wohl, den CBAM auf Art. 192 AEUV und damit auf die Umweltkompetenz zu stützen und somit den internationalen Klimaschutz als Hauptziel zu wählen³⁶, was in der internationalen politischen Kommunikation einen Vorteil bieten könnte³⁷. Damit würde sich je nach Ausgestaltung jedoch die Frage stellen, ob es sich nach Art. 192 Abs. 2 Buchst. a) AEUV um eine Vorschrift „überwiegend steuerliche[r] Art“ handelt. In diesem Falle wäre Einstimmigkeit im Rat erforderlich³⁸. Andernfalls kann im

im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens geschützt bleiben Vgl. EuGH, Rs. C-281/01, Energy-Star-Abkommen, Wahl der Rechtsgrundlage, Urt. v. 12.12.2002, Rn. 33-35 mit Nennung weiterer Rechtsprechung.

³³ Vgl. *Kahl*, Alte und neue Kompetenzprobleme im EG-Umweltrecht – Die geplante Richtlinie zur Förderung Erneuerbarer Energien, NVwZ 2009, 266.

³⁴ Vgl. *Pauwelyn/Kleimann*, Trade Related Aspects of a Carbon Border Adjustment Mechanism: Legal Assessment, Studie für das EU-Parlament, INTA Ausschuss, 2020, S. 16 f.

³⁵ Zumindest im Umweltbereich ist das Caveat, dass Maßnahmen die die Souveränität der Mitgliedstaaten im Energiebereich nicht einschränken dürfen nach Art. 192 Abs. 2 Buchst. c AEUV kein absolutes, sondern durch Einstimmigkeit zu lösen. Zur – möglichen – Bedeutung des Art. 194 Abs. 2 S. 2 AEUV vgl. *Johnson/van der Marel*, Ad Lucem? Interpreting the New EU Energy Provision, and in particular the Meaning of Article 194(2) TFEU, European Energy and Environmental Law Review, Volume 22, Issue 5 (2013) pp. 181-199. Allerdings

scheint – nach dem Vorbild des EHS – eine Maßnahme zur CO₂ Bepreisung wohl eher unter „Umweltschutz“ als in den Energiebereich fallen, womit Art. 194 AEUV für die vorliegende Betrachtung außen vorgelassen wird.

³⁶ In den vergangenen Wochen hatte die EU-Kommission immer wieder betont, dass der CBAM keine handelspolitische, sondern eine Umweltschutzmaßnahme sein wird.

³⁷ Immerhin wird auch jenseits von WTO-rechtlichen Bedenken das politische Signal einer CBAM-Maßnahme, welches als Protektionismus aufgefasst werden könnte, als problematisch für die internationalen Handelsbeziehungen der EU eingeschätzt. Vgl. Etwa *Zachmann/McWilliams*, A European carbon border tax: much pain, little gain, Bruegel, Policy Contribution v. 05.03.2020, S. 10 f.

³⁸ Vgl. Carbon Pulse Mitteilung, Brussels leaning towards 'notional' ETS for carbon border measure, says EU trade Chief, carbon-pulse.com/121863. Dort ist von Einstimmigkeit die Rede, was aber nach hiesiger

ordentlichen Gesetzgebungsverfahren mit Mehrheit entschieden werden³⁹. Für Option 1 als Importsteuer scheint der Tatbestand der Steuer klar und somit das besondere Gesetzgebungsverfahren mit Einstimmigkeit festzustellen. Auch Option 4 ist als (Verbrauchs-)Steuer deklariert und die entsprechende Einordnung unproblematisch, was ebenso zu einem Einstimmigkeitserfordernis führen würde⁴⁰. Allerdings scheint die EU-Kommission zu erwägen, die sog. Passerelle-Klausel heranzuziehen. Danach entscheidet der Rat einmalig einstimmig darüber, dass auch ein Mehrheitsentscheid im Gesetzgebungsverfahren ausreichend ist⁴¹.

Was die Einordnung der beiden „Emissionshandels-Optionen“ 2 und 3 betrifft, vertritt der EuGH bislang die Auffassung, dass es sich beim EU-Emissionshandel nicht um eine Steuer handelt⁴², so dass das ordentliche Gesetzgebungsverfahren nach Art. 192 Abs. 1 AEUV einschlägig wäre⁴³ – wie im Übrigen auch für die anstehenden Reformen des EU-Emissionshandel.

Somit sind alle Ausgestaltungsmöglichkeiten (auch) über die Umweltschutzkompetenz nach Art. 192 AEUV möglich. Zwar ist zu bezweifeln, dass allein der Umstand, dass die EU sich bei der Ausgestaltung des CBAM (ungeachtet des konkreten Designs) auf den Umweltschutz stützt, die WTO-rechtlichen Bedenken komplett ausräumen. Eine Kommunikation, die gezielt auf die Umsetzung des Pariser Klimaschutzabkommen und den Beitrag der EU zur Begrenzung der Erderwärmung abstellt, vermag die Opposition internationaler Handelspartner zumindest – im Vergleich zu

einer reinen außenhandelsbasierten Begründung – aber vermutlich abzuschwächen⁴⁴.

b) Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit

Nach Art. 5 Abs. 3 EUV ist unter dem Prinzip der Subsidiarität zu verstehen, dass die Union in allen Bereichen, in denen sie sich mit den Mitgliedstaaten Gesetzgebungskompetenzen teilt, nur tätig werden darf, „sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind“. Während es sich bei der gemeinsamen Handelspolitik nach Art. 207 AEUV um eine ausschließliche Kompetenz (vgl. Art. 3 AEUV) handelt, und dieses Prinzip somit nicht zur Anwendung kommt, ist es für Handlungen auf Basis des Art. 192 AEUV relevant.

Will die EU also einen CBAM auf Basis dieser Rechtsgrundlage erlassen, so muss nachvollziehbar sein, dass Maßnahmen der Mitgliedstaaten nicht ausreichend wären. Die EU-Kommission schreibt dazu in ihrem Inception Impact Assessment noch nichts Konkretes⁴⁵. Betrachtet man allerdings die Ausgestaltungsoptionen bzw. das Instrument des CBAM als solches, wird bereits deutlich, dass eine solche Maßnahme durch die Mitgliedstaaten wohl – wenn überhaupt – nur schwerlich möglich wäre. Diese Annahme wird auch durch die Ausführungen der EU-Kommission zur EU-Emissionshandel Reform unterstützt: Hier

Ansicht zumindest für Option 3, d. h. den fiktiven EHS, nicht notwendig wäre. Die Möglichkeit anerkennend auch das EU-Parlament, vgl. *EU-Parlament, A WTO-compatible EU carbon border adjustment mechanism*, P9_TA-PROV(2021)0071, v. 10.03.2021, welches allerdings einen national EHS nach Option 3 – nicht zuletzt aus diesen Gründen – gegenüber einer Steuer bevorzugt.

³⁹ So auch: *DIW, Border Carbon Adjustments and Alternative Measures for the EU ETS*, Discussion Paper 1855, 2020, S. 6. Offenbar annehmend, dass das EHS zwar eine „überwiegend steuerliche Maßnahme“ darstellt, aber vom EuGH keine Beanstandung erwartend, sollte man im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren vorgehen: Merkle, *Rechtliche Fragen einer Carbon Border Tax*, ZUR 12/2020, 658, S. 663.

⁴⁰ Auch: *Pauwelyn/Kleimann, Trade Related Aspects of a Carbon Border Adjustment Mechanism: Legal Assessment*, Studie für das EU-Parlament, INTA Ausschuss, 2020, S. 13.

⁴¹ Art. 192 Abs. 2 S. 2 AEUV. Dazu: *Pauwelyn/Kleimann, Trade Related Aspects of a Carbon Border Adjustment Mechanism: Legal Assessment*, Studie für das EU-Parlament, INTA Ausschuss, 2020, S. 13.

⁴² Vgl. Die Schlussanträge der Generalanwältin Kokott, wie auch im Endeffekt das Urteil des EuGHs in der Rs. C-366/10, IATA, Urt. v. 21.12.2011.

⁴³ Vgl. *EU-Kommission, Inception Impact Assessment, Amendment of the EU Emission Trading System*, Ref. Ares(2020)6081850 - 29/10/2020. Auch: *Pauwelyn/Kleimann, Trade Related Aspects of a Carbon Border Adjustment Mechanism: Legal Assessment*, Studie für das EU-Parlament, INTA Ausschuss, 2020, S. 11.

⁴⁴ Vgl. im Folgenden ausführlicher IV. 4. bzw. IV. 7.

⁴⁵ *EU-Kommission, Inception Impact Assessment, Amendment of the EU Emission Trading System*, Ref. Ares(2020)6081850 v. 29.10.2020, S. 1.

wird explizit auf den grenzüberschreitenden Charakter des Problems „Klimaschutz“ abgestellt und darauf verwiesen, dass Anstrengungen auf allen Ebenen notwendig sind, wobei insbesondere durch die EU auf internationaler und EU-Ebene entsprechende Anstrengungen und Maßnahmen notwendig seien⁴⁶.

Vielmehr stellt sich bei der Einführung eines CBAM die Frage der Verhältnismäßigkeit, nämlich ob das Handeln der EU hier nicht über das hinaus geht, was zur Erreichung ihrer im Vertrag niedergelegten Ziele notwendig ist. Hier geht es also um die Wirkweise und Zweckmäßigkeit des CBAM als solchen. Dies wird in der Literatur vielfältig diskutiert⁴⁷ – und auch die EU-Kommission stellt eigene Untersuchungen dazu an. Es handelt sich dabei allerdings nicht um eine juristische Fragestellung, so dass die definitive Antwort darauf dem Betrachtungsrahmen des vorliegenden Berichts entzogen ist. Vielmehr wird für die folgenden Ausführungen angenommen, dass ein CBAM zur Erreichung der Ziele der EU – als Maßnahme zur Minderung des Carbon Leakage Problems sowohl in Klimaschutz- als auch industriepolitischer Hinsicht – beitragen und somit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechen kann.

c) Haushaltsvorschriften bezüglich Verwendung des Aufkommens aus einem CO₂-Grenzausgleichssystem

Die Einnahmen aus einem CBAM sollen als neue Eigenmittel in den EU-Haushalt fließen⁴⁸. Geplant ist, damit unter anderem die Kosten zu decken, die der Union durch die zwischenzeitliche Aufnahme neuer Gelder im Zusammenhang mit der COVID-19-

Pandemie entstehen, sowie generell Maßnahmen zu finanzieren, die den Zielen der Union dienen. Die Schätzungen bezüglich der möglichen Einnahmen sind dabei vorsichtig gewählt und man geht davon aus, dass der EU-Haushalt mit Schwankungen bei den Einnahmen aus dieser neuen Quelle auch umgehen könnte. Eine Abhängigkeit von diesen neuen Mitteln soll also vermieden werden⁴⁹. Zwar zählt zu den Zielen der Union, deren Erreichen aus dem Haushalt finanziert werden soll, auch der Klimaschutz. Eine besondere Mittelbindung ist jedoch derzeit nicht vorgesehen, was zumindest teils kritisiert wird⁵⁰. Angesichts des noch unsicheren Aufkommens aus dem CBAM scheint es jedoch derzeit zu früh, über eine mögliche Mittelbindung nachzudenken.

Ohne eine solche spezielle Mittelbindung, die zunächst über den Mehrjährigen Finanzrahmen und dann den Haushalt zu erfolgen hätte, unterstehen die Einnahmen aus dem CBAM den allgemeinen Regeln für die Mittelverwendung der EU. Hier ist insbesondere auf die Haushaltsdisziplin hinzuweisen⁵¹, nach der die EU ihre Ausnahmen umsichtig prüfen und rechtfertigen muss, um eine effiziente Nutzung der Gelder zu gewährleisten⁵².

d) Bedeutung des EU-Eigenmittelsystems

Ungeachtet der Wahl der Rechtsgrundlage stellt sich auch die Frage, ob die EU sich durch einen CBAM neue Finanzmittel beschaffen darf. Auch wenn dies nicht das primäre Ziel der Maßnahme zu sein scheint, gehen sowohl die EU-Kommission als auch

⁴⁶ Vgl. *EU-Kommission*, Inception Impact Assessment, Amendment of the EU Emission Trading System, Ref. Ares(2020)6081850 v 29.10.2020, S. 3.

⁴⁷ Kritisch bspw. *Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi)*, Ein CO₂-Grenzausgleich als Baustein eines Klimaclubs, 22.02.2021, S. 12 ff.

⁴⁸ Vgl. Interinstitutional Agreement between the European Parliament, the Council of the European Union and the European Commission on budgetary discipline, on cooperation in budgetary matters and on sound financial management, as well as on new own resources, including a roadmap towards the introduction of new own resources Interinstitutional Agreement of 16 December 2020 between the European Parliament, the Council of the European Union and the European Commission on budgetary discipline, on cooperation in budgetary matters and on sound financial

management, as well as on new own resources, including a roadmap towards the introduction of new own resources, ABl. L 433 I v. 22.12.2020.

⁴⁹ Vgl. dazu : *EU-Parlament*, A WTO-compatible EU carbon border adjustment mechanism, P9_TA-PROV(2021)0071 vom 10.03.2021, Rn. 35.

⁵⁰ So wird insbesondere von der Industrie vertreten, dass Gelder aus dem CBAM dazu genutzt werden sollten, die Dekarbonisierung der (Schwer-)Industrie voran zu treiben. Vgl. dazu etwa: O-Donoghue, Comments to the EU Parliament's Own initiative report on a CBAM, 11.03.2021, abrufbar unter: <https://ercst.org/event/border-carbon-adjustment-in-the-eu-european-parliament-own-initiative/> (zuletzt besucht: 12.03.2021).

⁵¹ Vgl. Art. 310 AEUV.

⁵² Dazu auch: *Waldhoff*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 310 AEUV.

der Europäische Rat⁵³ und das EU-Parlament⁵⁴ davon aus, dass das Aufkommen aus einem CBAM als sogenannte „neue Eigenmittel“ gelten und damit der Union zur Verfügung stehen könnten.

Die Haushaltsregeln der Union sehen allerdings ein geschlossenes System der finanziellen Eigenmittel vor, d. h. es können nicht jederzeit beliebig – etwa durch Steuern und Abgaben – neue Einnahmen generiert werden⁵⁵. Vielmehr müssen über einen Eigenmittelbeschluss die Einnahmequellen definiert werden, um die jeweils für den Haushalt erforderlichen Mittel aufzubringen, wobei der Haushalt der Union generell einer Haushaltsdisziplin untersteht⁵⁶. Demnach müssen bei der Aufstellung des Haushaltsplans der mehrjährige Finanzrahmen sowie der jeweilige Beschluss über das Eigenmittelsystem der EU eingehalten werden⁵⁷. Des Weiteren werden *„Rechtsakte der Union, deren Umsetzung zu einer Überschreitung der im Haushaltsplan verfügbaren Mittel führt (...) finanziell nicht ausgeführt, bis der Haushaltsplan entsprechend geändert worden ist“*⁵⁸. Damit ist die Verwendung von Haushaltsmitteln streng reguliert und Ausgaben müssen im Voraus geplant bzw. durch den Rat und das EU-Parlament abgesegnet werden.

Derzeit setzen sich die Eigenmittel der Union aus den sog. „traditionellen Eigenmitteln“⁵⁹, einem Anteil der Mehrwertsteuererinnahmen der Mitgliedstaaten, einem über das Haushaltsverfahren festgelegten

Beitrag der Mitgliedstaaten sowie seit 2020 neu einem Beitrag der Mitgliedstaaten, der sich aus den nicht recycelten Verpackungsabfällen für Kunststoff ergibt, zusammen⁶⁰.

Für einen möglichen CBAM bedeutet dies, dass, sofern dieser Mechanismus genutzt werden soll, um neue Eigenmittel für die Union zu generieren, dass durch den Rat erst ein entsprechender Eigenmittelbeschluss nötig ist. Diesbezüglich schreibt Art. 311 Abs. 3 S. 1 AEUV vor, dass der Beschluss im besonderen Gesetzgebungsverfahren nach Anhörung des EU-Parlaments einstimmig gefasst werden muss. Damit kommt zu den oben diskutierten Voraussetzungen bezüglich der Rechtsgrundlage noch eine weitere Verfahrenskomponente hinzu: Nicht nur für den CBAM müssen entsprechende Mehrheiten bzw. Einstimmigkeit im Rat herrschen, sondern auch für dessen Funktion zur Eigenmittelbeschaffung. Diese Anforderung ist dann auch unabhängig von der Ausgestaltungsoption, sondern entsteht generell soweit die Einnahmen aus dem CBAM in den EU-Haushalt fließen sollen.

Der Europäische Rat hat in seinen Schlussfolgerungen aus dem Juli 2020 dann auch bereits ausdrücklich erklärt, dass man auf einen solchen Beschluss hinarbeiten wolle – und Einnahmen aus dem CBAM ab 2023 als neue Eigenmittel genutzt werden können sollten⁶¹. Die EU-Kommission scheint

⁵³ Vgl. *Europäischer Rat*, Schlussfolgerungen vom 21.07.2020 EUCO 10/20, Rn. A29, Rn. 147.

⁵⁴ Vgl. *EU-Parlament*, A WTO-compatible EU carbon border adjustment mechanism, P9_TA-PROV(2021)0071, v. 10.03.2021, Rn. 32 ff.

⁵⁵ Vgl. dazu umfassend: *Magiera*, in: Grabitz/Hilfs/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Werkstand: 71. EL August 2020, Art. 311 AEUV, Rn. 9ff.

⁵⁶ Vgl. dazu: *Schoo*, in: Schwarze/Becker/Hatje/Schoo, EU-Kommentar, 4. Auflage 2019, Art. 301 AEUV, Rn. 24/25.

⁵⁷ Vgl. *EU-Kommission*, Haushaltsordnung für den Gesamthaushaltsplan der Union (2019), Art. 54.

⁵⁸ Ebd. Art. 55. Des Weiteren muss die Kommission laut der Institutionellen Vereinbarung vom 2. Dezember 2013 zwischen dem Europäischen Parlament, dem Rat und der Kommission über die Haushaltsdisziplin, die Zusammenarbeit im Haushaltsbereich und die wirtschaftliche Haushaltsführung 2013/C373/01 einen Jahresbericht mit einer Übersicht über die finanziellen und haushaltstechnischen Folgen verschiedener Tätigkeiten der EU erstellen, ungeachtet dessen, ob diese aus dem EU Haushalt oder anderweitig finanziert werden.

Siehe *Milicevic*, Kurzdarstellungen des Europäischen Parlaments, Die Ausgaben der Europäischen Union (2020), S. 2.

⁵⁹ Darunter werden Mittel *„in Form von Abschöpfungen, Prämien, Zusatz- oder Ausgleichsbeträgen, zusätzlichen Teilbeträgen und anderen Abgaben, Zöllen des Gemeinsamen Zolltarifs und anderen Zöllen auf den Warenverkehr mit Drittländern, die von den Organen der Union eingeführt worden sind oder noch eingeführt werden, Zöllen auf die unter den ausgelaufenen Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl fallenden Erzeugnisse sowie Abgaben, die im Rahmen der gemeinsamen Marktorganisation für Zucker vorgesehen sind“*, verstanden, vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. a) Beschluss (EU, Euratom) 2020/2053 des Rates über das Eigenmittelsystem der Europäischen Union und zur Aufhebung des Beschlusses 2014/335/ EU, Euratom, ABl. L424/1 vom 15.12.2020.

⁶⁰ Art. 2 Abs. 1 Beschluss (EU, Euratom) 2020/2053 des Rates über das Eigenmittelsystem der Europäischen Union und zur Aufhebung des Beschlusses 2014/335/ EU, Euratom, ABl. L424/1 vom 15.12.2020.

⁶¹ Vgl. *Europäischer Rat*, Schlussfolgerungen v. 21.07.2020 EUCO 10/20, Rn. A29, Rn. 147.

dies ebenso einzuplanen⁶², u. a. um die durch die COVID19-Pandemie benötigten Mehrausgaben abzudecken⁶³. Mit der Interinstitutionellen Vereinbarung vom 16. Dezember 2020 ist dies dann auch geschehen: Darin haben sich die Organe geeinigt, den Weg für neue Eigenmittel für den EU-Haushalt unter anderem über ein CO₂ Grenzausgleichssystemmöglich zu machen. Die EU-Kommission soll demnach bis Juni 2021 Vorschläge vorlegen, mit dem Ziel, ab 2023 auf die neuen Eigenmittel zugreifen zu können. Das Aufkommen soll dabei u.a. genutzt werden, um die durch die COVID-19-Pandemie benötigten Mehrausgaben abzudecken⁶⁴.

2. Einbettung eines CBAM in das bestehende EU-System des Carbon Leakage-Schutzes

Sind die Rechtsgrundlagen geklärt, ein entsprechender Eigenmittelbeschluss gefasst und die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit berücksichtigt, stellen sich für die Ausgestaltung des CBAM allerdings noch weitere primär- und sekundärrechtliche Fragen. Diese betreffen die Auswirkungen eines solchen Mechanismus auf die bereits bestehenden Maßnahmen zur Vermeidung von Carbon Leakage und hier insbesondere den EU-Emissionshandel als Hauptinstrument zur CO₂-Bepreisung und die darin vorgesehene sogenannte „freie Allokation“. Darüber hinaus sind auch das Beihilferecht – als Möglichkeit für die Mitgliedstaaten Wettbewerbsfähigkeit zu adressieren- sowie ggf. die Warenverkehrsfreiheit zu betrachten.

a) EU-Emissionshandel und freie Allokation

Im Rahmen des EU-Emissionshandel besteht bereits ein Instrument, mit dem die Gefahr eines vermeintlichen Carbon Leakage gemindert werden soll. Die sogenannte „freie Allokation“ bezeichnet den auch für die kommende Handelsperiode fortbestehenden Mechanismus des EU-Emissionshandel, nach dem die Mitgliedstaaten für bestimmte Unternehmen und nach von der EU vorgegebenen und (abschließend) harmonisierten Regeln⁶⁵ kostenlose Emissionsberechtigungen ausgeben werden. Umstritten ist, ob diese freie Allokation, die im Wesentlichen Carbon Leakage gefährdeten energieintensiven Industrien zu Gute kommen soll, noch notwendig ist, wenn die EU einen CBAM einführt und damit einen CO₂-Preis für alle anderen Produkte aus dem internationalen Wettbewerb. Immerhin könnte man argumentieren, dass damit ein „Level Playing Field“ entsteht und die freie Allokation bzw. auch andere Maßnahmen zur Vermeidung wettbewerblicher Nachteile der betroffenen Industrien, nicht mehr notwendig sind⁶⁶. Allerdings besteht dieses Level Playing Field wohl nur innerhalb der EU und gilt nicht für Exporte aus der EU ins EU-Ausland, weswegen andere argumentieren, dass die freie Allokation für die Aufrechterhaltung von EU-Produkten auf dem internationalen Markt weiterhin notwendig sein wird⁶⁷.

Eine Antwort auf diese Frage kann im Rahmen der vorliegenden juristischen Bewertung nicht gegeben werden. Vielmehr wird es der EU-Kommission obliegen, im Rahmen der Rechtfertigung der

⁶² Vgl. u. a. u. a. *EU-Kommission*, Die Stunde Europas – Schäden beheben und Perspektiven für die nächste Generation eröffnen, COM (2020) 546 final, v. 27.05.2021.

⁶³ Vgl. *Europäischer Rat*, Schlussfolgerungen v. 21.07.2020 EUCO 10/20, Rn. A29, Rn. 147.

⁶⁴ Interinstitutional Agreement between the European Parliament, the Council of the European Union and the European Commission on budgetary discipline, on cooperation in budgetary matters and on sound financial management, as well as on new own resources, including a roadmap towards the introduction of new own resources Interinstitutional Agreement of 16 December 2020 between the European Parliament, the Council of the European Union and the European Commission on budgetary discipline, on cooperation in budgetary matters and on sound financial management, as well as on new own resources, including a roadmap towards the introduction of new own resources, ABl. L

433 I, v. 22.12.2020, Anhang II, Auch: *EU-Parlament*, A WTO-compatible EU carbon border adjustment mechanism, P9_TA-PROV(2021)0071, v. 10.03.2021, Rn. 34 f.; *EU-Kommission*, Die Stunde Europas – Schäden beheben und Perspektiven für die nächste Generation eröffnen, COM(2020) 546 final v. 27.05.2020.

⁶⁵ Umfassend zu der Frage, welche Maßnahmen durch die Mitgliedstaaten im Bereich des Emissionshandels noch getroffen werden können, etwa: *Rodi/Stäsche et al.*, Rechtlich-institutionelle Verankerung der Klimaschutzziele der Bundesregierung, Juni 2015, S. 243 ff.

⁶⁶ Die EU-Kommission hatte dies im Rahmen des Inception Impact Assessment zum CBAM aber auch generell im Rahmen der Reform des EU EHS zumindest anklingen lassen.

⁶⁷ Vgl. etwa: *Evans et al.* Border Carbon Adjustments and Industrial Competitiveness in a European Green Deal, CWPE 2036, 2020.

Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen (sowohl des CBAM als auch der freien Allokation) zu untersuchen, ob und inwieweit beides notwendig ist, um die internationale Wettbewerbsfähigkeit aufrechtzuerhalten⁶⁸.

b) Warenverkehrsfreiheit und Beihilferecht

Zwar betreffen die Bestimmungen des AEUV etwa zur Warenverkehrsfreiheit und dem Beihilferecht im Wesentlichen Maßnahmen der Mitgliedstaaten, die drohen, den Wettbewerb zu verfälschen und den Handel innerhalb der EU zu behindern. Allerdings haben auch die EU-Institutionen bei ihren Handlungen diese Vorgaben zu berücksichtigen; auch ist für (sekundäre) EU-Gesetzgebung eine Kompatibilität mit dem Recht der Verträge erforderlich⁶⁹.

Was die Einführung eines CBAM betrifft, sollte also insbesondere geprüft werden,

- ▶ wie sich ein solcher Mechanismus zu den Vorgaben des Beihilferechts verhält; und
- ▶ ob die Ausgestaltungsoptionen keine (de facto) mengenmäßigen Beschränkungen zwischen den Mitgliedstaaten kreieren oder zumindest erleichtern.

Dabei wird es weniger um den Außenhandelsaspekt – also die Bepreisung von importierten Produkten – gehen, sondern eher darum, wie speziell bei Ausgestaltungsoption 4 (allgemeine CO₂-Steuer) mit EU-Produkten verfahren wird.

aa) Beihilferecht

Während die EU auch die Grundfreiheiten zu beachten hat, sind die beihilferechtlichen Vorgaben per definitionem nur anwendbar auf Vorteile, die „staatlich oder aus staatlichen Quellen“, d. h. durch die Mitgliedstaaten gewährt werden⁷⁰.

Was den CBAM betrifft, ist dann auch weniger dessen Design auf EU-Ebene relevant. Vielmehr stellt sich – nicht zuletzt ob der Parallele zum Emissionshandel, in dem ebenso ein Preis für CO₂-Emissionen generiert wird – die Frage, ob Maßnahmen, mit denen die Mitgliedstaaten Unternehmen von etwaigen Auswirkungen des CBAM entlasten wollen, beihilferechtlich zulässig sein könnten⁷¹.

Bei den Ausgestaltungsoptionen 1 bis 3 ist diese Problematik allerdings nur bedingt relevant; immerhin sollen hier Produkte aus dem EU-Ausland (auf die ein oder andere Weise) einer zusätzlichen CO₂-Bepreisung ausgesetzt werden⁷². Bei Option 4 allerdings würden auch Produkte aus den EU-Mitgliedstaaten einer neuen CO₂-Steuer unterworfen, die sie ggf. (sofern der Wirtschaftszweig dem EU-Emissionshandel untersteht) zusätzlich zu den Kosten für den Erwerb von entsprechenden Emissionszertifikaten zu entrichten hätten.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass bereits im bestehenden EU-Emissionshandel für bestimmte Unternehmen Begünstigungsbestände bestehen, die es den Mitgliedstaaten ermöglichen, über staatliche Beihilfen die Kostenlast zu mindern. Die EU-Kommission hat diesbezüglich Leitlinien

⁶⁸ Die EU-Kommission hat dazu eigene Studien angekündigt und jüngst verlautbaren lassen, dass sie davon ausgeht, die Freie Allokation zumindest langfristig nicht fortführen zu wollen. Gleichzeitig hat die EU-Kommission mit der neuen Verordnung 2021/447/EU vom 15.03.2021 bereits jetzt – d. h. ohne einen CBAM – die Benchmarks für die Freie Allokation angeschärft. Im Bericht des EU-Parlaments wird die EU-Kommission zur Untersuchung der Notwendigkeit des Fortbestehens der Freien Allokation (sei es in Form von Export Rabattes) aufgerufen; allerdings wird eine solche zumindest nicht (mehr) ausgeschlossen, auch wenn ein solches Phase-Out ursprünglich vom Umweltausschuss vorgeschlagen worden war. *EU-Parlament, A WTO-compatible EU Carbon border adjustment mechanism*, P9_TA-PROV(2021)0071, v. 10.03.2021, Rn. 28 f.

⁶⁹ Zur Bindung des EU-Gesetzgebers an die Grundfreiheiten, vgl. EuGH verb. Rs. 80 u. 81/77 – Ramel – Rn. 927 ff.; in der Literatur etwa: *Tietje*, in: Grabitz/Hilfs/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Werkstand: 71. EL August 2020, Art. 114 AEUV, Rn. 48-53; auch: *Stein*,

Die Grundfreiheiten müssen „Freiheiten“ bleiben! – Nochmals zu Tabakwerbeverbot und Gemeinschaftskompetenzen, *EuZW* 2000, 337.

⁷⁰ Vgl. *von Wallenberg/Schütte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 72. EL Februar 2021, AEUV Art. 107 Rn. 128

⁷¹ In diesem Zusammenhang ist auch die ausstehende Reform der EU-Energiesteuerrichtlinie relevant: Sollte hier eine zusätzliche CO₂-Bepreisungskomponente eingeführt werden und durch die Mitgliedstaaten umgesetzt sein, stellt sich verstärkt die Frage nach möglichen Befreiungen/Entlastungen, die (voraussichtlich) im beihilferechtlichen Rahmen zu klären sein wird.

⁷² Allerdings ist anzunehmen, dass das System der freien Allokation bzw. generell das bestehende Beihilferegime für Carbon Leakage gefährdete Unternehmen im Rahmen des EHS weiter beibehalten würde. So zumindest: *Evans et al.*, *Border Carbon Adjustments and Industrial Competitiveness in a European Green Deal*, *CWPE* 2036, 2020.

erlassen, sowohl speziell für EU-Emissionshandel-bezogene staatliche Beihilfen⁷³, als auch im Rahmen der Umwelt- und Energiebeihilfeleitlinien (UEBLL)⁷⁴. Beihilfen müssen jedoch immer erforderlich, geeignet und angemessen sein, um ein bestimmtes Ziel zu erreichen und dürfen auch nicht über das Minimum hinaus gehen, das zum Erreichen dieses Ziels notwendig ist⁷⁵.

Würde mit dem CBAM als allgemeiner CO₂-Steuer (Option 4) noch eine zusätzliche CO₂-Bepreisungskomponente hinzukommen, ist es wahrscheinlich, dass die Mitgliedstaaten auch hier wegen der Gefahr der Unternehmensabwanderung einen Ausgleich gewähren wollen. Zumal mit dem EU-Emissionshandel und der neuen CO₂-Steuer nun eine doppelte CO₂-Bepreisung für EU-Produkte bestehen würde – und damit weiterhin eine Schlechterstellung der EU-Industrie im internationalen Wettbewerb, da importierte Produkte „nur“ mit der neuen CO₂-Steuer aus dem CBAM getroffen würden. Zwar wäre dies grundsätzlich auch auf EU-Ebene denkbar; so könnte die EU die Gelder, die sie mit dem CBAM einnimmt, an die betroffenen Unternehmen zurückerstatten oder verteilen. Allerdings könnte dies zum Vorwurf einer „unechten“ Gleichbehandlung und damit zu WTO-rechtlichen Problemen führen⁷⁶. Entsprechend ist es naheliegender, dass eine wie auch immer geartete Kompensation über Beihilfen durch die Mitgliedstaaten vorgenommen würde.

Aber selbst wenn – nach den Optionen 1 bis 3 – EU Unternehmen nicht mit einer zusätzlichen Steuer belastet würden, sondern weiterhin „nur“ dem EU-Emissionshandel unterstünden, stellt sich für staatliche Beihilfen durch die Mitgliedstaaten die Frage der Kompatibilität: Dann geht es nicht so sehr um neue – im Sinne von zusätzlichen – Beihilfen, sondern vielmehr darum, ob mit der Einführung eines neuen Mechanismus zur Minderung von Carbon Leakage – hier verstanden als Maßnahme zum Schutz der Wettbewerbsfähigkeit der EU-Industrie im

internationalen Vergleich – die bestehenden Ausnahmen für jene Unternehmen noch fortbestehen können. Immerhin würde sich durch einen CBAM die Carbon Leakage-Gefahr mindern und die staatlichen Beihilfen ggf. nicht mehr notwendig sein.

Wenn der CBAM eine gewisse Gleichberechtigung im internationalen Wettbewerb für EU-Unternehmen schafft und das Carbon Leakage-Problem somit mindert, stellt sich offensichtlich die Frage, ob die Voraussetzungen für das Gewähren staatlicher Beihilfen hier überhaupt noch erfüllt sind, und wenn ja, ob dann nicht zumindest ein geringerer Vorteil bzw. eine abgespeckte Beihilfe ausreichend sein könnte. Die Einführung eines CBAM wird also – ungeachtet der Ausgestaltungsform – nach aller Wahrscheinlichkeit Auswirkungen auf den Beihilferechtsrahmen insbesondere für Unternehmen haben, die derzeit als Carbon Leakage gefährdet gelten.

bb) Warenverkehrsrecht

Nach Art. 30 AEUV sind „*Ein- und Ausfuhrzölle oder Abgaben gleicher Wirkung [...] zwischen den Mitgliedstaaten verboten*“. Dieses Verbot gilt auch für Finanzzölle. Art. 34 AEUV weitet dieses Verbot auf mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten aus, und Art. 110 AEUV verbietet Diskriminierung bei inländisch erhobenen Steuern und Abgaben. Aus der (umfassenden) Rechtsprechung zu diesen Bestimmungen der sogenannten „Warenverkehrsfreiheit“ ergibt sich somit ein grundsätzliches Verbot der Diskriminierung von Produkten aus einem anderen EU-Mitgliedstaat. Dies umfasst sowohl eine direkte (d. h. aufgrund der Herkunft) als auch eine indirekte Diskriminierung (dann aufgrund anderer Kriterien, die aber für importierte Produkte aus anderen Mitgliedstaaten schwerer oder unmöglich zu erfüllen sind)⁷⁷. Zwar können bestimmte Maßnahmenunter Umständen gerechtfertigt

⁷³ EU-Kommission, Mitteilung, Leitlinien für bestimmte Beihilfemaßnahmen im Zusammenhang mit dem System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten nach 2021, EU Abl. C 317/5 v. 25.9.2020.

⁷⁴ Mitteilung der Kommission — Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020 (UEBLL) ABl. C 200 v. 28.6.2014, S. 1-55.

⁷⁵ Vgl. Kap. 3.2 UEBLL, insb. Kap. 3.7. UEBLL.

⁷⁶ Vgl. auch: *Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, Ein CO₂-Grenzausgleich als Baustein eines Klimaclubs v. 22.02.2021, S. 19ff.

⁷⁷ Umfassend, etwa: *Schroeder* in: *Streinz, EUV/AEUV*, 3. Auflage 2018, Art. 34; *Leible/Streinz*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Werkstand*: 71. EL August 2020, Art. 34.

werden, insbesondere wenn es um Maßnahmen zum Schutz „der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen“ bzw. nach etwas undeutlicher Rechtsprechung des EuGH - zumindest im Falle von indirekter Diskriminierung - auch allgemein den Umweltschutz geht⁷⁸. Dies gilt jedoch nur bedingt bei Zöllen bzw. Abgaben⁷⁹. Ferner besteht eine Rechtfertigungspflicht, in deren Rahmen auch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen ist.

Für die Einführung eines CBAM durch die EU sind zumindest nach derzeitigem Stand der Diskussion Einschränkungen der Warenverkehrsfreiheit nicht ersichtlich. Dies ist im Wesentlichen dem Umstand geschuldet, dass der Mechanismus entweder nur für ausländische Produkte gelten soll und sich somit für EU-Produkte im EU rechtlichen Rahmen nichts ändert (Optionen 1 bis 3), oder zwar eine komplett neue aber dafür bereits im Grundsatz und auf EU-Ebene einheitliche Steuer geschaffen werden soll, was prinzipiell gegen eine nationale Differenzierung durch die Mitgliedstaaten spricht (Option 4). Darüber hinaus ist, wenn die EU-Kommission ein – dem EU-Emissionshandel ähnlich – geschlossenes System einführt, ohnehin von wenig Umsetzungsspielraum für die Mitgliedstaaten auszugehen. Damit ist zumindest derzeit nicht von einem Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit auszugehen.

3. Zwischenfazit: Rechtsgrundlage und Kompatibilität nach EU-Recht

Damit sind grundsätzlich alle vier Ausgestaltungsoptionen, wie sie die EU-Kommission im Rahmen der Konsultation zum CBAM vorgestellt hat, EU-rechtlich möglich: Es besteht entweder in der

Umweltkompetenz nach Art. 192 AEUV (alle Optionen) oder in der Außenhandelskompetenz nach Art. 207 AEUV (insb. Option 1, ggf. auch 2 und 3) eine entsprechende Rechtsgrundlage. Die EU-Kommission – wie auch das EU-Parlament – scheinen hier die Umweltkompetenz vorzuziehen, wohl auch, um in der internationalen Gemeinschaft möglichen Protektionismus-Vorwürfen den Wind aus den Segeln zu nehmen. Dann wären allerdings Optionen, die eine Ausgestaltung als „Steuer“ vermeiden, d. h. Optionen 2 und 3 vorzuziehen, da auf diese Weise das Einstimmigkeitserfordernis für „Maßnahmen überwiegend steuerlicher Art“ aus Art. 192 Abs. 2 AEUV nicht greift.

Weitere primär- und sekundärrechtliche Probleme bestehen nicht: Der derzeitige Eigenmittelbeschluss kann als Vorbereitung für neue Eigenmittel über einen CBAM ab 2023 verstanden werden. Zudem plant die EU-Kommission bzw. hat bereits begonnen, sowohl die beihilferechtlichen Vorgaben wie auch die Freie Allokation im EU-EHS auf ihre Wirkung gegen Wettbewerbsnachteile und Carbon Leakage zu überprüfen. Die Einführung eines CBAM sollte in dieser Prüfung berücksichtigt und die Vergünstigungen für Carbon Leakage gefährdete Unternehmen ggf. noch einmal angepasst werden.

II. WTO-Recht

Seit die EU-Kommission Ende 2019 das erste Mal die mögliche Einführung eines CBAM erwähnte, wird vor allem diskutiert, inwiefern ein solcher Mechanismus überhaupt mit dem WTO-Recht vereinbar sein kann. Dazu ist in der Literatur bereits viel geschrieben worden⁸⁰, und es scheint sich ein allgemeiner Konsens herausgebildet zu haben, nach dem – abhängig von der

⁷⁸ Vgl. EuGH Rs. C. 379/98 PreussenElektra, Urt. v. 13.03.2001, Rn. 73 f. Dort werden der Schutz des Lebens von Mensch und Tier als „vertragsbasierte Rechtfertigung“ sowie der Umweltschutz nebeneinander genannt; bei der deutschen Regelung handelt es sich streng genommen um eine nach dem Herkunftsland diskriminierende Maßnahme, die dogmatisch nur über Art. 36 AEUV zu rechtfertigen wäre.

⁷⁹ Vgl. etwa Haltern, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 1. Auflage 2017, Art. 30 AEUV, Rn. 35ff.

⁸⁰ Vgl. u. a. Stiftung Arbeit und Umwelt der IG BCE, Diskussionspapier – Klimaneutrale Industrie, Mögliche

Varianten für zukunftsfesten Carbon-Leakage-Schutz im Vergleich; DIW, Border Carbon Adjustments and Alternative Measures for the EU ETS, 2020; Altegör, neue energie 01/2021, S. 52; Grandt/Grimm/Reuter in: German Council of Economic Experts, Carbon Adjustment Mechanism: Empires, Design and Caveats, Working Paper 11/2020; Merkel, Rechtliche Fragen einer Carbon Border Tax, ZUR 2020, S. 658; Calliess/Dross, Umwelt- und Klimaschutz als integraler Bestandteil der Wirtschaftspolitik, ZUR 2020, S. 456; Köck/Markus, Der europäische Green Deal, ZUR 2020, S. 257; Berrisch: Klimaschutz als Stresstest für die WTO, EuZW 2020, S. 249.

konkreten Ausgestaltung – eine solche Konformität durchaus möglich ist. Im Folgenden soll diese Diskussion nicht noch einmal vollständig aufgearbeitet, sondern eine eigenständige kurze Rechtseinschätzung unterbreitet werden, wobei der Fokus auf den vier von der EU-Kommission nunmehr herausgearbeiteten Optionen (vgl. oben) gelegt wird.

1. Folgen einer Unvereinbarkeit mit WTO-Recht

Zunächst stellt sich die Frage, welche Folgen es hätte, wenn die EU gegen WTO-rechtliche Vorgaben einen CBAM einführen würde.

Der EuGH hat es bislang weitestgehend abgelehnt, sekundärrechtliche Bestimmungen – also etwa einen Rechtsakt zur Einführung des CBAM – am Maßstab des WTO-Recht zu prüfen⁸¹. Ausnahmen bestehen für den Fall, dass der Rechtsakt zum Ziel hat, WTO-Recht umzusetzen, was für den CBAM wohl eher nicht anzunehmen ist.

Auf internationaler Ebene können Verstöße der EU vor die entsprechenden Streitbeilegungsmechanismen der WTO gebracht werden. In diesem Rahmen kann, sofern ein Verstoß festgestellt wird, durch ein Panel und in zweiter Instanz durch den Appellate Body eine Empfehlung dahingehend ausgesprochen werden, nach der binnen einer bestimmten Frist ein WTO-rechtskonformer Zustand (wieder)herzustellen ist. Anderenfalls können geschädigte Vertragsstaaten die Genehmigung erhalten, um Strafmaßnahmen zu ergreifen⁸².

2. Diskriminierungsverbot nach WTO-Recht

Das Allgemeine Zoll und Handelsabkommen (General Agreement on Tariffs and Trade, GATT⁸³) der Welthandelsorganisation (World Trade Organization, WTO) legt für

den internationalen Handel zwischen den Ländern, die Vertragspartner des Abkommens sind, ein grundsätzliches Diskriminierungsverbot fest⁸⁴. Dieses untergliedert sich nach Art. I GATT in einen „Meistbegünstigungsgrundsatz“ und nach Art. III GATT in das Prinzip der „Inländerbehandlung“, wobei nach Art. XX GATT bestimmte Ausnahmen oder Rechtfertigungsmöglichkeiten für handelsbeschränkende Maßnahmen bestehen⁸⁵. Darüber hinaus besteht im Rahmen des Art. II:2 lit. a) GATT auch die Möglichkeit, spezifische Grenzausgleichssteuern (Border Tax Adjustments, BTA) einzuführen, die – sofern sie sich im entsprechenden Rahmen bewegen – ebenso keine Verstöße gegen das GATT darstellen.

3. Meistbegünstigungsgrundsatz und Inländerbehandlung

Art. I:1 GATT schreibt vor, dass alle Vorteile und Vergünstigungen, die einer der Vertragsstaaten einem anderen gewährt, unverzüglich und bedingungslos auch allen anderen Vertragsstaaten gewährt werden müssen; es darf also zwischen den unterschiedlichen Vertragspartnern keine Ungleichbehandlung bzw. Diskriminierung in dem Sinne geben, dass ein Vertragspartner günstiger behandelt wird und Vorteile genießt, die den anderen verwehrt bleiben (sog. Meistbegünstigungsgrundsatz).

Bezogen auf die Einführung eines CBAM wirft diese Vorschrift insbesondere Fragen bezüglich einer Unterscheidung zwischen den unterschiedlichen Importländern auf: Das Meistbegünstigungsprinzip würde bedeuten, dass die EU nicht unterschiedliche CO₂-Bepreisungen für unterschiedliche WTO-Vertragsstaaten vorsehen kann, etwa aufgrund deren Entwicklungsstandes, sondern stattdessen – sofern „vergünstigte Tarife“ für bestimmte Importstaaten vorgesehen würden – diese „günstigste“ CO₂-Bepreisung allen Vertragsstaaten gewähren müsste. Dies ist aber – zumindest nach den bislang kursierenden Vorschlägen und

⁸¹ Umfassend: *Hahn*, in: *Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Nomos*, 5. Auflage 2016, Art. 207 AEUV, Rn. 163-99.

⁸² Vgl. *Berrisch/Kamann*, in: *Krenzler/Herrmann/Niedtedt, EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht*, 16. Auflage, Oktober 2020, Handelshemmnis-VO, Rn. 16 ff.

⁸³ GATT, General Agreement on Tariffs and Trade, v. 30.10.1947.

⁸⁴ Dazu allgemein: *Qin*, *Defining Non-discrimination under the Law of the World Trade Organisation*, Boston University International Law Journal, 2005, 215.

⁸⁵ Umfassend etwa: *Guzman/Hillman*, *International Trade Law*, 3. Ausgabe, Wolters Kluwer, 2016.

Ideen – eher nicht vorgesehen. Um einen effektiven Beitrag zum Klimaschutz zu leisten, sollte der CBAM die CO₂-Bepreisungspolitiken anderer Länder berücksichtigen, etwa indem Länder ganz ohne eine solche Politik „höher besteuert“ werden als Länder, in denen CO₂-Emissionen bereits eingepreist werden. Auch eine Differenzierung nach dem Entwicklungsstatus der Länder, wie diese etwa dem EU-Parlament vorzuschweben scheint, könnte angesichts des Meistbegünstigungsprinzips schwierig sein.

Nach Art. III:1 GATT gilt ferner, dass Steuern, Abgaben, Gesetzesvorschriften etc., die in einem Land bestehen, ausländische Erzeugnisse nicht auf eine Weise belasten dürfen, die „zum Schutz“ der inländischen Produktion dient. Konkret heißt dies, dass eingeführte Erzeugnisse *„weder direkt noch indirekt mit irgendwie gearteten Steuern oder anderen inneren Abgaben belastet werden, welche höher sind als diejenigen, die die gleichartigen Erzeugnisse einheimischen Ursprungs direkt oder indirekt belasten“* oder mit anderen Steuern oder Abgaben belastet werden⁸⁶. Darüber hinaus dürfen diese Erzeugnisse generell keiner ungünstigeren Behandlung⁸⁷ oder einer Mengenbeschränkung unterworfen werden⁸⁸.

Diese Bestimmungen könnten offensichtlich für die Einführung eines CBAM problematisch sein. Immerhin ist es genau dessen Ziel, die CO₂-Emissionen eingeführter Produkte – die in den Herkunftsländern nicht internalisiert wurden – zu bepreisen und sie dafür entsprechend finanziell zu verteuern, etwa mit einer Steuer, Abgabe, etc. Zumindest für die Ausgestaltungsoptionen 1 und 3 soll dabei ein System geschaffen werden, dass speziell für Importe – d. h. nicht für inländische Erzeugnisse – besteht. Ferner ist auch der „Schutz“ der inländischen Produktion, bzw. die Vermeidung von Abwanderung der EU-Industrie – neben dem Ziel des internationalen Klimaschutzes – einer der Gründe, weshalb die EU über die

Einführung eines solchen Mechanismus nachdenkt⁸⁹.

Die Frage, inwiefern diese Differenzierung mit WTO-Recht vereinbar ist, läuft im Wesentlichen darauf hinaus, ob die inländischen bzw. aus dem Ausland produzierten Produkte als „gleich“ im Sinne des Art. III:1 GATT angesehen werden können. Der Appellate Body als Streitbeilegungsinstanz für Fragen des WTO-Rechts hat diesbezüglich einen (nicht abschließenden) Kriterienkatalog aufgestellt, der darauf abzielt zu ermitteln, ob Produkte in einem Wettbewerb zueinanderstehen und damit unter den Schutz der Bestimmung fallen. Zu prüfen sind demnach a) die Eigenschaften, Natur und Qualität der Produkte, b) deren Endverwendungsmöglichkeiten, c) Verbrauchervorlieben und -gewohnheiten sowie d) Zollklassifizierungstarife⁹⁰.

Für alle Ausgestaltungsoptionen des CBAM sollten, was die „Gleichheit der Produkte“ betrifft, zumindest die Kriterien a), b) und d) erfüllt sein; immerhin werden vermutlich dieselben Produktkategorien (wie im EU-Emissionshandel?) genutzt, welche im Endeffekt über die Zollklassifizierungstarife definiert sind. Was die Verbrauchervorlieben und Gewohnheiten betrifft, ist die Lage etwas weniger eindeutig: Hier könnte man zwar argumentieren, dass Verbraucher EU-Produkten den Vorzug geben würden, weil diese (u. a.) CO₂-ärmer produziert oder anderen (höheren) Standards unterliegen. Das würde aber voraussetzen, dass EU-Produkte immer und zwangsläufig CO₂-ärmer sind – was zumindest nicht offenkundig der Fall ist und im Zweifelsfall durch den Verbraucher – zumindest nach derzeitigem Stand des internationalen Nachweissystems – auch nicht zu erkennen ist⁹¹. Anzunehmen ist vielmehr, dass EU-Produkte dieselben oder zumindest vergleichbare CO₂-Emissionen verursachen wie ausländische Erzeugnisse, jedoch deren Hersteller ggf. dafür im Rahmen des EU-Emissionshandel (oder anderen Mechanismen) bezahlen müssen. Eine Unterscheidung auf

⁸⁶ Art. III:2 GATT.

⁸⁷ Art. III:4 GATT.

⁸⁸ Art. III:5 GATT.

⁸⁹ Auch wenn die EU-Kommission versucht, Art. 192 AEUV als Rechtsgrundlage zu wählen und damit das Ziel des Klimaschutz vor das der Industriepolitik zu stellen; dies wird den – zumindest teilweise –

industriepolitischen Charakter der Maßnahme nicht vollkommen ausräumen können.

⁹⁰ Appellate Body, EC – Asbestos, WT/DS135/AB/R 2001.

⁹¹ Ähnlich argumentierend für inländischen Grünstrom ggü. ausländischem Grau- bzw. Grünstrom: Buchmüller, Strom aus erneuerbaren Energien im WTO-Recht, 2012, S. 215 ff.

Produktebene kann dies wohl schwer begründen.

Mit derselben Ratio hat der Appellate Body es bislang abgelehnt, anzuerkennen, dass die Umstände, unter denen ein Produkt hergestellt wird⁹², oder die Ansicht eines Vertragsstaates zu etwaigen Produktstandards ausschlaggebend sein können und damit zwei an sich „gleiche“ Produkte „ungleich“ machen⁹³. Dies kann höchstens auf zweiter Ebene, wenn es um eine Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung grundsätzlich gleicher Produkte geht, eine Rolle spielen⁹⁴.

Während also für die Ausgestaltungsoptionen 2 und 4 ggf. noch argumentiert werden könnte, dass hier keine Ungleichbehandlung vorliegt, da eingeführte Erzeugnisse nicht schlechter als inländische Erzeugnisse behandelt und den gleichen (EU-Emissionshandel/neue CO₂-Steuer) Vorgaben unterstehen⁹⁵, ist das Prinzip der Inländerbehandlung zumindest für die Optionen 1 und 3 problematisch, da hier für (so anzunehmen) WTO-rechtlich „gleiche“ Produkte zwar ggf. ähnliche, aber nicht gleiche Regeln gelten sollen. Darüber hinaus wird es für alle Ausgestaltungsoptionen schwierig sein, zwischen Produkten aus unterschiedlichen Herkunftsländern zu unterscheiden. Ob eine solche Unterscheidung etwa durch den unterschiedlichen CO₂-Fußabdruck der Produkte – bzw. dessen Internalisierung in den Produktionskosten zu rechtfertigen ist, soll im Folgenden kurz untersucht werden.

4. Grenzausgleichssysteme nach GATT

Nach Art. II:2 lit. a) GATT sind Grenzausgleichssysteme zulässig, wenn sie Importe lediglich mit den innerhalb eines Landes geltenden Steuern vergleichbar belasten. Diese BTA-Mechanismen stellen eine Ausnahme von dem grundsätzlichen Verbot von Einfuhrzöllen aus Art. III:1 GATT dar, da

sie nicht die Erschwerung von Importen beabsichtigen und den Marktzugang ausländischer Produkte unterbinden. Allerdings ist die Bestimmung ausdrücklich auf Steuern begrenzt.

Für den CBAM stellt sich damit zunächst die Frage, ob man die unterschiedlichen, von der EU-Kommission angedachten Ausgestaltungsoptionen als „Steuer“ im Sinne des GATT ansehen könnte.

Für die Option 1 sollte dies relativ unproblematisch möglich sein – zumal auch die EU-Kommission hier ausdrücklich von einer Steuer spricht. Option 1 scheint zudem – da sie nur ausländische Produkte treffen soll – von der Idee her auf genau jenen Sonderfall im Rahmen des GATT zugeschnitten zu sein. Auch wenn das Konsultationsdokument der EU-Kommission hier wenig konkret wird, könnte die Umschreibung als Umsetzung des Art. II Abs. 2 lit. a) GATT und damit als Grenzausgleich im klassischen Sinne verstanden werden.

Option 4 hingegen – also eine Maßnahme, die nicht an der Grenze greift, sondern für alle Produkte gelten soll – ist zwar als „Steuer“ deklariert, allerdings ist fraglich, ob eine komplett neue Steuer, die auf Importe und heimische Produkte gleichermaßen angewendet wird, einen „Ausgleich“ darstellen kann, bzw. überhaupt eine handelspolitische Maßnahme ist⁹⁶.

Für die Optionen 2 und 3 allerdings, d. h. Optionen, die auf den EU-Emissionshandel abstellen oder diesen kopieren, ist die Lage komplexer: Die Zahlungspflichten des EU-Emissionshandel sind nach Rechtsprechung des EuGHs nicht als Steuer einzuordnen. Allerdings ist das EU-rechtliche Verständnis dieses Begriffs sehr viel enger als das des WTO-Rechts, welches keine Definition, sondern eher einen Sammelkatalog unterschiedlicher direkter und indirekter „Steuern“ vorsieht, die in den Anwendungsbereich des GATT fallen⁹⁷. Danach könnten

⁹² Auch: *Buchmüller*, Strom aus erneuerbaren Energien im WTO-Recht, 2012, S. 222 f.

⁹³ Vgl. etwa: *Howse/Türk*, in: de Burca/Scott, The EU and the WTO, 283, S. 301 f. Dazu auch umfassend: *Ahmad*, Carbon Tax as Discrimination: Revisiting the legal standard of national treatment under WTO law, Nat. Law School India Review, 32, 2020, S. 181-204.

⁹⁴ Vgl. unten: B. II. 5.

⁹⁵ So auch: DIW, Border Carbon Adjustments and Alternative Measures for the EU ETS, Discussion Paper 1855, 2020, S. 7.

⁹⁶ Vgl. oben zur Wahl der Rechtsgrundlage, wo vertreten wird, dass Art. 207 AEUV hier nicht geeignet wäre. So auch: *Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, Ein CO₂-Grenzausgleich als Baustein eines Klimaclubs v.22.02.2021, S. 19 ff.

⁹⁷ Vgl. etwa: *Robra*, Welthandelsrechtliche Aspekte der internationalen Besteuerung aus Europäischer

Zahlungspflichten im Rahmen des EU-Emissionshandel wohl als „Steuer“ gelten⁹⁸. Aufgrund der voneinander unabhängigen Begriffsdefinitionen in den beiden unterschiedlichen Rechtssystemen ist davon allerdings eher nicht auszugehen; vielmehr ist anzunehmen, dass der EuGH an seiner Rechtsprechung zum EU-Emissionshandel festhält, nach der in diesem eben gerade keine Steuer im engen EU-rechtlichen Sinne angelegt ist⁹⁹. Auch umgekehrt ist wohl eher nicht davon auszugehen, dass die WTO Streitbeilegungsorgane und insbesondere der WTO Appellate Body¹⁰⁰ sich in seiner Spruchpraxis von der Auslegung des EuGHs nach EU-Recht beeinflussen lässt; immerhin handelt es sich um zwei autonome Rechtssysteme. Dies wird jedoch im Zweifelsfalle Parteien eines möglichen Handelsstreits nicht davon abhalten vorzutragen, dass der EU-Emissionshandel (k)eine Steuer im Sinne des WTO-Rechts sei.

Jedenfalls stellt die Qualifikation als Grenzgleichungssystem nach Art. II:2 lit. a) GATT nicht von der Einhaltung der übrigen Bestimmungen frei¹⁰¹. Entsprechend gilt – unabhängig davon, ob der CBAM unter diese Spezialregelung fallen würde oder nicht – das Diskriminierungsverbot nach GATT und etwaige Ungleichbehandlungen müssen gerechtfertigt werden können.

5. Rechtfertigungsmöglichkeiten im Fall von Verstößen

a) Rechtfertigung nach Umweltschutz

Nach Art. XX lit. b) und g) GATT können Maßnahmen ergriffen werden, die unter anderem „für den Schutz des Lebens oder

der Gesundheit von Personen und Tieren oder die Erhaltung des Pflanzenwuchses erforderlich sind“. Darüber hinaus können nach Art. XX lit. g) GATT Maßnahmen zur Erhaltung erschöpflicher, natürlicher Ressourcen gerechtfertigt sein, was in der Vergangenheit bereits für Klimaschutzmaßnahmen genutzt wurde¹⁰². Diese beiden Regelungen stehen „unter dem Vorbehalt, dass die nachstehenden Maßnahmen nicht in einer Weise durchgeführt werden, dass sie ein Mittel zur willkürlichen oder ungerechtfertigten Diskriminierung zwischen den Ländern, bei denen die gleichen Verhältnisse vorliegen, oder eine verschleierte Beschränkung im internationalen Handel darstellen“.

Fraglich ist, ob ein etwaiger Verstoß gegen das Gebot der Inländerbehandlung nach Art. III GATT bzw. das Meistbegünstigungsprinzip nach Art. I GATT, wie er durch einen CBAM gegeben sein könnte¹⁰³, durch diese Bestimmungen gerechtfertigt wäre.

Immerhin soll der CBAM einen Beitrag zum Umweltschutz – und damit dem Schutz des Lebens und der Gesundheit von Mensch, Tier- und Pflanzenwelt – leisten, in dem durch die CO₂-Bepreisung ausländischer Produkte, deren „Klimakosten“ internalisiert und sie infolgedessen für Verbraucher unattraktiver bzw. im internationalen Wettbewerb zumindest mit EU-Produkten, die einer ähnlichen CO₂-Bepreisung (Optionen 1 bis 3) unterstehen, gleichgestellt werden. Damit entsteht auch für die Produktion außerhalb der EU ein Anreiz, die CO₂-Emissionen zu mindern – was im Endeffekt das Fortschreiten der Erderwärmung verlangsamen und dem Klimaschutz dienen kann. Grundsätzlich wäre eine solche Rechtfertigung also anzunehmen¹⁰⁴. Die Wahl des

Perspektive, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, 2005, S. 12 f.

⁹⁸ So etwa: *Merkel*, Rechtliche Fragen einer Carbon Border Tax, ZUR 2020, S. 660. Anders, bzw. die Fragestellung offenlassend: *Bueb et al.*, Border Adjustment Mechanisms, S. 69.

⁹⁹ Vgl. Urt. v. 21.12.2011 – Rs. C-366/10 – IATA; dazu auch: *Lamy et al.*, Greening EU Trade: A European Border Adjustment Proposal, Europe Jacques Delors Policy Paper, Juni 2020, S. 5.

¹⁰⁰ Erstinstanzliche hatten sich bereits Dispute Settlement Panels mit diesen Fragen befasst, im Folgenden wird auf die Spruchpraxis des Appellate Body als zweite Instanz verwiesen.

¹⁰¹ Vgl. u. a. u. a. auch: *Merkel*, Rechtliche Fragen einer Carbon Border Tax, ZUR 2020, S. 663 ff.; *Mehling/Ritz*,

Going beyond default intensities in an EU carbon border adjustment mechanism, Cambridge Working Papers on Economics 2087, 2020, S. 8 ff.

¹⁰² Vgl. *Van Damme*, Eighth Annual WTO Conference: An Overview, Journal of International Economic Law, Volume 12, Issue 1, März 2009, 175–193, S. 19; in der Rechtsprechung des Appellate Body insb. Appellate Body, US – Shrimp-Turtle, WTO/DSS8/AB/R.

¹⁰³ Dafür: *DIW*, Border Carbon Adjustments and Alternative Measures for the EU ETS, Discussion Paper 1855, 2020, S. 7.

¹⁰⁴ Umfassend: *Pauwelyn/Kleimann*, Trade Related Aspects of a Carbon Border Adjustment Mechanism: Legal Assessment, Studie für das EU Parlament, INTA Ausschuss, 2020.

Art. 192 AEUV als Rechtsgrundlage – wie sie der EU-Kommission nach derzeitigem Kenntnisstand vorzuschweben scheint¹⁰⁵ – würde dieses Argument und damit eine mögliche internationale WTO-rechtliche Rechtfertigung noch einmal unterstreichen¹⁰⁶. Ob es den Appellate Body im Zweifelsfalle überzeugen kann, bleibt jedoch abzuwarten.

b) Gleichbehandlung bzw. gerechtfertigte Ungleichbehandlung im Rahmen eines CBAM

Allerdings – und hier kommt es auf die konkrete Ausgestaltung an – darf die Maßnahme nach Art. XX GATT nicht willkürlich oder ungerechtfertigt diskriminieren. Diese Vorgabe des sogenannten „Chapeau“ des Artikels beinhaltet nach der Spruchpraxis des Appellate Body zum einen Verfahrensvorgaben: Als „Standard der willkürlichen Diskriminierung“ scheint es im Wesentlichen darum zu gehen, ob bzw. auf welche Weise eine Anerkennung ausländischer Produkte möglich ist¹⁰⁷. Ein solcher Prozess muss transparent und vorhersehbar sein, um den Anforderungen des GATT zu genügen¹⁰⁸. Was die ungerechtfertigte Diskriminierung betrifft, so scheint der Appellate Body darunter zahlreiche inhaltliche Anforderungen zu subsumieren: Hier geht es darum, dass die Maßnahme keine unverhältnismäßige, über das Minimum dessen, was für die Erreichung ihres Ziels erforderlich ist, hinausgeht. Die Ungleichbehandlung muss also in ihrem Ausmaß gerechtfertigt sein¹⁰⁹.

Allerdings erfordert Art. XX GATT eine solche Gleichbehandlung nur „zwischen Ländern, in denen **gleiche Verhältnisse** bestehen“¹¹⁰, was die Frage aufwirft, ob eine Unterscheidung zwischen unterschiedlichen Ländern möglich ist, und wenn ja wie. Es wird aber angenommen, dass es sich bei diesem Zusatz dahingehend um eine „Einschränkung“ handelt, mit der ein Missbrauch der Rechtfertigungsmöglichkeit vermieden werden soll: Die „gleichen Verhältnisse“ betreffen also nur solche Verhältnisse, die tatsächlich auch für das angestrebte Politikziel relevant sind¹¹¹. Allerdings hat der Appellate Body entschieden, dass der Zusatz nicht nur bedeutet, dass „Gleiches gleich“, sondern auch „Ungleiches ungleich“ behandelt werden muss¹¹².

Dies bedeutet in der Praxis insbesondere, dass Maßnahmen anderer Länder zur Bepreisung von CO₂ bzw. zur Minderung von CO₂-Emissionen in der Herstellung der durch den CBAM betroffenen Produkte bzw. idealiter der tatsächliche CO₂-Fußabdruck der Herstellung im Rahmen des CBAM berücksichtigt werden müssten¹¹³. Es ist also zunächst ganz generell fraglich, ob ein (nicht weiter bestimmter) CO₂-Fußabdruck eine Unterscheidung rechtfertigen würde, ob es sich hier also um „unterschiedliche Verhältnisse“ handelt¹¹⁴. Darüber hinaus wird es für den CBAM insbesondere relevant sein, ob und wenn ja in welchem Umfang CO₂-Bepreisungsmaßnahmen aus dem EU-Ausland anerkannt und angerechnet werden können. Das Pariser Abkommen liefert hier in Artikel 6 Anhaltspunkte dafür, was anerkannt werden könnte bzw.

¹⁰⁵ Vertreter der EU-Kommission haben in den vergangenen Tagen in diesem Zusammenhang immer wieder betont, dass es sich beim CBAM um eine „Umweltmaßnahme“ handele und nicht um eine Maßnahme zur Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit. Etwa Niall Lawlor, Generaldirektion Handel, im Rahmen European Roundtable on Climate Change and Sustainable Transition, CBAM Sectoral Report Launch, 18.03.2021.

¹⁰⁶ Maßnahmen unter der Ausnahme nach Art. XX lit. b GATT (Ressourcenerhaltung) müssen dabei einem – so in der Literatur vertreten – einen geringeren Verband zu diesem Ziel aufweisen als Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit von Mensch und Tier, welche „notwendig“ sein müssen und damit einer strengeren Verhältnismäßigkeitsprüfung unterzogen werden. Dennoch scheinen beide Rechtfertigungsmöglichkeiten vertretbar. Vgl. umfassend: *Bueb et al. Border Adjustment Mechanisms*, S. 70 ff.

¹⁰⁷ Vgl. *Buchmüller*, Strom aus erneuerbaren Energien im WTO-Recht, 2012, S. 315.

¹⁰⁸ *Buchmüller*, Strom aus erneuerbaren Energien im WTO-Recht, 2012, S. 316 f.

¹⁰⁹ Dazu umfassend: Appellate Body, US – Shrimp-Turtle, WTO/DSS8/AB/R, 1998, Rn. 168 ff..

¹¹⁰ Hervorhebung durch die Autorin.

¹¹¹ Dazu: *Qin*, Defining Non-discrimination under the Law of the World Trade Organisation, Boston University International Law Journal, 2005, S. 265.

¹¹² Vgl. Appellate Body, US – Shrimp-Turtle WTO/DSS8/AB/R, 1998, Rz. 164 f.

¹¹³ Vgl. dazu umfassend: *Mehling/Ritz*, Going beyond default intensities in an EU carbon border adjustment mechanism, CWPE 2087, 2020, S. 8 ff.

¹¹⁴ Mit Verweis auf die Spruchpraxis des Appellate Body: *Mehling/Ritz*, Going beyond default intensities in an EU carbon border adjustment mechanism, CWPE 2087, 2020, S. 9.

werden sollte¹¹⁵. Wie genau die Anerkennung jedoch zu geschehen hat und „rechnerisch“ im Rahmen des CBAM umzusetzen ist, ist damit noch nicht geklärt.

In der Literatur werden hier unterschiedliche Modelle diskutiert¹¹⁶, worunter unter anderem die Möglichkeit eines individuellen Anpassungsmechanismus (Individual Adjustment Mechanism, IAM) fällt. Dabei würde für Importprodukte zwar generell ein Benchmark gesetzt, was deren CO₂-Emissionen betrifft, und der entsprechend als Grundlage für die Berechnung der Bepreisung dient. Jedoch würde Unternehmen erlaubt, nachzuweisen, dass sie tatsächlich einen geringeren CO₂-Abdruck in der Produktion haben, und somit einen geringeren oder gar keinen Preis zu zahlen hätten¹¹⁷. Der Benchmark müsste – um den WTO-Prinzipien und dem Meistbegünstigungsprinzip zu entsprechen – so gesetzt werden, dass er dem für inländische Produkte entspräche. Unternehmen mit einer schlechteren CO₂-Bilanz würden also zumindest mit inländischen Unternehmen gleichbehandelt. Unternehmen mit einer besseren CO₂-Bilanz könnten hingegen einen Nachweis darüber erbringen und ihre Anstrengungen zum Klimaschutz entsprechend durch geringere Bepreisung im CBAM gewürdigt sehen. Vorschläge zur konkreten Ausgestaltung und Nachweisführung für ein solches System werden seit Jahren – u. a. auch mit Verweis auf Beispiele aus der WTO-Entscheidungspraxis – diskutiert¹¹⁸. Immerhin muss neben den Kosten, die durch die tatsächliche CO₂-Bepreisung im Rahmen des CBAM anfallen, auch der administrative Aufwand für

Importeure berücksichtigt werden bei der Frage, ob es sich um einen (de jure und) de facto diskriminierungsfreien und damit den Vorgaben des GATT entsprechenden Mechanismus handelt (Stichwort „willkürliche Diskriminierung“)¹¹⁹. Diese Frage kann also an dieser Stelle nicht abschließend beantwortet werden. Vielmehr wird der konkrete Vorschlag, den die EU-Kommission im Juli 2021 vorstellen will, und der im Folgenden im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses zur Verhandlung steht, noch einmal genau und in seinen Einzelheiten zu prüfen sein.

Wenn allerdings für eine WTO-kompatible Ausgestaltung nicht nur grundlegende Untersuchungen zu den CO₂-Emissionen für Produkte aus unterschiedlichen Ländern angestellt werden müssen, sondern auch der CO₂-Abdruck eines Produkts konkret und bei Einfuhr zu verifizieren ist, kann dies die Kosten-Nutzen-Analyse für die Einführung eines CBAM beeinträchtigen. Immerhin wird der administrative Aufwand für eine Prüfung der Gleichwertigkeit der Verhältnisse in anderen Ländern bzw. die Bemessung des CO₂-Abdrucks der jeweiligen Produkte als relativ hoch eingeschätzt¹²⁰. Dies schließt jedoch die Einführung eines solchen diskriminierungsfreien und damit WTO-kompatiblen Mechanismus nicht generell aus¹²¹.

Ferner ist zumindest für die Optionen 1 bis 3 bei der Frage nach einer (zu rechtfertigenden) Ungleichbehandlung auch die Freie Allokation im Rahmen des EU-Emissionshandel zu berücksichtigen: Diese kann nicht nur zu einer – innerhalb der EU ggf. problematischen – Überkompensation

¹¹⁵ Vgl. dazu auch: *Chang*, Proposal for a Multilateral Cross Border Adjustment Scheme that is consistent with WTO law, 47 Environmental Law Reporter 2017, S. 10829-10836.

¹¹⁶ *Stiftung Arbeit und Umwelt der IG BCE*, Diskussionspapier – Klimaneutrale Industrie, Mögliche Varianten für zukunftsfesten Carbon-Leakage-Schutz im Vergleich, 2020; *DIW*, Border Carbon Adjustments and Alternative Measures for the EU ETS, Discussion Paper 1855, 2020; *Altegor*, neue energie 01/2021, S. 52; *Grandt/Grimm/Reuter* in: German Council of Economic Experts, Carbon Adjustment Mechanism: Empires, Design and Caveats; *Merkel*, Rechtliche Fragen einer Carbon Border Tax, ZUR 2020, S. 658; *Calliess/Dross*, Umwelt- und Klimaschutz als integraler Bestandteil der Wirtschaftspolitik, ZUR 2020, S. 456; *Köck/Markus*, Der europäische Green Deal, ZUR 2020, S. 257.

¹¹⁷ Umfassend: *Mehling/Ritz*, Going beyond default intensities in an EU carbon border adjustment mechanism, CWPE 2087, 2020, S. 2 ff.

¹¹⁸ Vgl. dazu – mit Aufführung von Beispielen unterschiedlicher Maßnahmen – insbesondere: *Mehling/Ritz*, Going beyond default intensities in an EU carbon border adjustment mechanism, CWPE 2087, 2020, S. 11, S. 13.

¹¹⁹ Vgl. Art. III Abs. 4 GATT.

¹²⁰ So etwa: *Bueb et al.*, Border Adjustment Mechanisms, S. 65. (“in practice unmanageable”). Auch: *German Council of Economic Experts*, Carbon Adjustment Mechanisms: Empirics, Design and Caveats, Working Paper 11/2020, S.31 f.

¹²¹ Zu der Frage ob und inwiefern das Diskriminierungsverbot nach GATT auch erfordert, dass zwischen Produkten aus Entwicklungsländern – dann ggf. mit geringeren Anforderungen – und solchen aus Industrienationen unterschieden wird, vgl. etwa: *Pauwelyn*, Carbon Leakage Measures and Border Tax Adjustments under WTO Law, Research Handbook on Environment, Health and the WTO, Edward Elgar, 2012, S. 49f.

führen und damit das Erreichen der Klimaschutzziele unterminieren. Bedenken bestehen insbesondere, was Exporte von EU-Produkten ins Ausland betrifft, sofern hier über Freie Allokation oder das Beihilferegime Entlastungen von der – über den CBAM für den Handel innerhalb der EU nunmehr „gleichgezogenen“ – CO₂-Bepreisung verschafft werden. Unabhängig davon, ob man dies als diskriminierende Ausgestaltung des CBAM oder als Subvention interpretiert, scheint diese Praxis nach den Vorgaben des WTO-Rechts problematisch¹²².

Darüber hinaus fragt sich jedoch auch für den Umgang mit Entwicklungs- und Schwellenländern, ob hier eine Ungleichbehandlung möglich oder sogar WTO-rechtlich vorgeschrieben ist. Dieses Argument ist insbesondere vor dem Hintergrund des Pariser Abkommens aufgebracht worden und soll im Folgenden noch einmal kurz betrachtet werden¹²³.

6. Zwischenfazit: Kompatibilität mit dem WTO-Recht

Auch wenn die WTO-rechtlichen Vorgaben regelmäßig gegen die Einführung eines CBAM angeführt werden, stellen sie dennoch kein absolutes Hindernis dar. Vielmehr wäre für alle vier Ausgestaltungsoptionen, die die EU-Kommission zur Konsultation gestellt hat, zumindest eine Rechtfertigung möglich (ob in der Gestalt eines formellen „Grenzausgleichsmechanismus“ nach Art. II:2 Buchst. a) GATT oder nicht sei dahingestellt). Dies setzt allerdings eine (möglichst) diskriminierungsfreie Ausgestaltung insbesondere bei der Bestimmung der CO₂-Bepreisungsgrundlage sowie der Nachweisführung voraus, was in der Praxis aufwändig sein mag.

¹²² So auch, u. a. u. a. *Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi)*, Ein CO₂-Grenzausgleich als Baustein eines Klimaclubs vom 22.02.2021, S. 13; Detailliert: *Pauwelyn/Kleimann*, Trade Related Aspects of a Carbon Border Adjustment Mechanism: Legal Assessment, Studie für das EU-Parlament, INTA Ausschuss, 2020.

¹²³ Siehe im Folgenden unter IV. 6. bzw. IV. 7.

¹²⁴ Vgl. United Nations Framework Convention on Climate Change, 1992, Art. 3; auch: United Nations Climate Change, The Big Picture, etwa abrufbar unter: [https://unfccc.int/topics/climate-finance/the-big-](https://unfccc.int/topics/climate-finance/the-big-picture/introduction-to-climate-finance/introduction-to-climate-finance)

III. Sonstige Aspekte des internationalen Rechts und der Handelspolitik

1. Pariser Abkommen und Territorialitätsprinzip

Im Rahmen der Vereinten Nationen gilt, was den Klimaschutz betrifft, der Grundsatz der „*common but differentiated responsibilities and respective capabilities*“ (CDRRC)¹²⁴. Nach diesem Prinzip sollen von weniger industrialisierten Ländern nicht die gleichen Beiträge zum Klimaschutz verlangt werden können wie von den führenden Industrienationen. Vielmehr sollen diese nach ihrem eigenen Vermögen ihren Teil beitragen¹²⁵. Fraglich ist nicht nur aus Gründen des WTO-Rechts auch vor diesem Hintergrund, ob man Sonderregelungen oder Ausnahmen für Entwicklungs- oder Schwellenländer vorhalten müsste im Sinne des Grundsatzes, dass „Gleiches gleich“ und „Ungleiches ungleich“ zu behandeln ist, wie es dem Appellate Body vorzuschweben scheint¹²⁶. Dies könnte insbesondere dann relevant werden, wenn – wie einige Studien andeuten – ein CBAM, das keine Differenzierung vornimmt, eine tatsächliche Benachteiligung dieser Länder im Vergleich zu OECD-Staaten mit eigenen Klimaschutzmaßnahmen, die im Rahmen des CBAM geltend gemacht werden könnten, darstellen würde¹²⁷. Zwar ist der Entwicklungsstatus eines Landes nicht unbedingt ein „Verhältnis“, das mit dem Schutz des Klimas (und somit dem Ziel des CBAM) zusammenhängt, und damit eine Unterscheidung im Rahmen des CBAM notwendig machen würde¹²⁸. Eine Argumentation, die auf das Pariser Abkommen und speziell

[picture/introduction-to-climate-finance/introduction-to-climate-finance](https://unfccc.int/topics/climate-finance/introduction-to-climate-finance/introduction-to-climate-finance) (zuletzt besucht 10.03.2021).

¹²⁵ Vgl. *Ahmad*, Carbon Tax as Discrimination: Revisiting the legal standard of national treatment under WTO law, *Nat. Law School India Review*, 32, 2020, S. 181-204, S. 185 f.

¹²⁶ Vgl. oben B.II.2.

¹²⁷ *Zachmann/McWilliams*, A European carbon border tax: much pain, little gain, *Bruegel Policy Contributions* 5, 2020, S. 11; mit Verweisen auf entsprechende Studien.

¹²⁸ Vgl. Appellate Body, *US – Shrimp-Turtle*, WTO/DSS8/AB/R., Rz. 162 f.

das CDRRC-Prinzip abstellt, scheint jedoch nicht abwegig¹²⁹.

Ein EU-CBAM, der de facto eine CO₂-Bepreisung für Produkte einführt, die in anderen Ländern einer solchen eben nicht unterstehen, könnte darüber hinaus generell als „übergriffig“ und im schlimmsten Falle als Verstoß gegen das Territorialitätsprinzip aufgefasst werden¹³⁰.

Immerhin sind im internationalen Recht Länder grundsätzlich nur befugt, Maßnahmen innerhalb ihrer eigenen Landesgrenzen zu treffen. Grenzüberschreitende Maßnahmen erfordern grundsätzlich das Einverständnis der betroffenen Länder. Allerdings hat der EuGH zur Ausweitung des EU-Emissionshandel auf den Luftverkehr entschieden, dass dies nicht als Verstoß gegen das Territorialitätsprinzip zu sehen ist, da einerseits der Klimaschutz ein internationales Ziel ist und andererseits über die Landung auf Flughäfen innerhalb der EU ein ausreichender Bezug hergestellt werden kann¹³¹. Auch hat der Appellate Body der WTO entschieden, dass Maßnahmen, die im Zusammenhang mit einer globalen Umweltpolitik stehen, (zumindest WTO-

rechtlich) möglich sind: Handelsmaßnahmen seien nur dann und nur solange zulässig, wie sich der jeweilige Staat in fairen Verhandlungen um eine wirksame internationale Regelung zum Schutz bemüht hat und diese noch nicht erreicht worden ist¹³².

Vor diesem Hintergrund sind dann auch die eingangs erwähnten Vorschläge zur Gründung eines „Klimaclubs“ nach dem Wissenschaftlichen Beirat des BMWi¹³³ bzw. die Bestrebungen des US-Präsidenten Biden zum internationalen Klimaschutz¹³⁴ zu sehen: Angenommen, dass das WTO-Recht Gespräche zu dem gemeinsamen Ziel eines möglichen CBAM erfordern würde, fragt sich natürlich, welche materiellen Anforderungen an diese Gespräche gestellt werden¹³⁵. Ein Erfolg wird zwar seitens des Appellate Body nicht erwartet, und damit wohl auch nicht die Gründung eines Clubs. Jedoch müssen die Bemühungen als „ernsthaft“ angesehen werden können¹³⁶. Ob das Pariser Abkommen als solches ausreicht oder ein erneutes, aktives „Aufeinanderzugehen“ mit einem (mehr oder weniger) konkreten Vorschlag für einen CBAM erforderlich ist, bleibt also offen¹³⁷. Im Übrigen ist der Vorschlag eines „Klimaclubs“,

¹²⁹ Umfassend: Ahmad, Carbon Tax as Discrimination: Revisiting the legal standard of national treatment under WTO law, *Nat. Law School India Review*, 32, 2020, S. 181-204, S. 199f.

¹³⁰ Vgl. DIW, Carbon Border Adjustments and Alternative Measures for the EU ETS, Discussion Paper 1855, 2020. Auch: *Zachmann/McWilliams*, A European carbon border tax: much pain, little gain, *Bruegel Policy Contributions* 5, 2020, S. 11.

¹³¹ EuGH, Urt. v. 21.12.2011, Rs. C-366/10 – Open Skies, umfassend: *Herz*, Emissionshandel im Luftverkehr – Zwischen EuGH-Entscheidung und völkerrechtlichen Gegenmaßnahmen.

¹³² Vgl. Appellate Body, *US Shrimp-Turtle*, WTO/DSS8/AB/R., 2001. Dazu auch: *Pauwelyn*, Carbon Leakage Measures and Border Tax Adjustments under WTO Law, in *Prevost/v. Calster*, *Research Handbook on Environment, Health and the WTO*, Edward Elgar, 2012; *Klepper et al.*, Konsistente Förderung erneuerbarer Energien durch eine Ausweitung des europäischen Emissionshandels, 2019, S. 134 f.

¹³³ Der Wissenschaftliche Beirat hatte statt eines „All-eingangs“ der EU mit einem CBAM vorgeschlagen, dass man die günstige politische Situation insbesondere durch den neuen US-Präsident Biden nutzen solle, um eine Art Klimacub zu gründen, im Rahmen dessen globale Anstrengungen zur CO₂-Minderung bzw. Bepreisung vorangetrieben werden könnten, etwa in Form eines multilateralen CBAM. Vgl. *Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, Ein CO₂-Grenzausgleich als Baustein eines Klimaclubs v. 22.02.2021.

¹³⁴ Präsident Biden hatte kurz nach seinem Amtsantritt bereits angekündigt sich innerhalb der internationalen Staatengemeinschaft für den globalen Klimaschutz einzusetzen und für den 22. April zu einem Gipfeltreffen eingeladen. Vgl. Pressemitteilung des Weißen Hauses, abrufbar unter: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/03/26/president-biden-invites-40-world-leaders-to-leaders-summit-on-climate/>. Der Gipfel, bzw. die im Zusammenhang mit dem virtuellen Treffen der rund 40 Regierungschefs geführten Gespräche, resultierte in Zusagen zu (ambitionierten) Treibhausgasminderungszusagen u. a. der USA selbst (Minderung von 50-52% ggü. 2005 Werten), Japan und Canada, wobei die EU ihre Ziele – und ggf. Anschärfungen – bestätigte. China und Russland machten zwar keine verbindlichen Zusagen, erklärten aber ihre Unterstützung für den globalen Klimaschutz. Vgl. *NY Times*, Biden, Calling for Action, Commits U.S. to Halving Its Climate Emissions, <https://www.nytimes.com/2021/04/22/climate/biden-climate-change.html>, (zuletzt aufgerufen: 26.04.2021).

¹³⁵ Vor diesem Hintergrund ist dann auch die Frage spannend, ob nicht generell „regionale“ Abkommen zu erhöhten internationalen Klimaschutzbestrebungen führen können. Vgl. dazu etwa: *Dröge et al.*, *Mobilising Trade Policy for Climate Action under the Paris Agreement*, Options for the European Union, *SWP Research Paper* 2018/RP, 01.02.2018.

¹³⁶ Vgl. Appellate Body, *US Shrimp-Turtle*, WTO/DSS8/AB/R., 2001, Rn. 44.

¹³⁷ Vgl. dazu etwa: *Chang*, Proposal for a Multilateral Border Carbon Adjustment Scheme that is consistent with WTO Law, 47 *Envtl. L. Rep.* 10, S. 10829-10836.

wie etwa vom Wissenschaftlichen Beirat vertreten, kritisch zu betrachten. Immerhin macht Art. XXIV GATT umfassende Regelungen für Freihandelszonen oder ähnliche Zusammenschlüsse zwischen Vertragsstaaten, die u. a. nicht dazu führen dürfen, dass Nicht-Mitglieder generell schlechter gestellt werden als vor Gründung des „Clubs“. Abgesehen davon müssten die Regeln eines „Club-CBAM“ für die jeweiligen Nichtmitglieder WTO-konform sein. Kurzum: Auch internationale Verhandlungen und Gemeinschaften rund um einen CBAM sind (WTO-rechtlich) nicht unproblematisch. Gegenüber denjenigen WTO-Mitgliedern, die nicht Mitglied des Klimaclubs sind, ist WTO-Recht selbstverständlich trotzdem zu beachten.

Ob der CBAM im Zweifelsfalle überhaupt vor (die ein oder andere) internationale Gerichtsbarkeit gebracht würde, hängt dann auch wesentlich davon ab, wie dieser von der internationalen Staatengemeinschaft aufgenommen wird, und damit von seiner konkreten Ausgestaltung. Ein WTO-Recht-kompatibles, diskriminierungsfreies Modell, welches auf nachvollziehbare Weise einen Beitrag zum internationalen Klimaschutz und den Zielen des Pariser Abkommens leisten kann, sollte (hoffentlich) innerhalb der Staatengemeinschaft auf wenig Ablehnung stoßen und somit Bestand haben können¹³⁸.

Eine Art „Solidaritätsklausel“ für Entwicklungs- und Schwellenländer, wie sie nicht zuletzt auch vom EU-Parlament angeregt wird, könnte dabei ggf. zu dieser internationalen Akzeptanz beitragen bzw. der Vereinbarkeit mit den Grundsätzen des Pariser Abkommens und der Vereinten Nationen zum Klimaschutz dienen¹³⁹. Allerdings ist eine solche Verankerung des CDDRC-

Prinzips zumindest mit Hinblick auf das WTO-Recht nicht gänzlich unumstritten¹⁴⁰.

2. Handelspolitik über Handelsrecht? – Die Gefahr politischer Vergeltung

Wie im Vorangegangenen geschildert, ist der CBAM aus zahlreichen Gründen umstritten. (Aller-)Spätestens, wenn das Thema der Exportsubventionen etwa durch ein Fortsetzen der Freien Allokation oder anderweitige Maßnahmen durch die Mitgliedstaaten aufkommt, wird international mit (heftiger) Opposition zu rechnen sein.

Generell scheint in der Staatengemeinschaft, wenn überhaupt, ein CBAM nur als eine Art „*Measure of last resort*“ anerkannt zu werden¹⁴¹. Zwar hatten insbesondere die USA selbst über einen solchen Mechanismus nachgedacht, davon aber auch wieder Abstand genommen¹⁴².

Selbst wenn der CBAM als Umweltschutzmaßnahme deklariert und mit den Vorgaben des GATT vereinbar gestaltet wird, besteht die Gefahr, dass andere Staaten das politische Signal, das von der Einführung eines CBAM ausgehen mag, als protektionistisch auffassen und Vergeltungsmaßnahmen ergreifen¹⁴³. Diese Problematik wird noch dadurch verstärkt, dass der Streitbeilegungsmechanismus der WTO seit dem Rückzug der USA lahmgelegt ist; der Appellate Body kann als letzte Instanz im Streitfall also nicht angerufen werden¹⁴⁴. In den vergangenen Jahren kam es auch bereits vermehrt zu kleinen „Handelskriegen“, in denen Vertragsstaaten unterschiedliche Maßnahmen gegen vermeintliche Verstöße gegen das Welthandelsrecht ergriffen haben¹⁴⁵. Ähnliches könnte der EU

¹³⁸ Vgl. dazu auch: *Bueh et al. Border Adjustment Mechanisms*, S. 73 f.

¹³⁹ Vgl. *E- Parlament, A WTO-compatible EU carbon border adjustment mechanism*, P9_TA-PROV(2021)0071 v. 10.03.2021, Rn. 8 f.

¹⁴⁰ Vgl. oben zur Frage der „gleichen Verhältnisse“, die eine (Un-) Gleichbehandlung erlauben.

¹⁴¹ Vgl. Zitat John Kerry, im Interview mit der *Financial Times*; abrufbar unter: <https://www.ft.com/content/3d00d3c8-202d-4765-b0ae-e2b212bbca98>.

¹⁴² Vgl. dazu umfassend, *Pauwelyn, Carbon Leakage Measures and Border Tax Adjustments under WTO Law*, in *Prevost/v. Calster, Research Handbook on Environment, Health and the WTO*, Edward Elgar, 2012.

¹⁴³ Teils wird argumentiert, dass bereits durch die Absichtserklärung der EU-Kommission einen solchen CBAM einzuführen eine entsprechende Gefahr und damit ein unkalkulierbares Risiko für die EU-Industrie entstanden ist. Vgl. *German Council of Economic Experts, Carbon Adjustment Mechanisms: Empirics, Design and Caveats*, Working Paper 11/2020, S. 34 f.

¹⁴⁴ Vgl. *United States Continues to Block New Appellate Body Members for the World Trade Organization, Risking the Collapse of the Appellate Process*, *American Journal of International Law*, Volume 113, Issue 4, October 2019 S. 822 – 831.

¹⁴⁵ Die EU ist so beispielsweise gegen vermeintliches Dumping von PV-Panelen aus China vorgegangen; für eine Übersicht des in 2012 begonnenen

auch bei Einführung eines CBAM drohen¹⁴⁶.

Allerdings wären solche Maßnahmen selbstverständlich ihrerseits auch wieder WTO-rechtlich zu hinterfragen. An dieser Stelle interessant ist u.a. der Umstand, dass einige jüngere Mitglieder der WTO in ihren Beitrittsprotokollen bestimmte Auflagen erhalten haben, etwa was neue oder Änderungen von Exporttarifen oder -vergünstigungen betrifft. Der Appellate Body hat hierzu – im Falle von China – geurteilt¹⁴⁷, dass der Umweltschutz keine Rechtfertigung gegen Verstöße gegen diese Auflagen sein kann, was im Falle eines internationalen „CBAM“-Wettstreits interessant werden könnte¹⁴⁸.

3. Zwischenfazit: Aspekte des internationalen Rechts und der Handelspolitik

Auch nach den Vorgaben des internationalen Rechts sind grundsätzlich alle vier Ausgestaltungsoptionen möglich. Ob man dabei eine „Steuer“ wählt – und damit den Sonderfall der Grenzausgleichsteuer nach Art. II:2 Buchst. a) GATT (Option 1) oder über eine Ausweitung des EU-Emissionshandel geht (Optionen 2 und 3) ist im Endeffekt unerheblich, da das Diskriminierungsverbot für jedwede Maßnahme gilt. Hier wird es aber de facto vermutlich nicht möglich sein, eine komplette Diskriminierungsfreiheit zu garantieren (hier insbesondere durch die entstehenden Verwaltungsaufwände etwa durch die Nachweisführung über CO₂-Emissionen). Ob Option 4 – also der Verbrauchssteuer auf alle Erzeugnisse – im Endeffekt diskriminierungsfrei möglich wäre, ist fraglich: Auch hier ist eine Nachweisführung wohl erforderlich, da anderenfalls keine Basis für eine CO₂-Bepreisung besteht und damit schlussendlich auch keine Rechtfertigung für eine (Un-)Gleichbehandlung. Genau für den Nachweis, dass

diese Bepreisung diskriminierungsfrei ist. Allerdings ist eine Rechtfertigung über den Umweltschutz – welchen die EU als Hauptziel der Maßnahme deklariert – möglich.

Jedoch sollte, wie u. a. auch durch das EU-Parlament gefordert, der Umweltcharakter der Maßnahme betont und eine möglichst wenig diskriminierende Ausgestaltung gewählt werden, etwa durch ein IAM System mit „best available technique“ Benchmarks und eine Solidaritätsklausel für Entwicklungs- und Schwellenländer – sofern dies mit dem WTO-Recht vereinbar umgesetzt werden kann. Sicherlich ist es auch sinnvoll, im Rahmen von bi- und multilateralen Gesprächen um internationale Allianzen zu werben, und die internationale Opposition möglichst abzuschwächen. Handelspolitische Vergeltungsmaßnahmen können allerdings nicht komplett ausgeschlossen werden.

„Handelsstreits“, vgl. die Website der EU-Kommission, Generaldirektion Handel: http://trade.ec.europa.eu/tdi/case_history.cfm?init=1895.

¹⁴⁶ Vgl. dazu umfassend: *German Council of Economic Experts, Carbon Adjustment Mechanisms: Empirics, Design and Caveats, Working Paper 11/2020, S. 34 f.; Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Ein CO₂-Grenzausgleich als Baustein eines Klimaclubs v. 22.02.2021.*

¹⁴⁷ AB China – Raw Materials, WT/DS394/AB/R, 2012, Rz. 303 ff.

¹⁴⁸ Vgl. zu der Möglichkeit unterschiedlicher internationaler CBAM Mechanismen bzw. deren Wettbewerb: *Karapinar/Holzer, Legal Implications of the Use of Export Taxes in Addressing Carbon Leakage: Competing Border Adjustment Measures, 10 NZJPIL, 15, 2012, S. 15-36.*

D. Fazit und Ausblick

Die EU-Kommission will mit dem für den 14. Juli 2021 angekündigten „Fit for 55“ Paket vornehmlich die Unionsgesetzgebung an die neuen Klimaziele für 2030 anpassen. Entsprechend kommt den Reformen von Instrumenten wie dem EU-Emissionshandel aber auch der Erneuerbare-Energien-Richtlinie oder der Energieeffizienzrichtlinie die größte Bedeutung zu.

Gleichzeit soll mit dem Vorschlag für ein CO₂-Grenzausgleichssystem über die Verpflichtungen der Union selbst hinausgegangen werden – sei es nach dem Pariser Abkommen, im Rahmen dessen das Ziel der 55% Treibhausgasminderung bis 2030 angekündigt wurde, oder dem im Gesetzgebungsprozess befindlichen EU-Klimagesetz. Mit einem solchen Mechanismus sollen vielmehr globale Emissionen adressiert und „eingepreist“ werden, zumindest sofern und insoweit dies in den Produktionsländern noch nicht geschehen ist. Damit bestärkt die EU ihr Selbstverständnis als internationaler „Vorreiter“ im Klimaschutz.

Grundsätzlich ist ein solches CO₂-Grenzausgleichssystem – auch in unterschiedlichen Ausgestaltungsmöglichkeiten – sowohl mit dem EU-Recht als auch mit dem WTO-Recht vereinbar. Allerdings liegt der Teufel hier im Detail: Gerade was das WTO-Recht betrifft kommt der möglichst diskriminierungsfreien Ausgestaltung sowie generell der Rechtfertigung der Maßnahme auf Basis des Umwelt- bzw. Klimaschutzes eine große Bedeutung zu. Ferner ist damit noch nicht gesagt, dass es nicht trotzdem zu internationalen (Handels-)Konflikten kommen wird.

Entsprechend sollten insbesondere die folgenden Punkte beachtet werden, um etwaige rechtliche und politische Risiken zu minimieren:

- ▶ **Art. 192 AEUV und der Umweltschutz als Rechtsgrundlage:** Wie die EU-Kommission bereits plant, scheint diese Bestimmung – selbst wenn sie ggf. für Maßnahmen überwiegend steuerlicher Art mit einer Einstimmigkeitserfordernis einhergeht – für die (internationale) politische Kommunikation günstiger als eine

Rechtsgrundlage außenhandelspolitischer Art.

- ▶ **Anschluss an den EU-Emissionshandel anstatt einer neuen Steuer:** Wird parallel zum EU-Emissionshandel verfahren – entweder durch Einbindung von Importen oder durch Schaffung eines fiktiven EU-Emissionshandel – kann das Einstimmigkeitserfordernis aus Art. 192 Abs. 2 AEUV ggf. umgangen werden.
- ▶ **Neue Eigenmittel ermöglichen:** Wie durch die EU-Institutionen bereits geplant, sollte ein entsprechender Eigenmittelbeschluss die Nutzung von Einnahmen aus dem CBAM im Rahmen des EU-Haushalts möglich machen.
- ▶ **Freie Allokation und Beihilferegime überdenken:** Nicht nur das EU-Beihilferecht macht das Fortführen der bestehenden Regelungen zur Freien Allokation im Rahmen des EU-Emissionshandel bzw. Beihilfen über die Mitgliedstaaten für energieintensive Unternehmen bei Einführung eines neuen CBAM bedenklich; auch aus WTO-rechtlichen Gründen sind diese Maßnahmen als mögliche (verbotene) Subventionen problematisch. Die EU-Kommission prüft daher zurecht deren Notwendigkeit und Anpassung für die Zukunft.
- ▶ **Diskriminierungsfreie Ausgestaltung nach WTO-Recht:** Während es vermutlich nicht möglich sein wird, einen CBAM auf der Tatbestandsebene komplett diskriminierungsfrei auszugestalten, d.h. insbesondere „gleiche Produkte“ (nach Definition des Appellate Body) tatsächlich gleich zu behandeln, sollte ein CBAM auf der Rechtfertigungsebene zu vertreten sein. Immerhin besteht mit dem Klimaschutz ein ernstzunehmender Grund und es sind Maßnahmen denkbar, die den Vorwurf einer willkürlichen oder ungerechtfertigten Ungleichbehandlung entkräften können.
- ▶ **Um internationale Allianzen werben:** Selbst die Kompatibilität mit dem WTO-Recht kann jedoch keine Garantie geben, dass es nicht zu handelspolitischen „Vergeltungsmaßnahmen“ kommt. Entsprechend ist es sinnvoll, den CBAM bereits

vorab auf internationaler Ebene zu bewerben, bzw. zumindest Verständnis für die Beweggründe und den (erhofften) Beitrag zum internationalen Klimaschutz zu gewinnen.

Zwar sieht es so aus als würde auch eine EU- und WTO-rechtskompatible Ausgestaltung eines solchen Mechanismus gelingen. Allerdings wird die EU-Kommission auf dem Weg von einem ersten offiziellen Vorschlag bis hin zum Inkrafttreten bzw. Anlaufen des Mechanismus wohl noch einige Hürden vor sich haben – selbst wenn es nicht die Einstimmigkeit der EU-Mitgliedstaaten erfordert, so ist insbesondere auf internationaler Ebene politisches (Handels-)Geschick gefragt. Mit den jüngsten Bekenntnissen u. a. der Vereinigten Staaten und China zu mehr Klimaschutz könnte die Zeit jedoch günstig sein für ein solches Instrument, und damit eine „global“ und „grenzüberschreitende“ Klimaschutzmaßnahme.

Kontakt

Stiftung Umweltenergierecht
Friedrich-Ebert-Ring 9
97072 Würzburg

T: +49 931 794077-0
F: +49 931 7940 77-29

info@stiftung-umweltenergierecht.de
www.stiftung-umweltenergierecht.de

Entstanden im Rahmen des Vorhabens:

**Auswirkungen des EU Green Deal auf das Klimaschutz- und
Energerecht in Deutschland**