

Teil 4: Perspektiven – synergetische Fragmentierung?

Teil 4 untersucht in zwei Schritten, inwieweit die Wechselbeziehungen der EU und der ICAO bzw. der die ICAO bildenden Staaten sowie zwischen dem LuftV-EU-EHS und dem CORSIA perspektivisch auch synergetische Effekte bereithalten können. Dafür wird zunächst (§ 17) untersucht, inwiefern im Rahmen der EU die festgestellten Schwächen des CORSIA adressiert werden können. Anschließend (§ 18) werden mögliche Entwicklungslinien des LuftV-EU-EHS im Verhältnis zum CORSIA analysiert und angesichts der insbesondere in Teil 2 erarbeiteten Maßgaben *de lege ferenda* eine subordinativ-ambitionierte Ausrichtung der Fortentwicklung des LuftV-EU-EHS befürwortet.

§ 17 EU-Umsetzung der CORSIA-Regelungen – CORSIA-Stärkung und Ausgleich seiner Schwächen?

Die EU setzt ihre Stärken als supranationale Organisation in verschiedenen Bereichen dazu ein, die Implementation von Maßnahmen abzusichern, die auf internationaler Ebene vereinbart wurden.¹⁴³⁵ Dies trifft jedenfalls mit Wirkung gegenüber den EU-Mitgliedstaaten auch für den Klimaschutz im Rahmen des UNFCCC-Regimes zu: So beförderte die Kyoto-Lastenteilungsvereinbarung¹⁴³⁶ der EU-Mitgliedstaaten nicht nur allgemein die Verhandlungen zu den mengenmäßigen Einsparungen, wie sie schlussendlich von den Annex 1-Staaten übernommen wurden. Vielmehr wurden durch

1435 Exemplarisch für den Bereich der Schiffssicherheit (die auch mit Blick auf den Umweltschutz hochrelevant ist) *Vitzthum ZaöRV* 62 (2002), 163: die EG als „Implementationsorgan der IMO“, S. 176 und als „regionale[r] „Durchsetzungsdegen der IMO“, S. 177, wenn auch mit kleineren Einschränkungen. Daran anschließend *Solf Europ. Meeresumweltrecht* 2017, 210 f. Mit Blick auf die Aarhus-Konvention *Saurer NVwZ* 2017, 1574, 1577. Mit ähnlichen inhaltlichen Erwägungen für Umweltvölkerrechtliche Verträge der EU *Epiney Umweltrecht EU*, 3. Kapitel Rn. 28, *Lanord Revue du Droit de l' Union Européenne* 2003, 849, 881 ff. Aus auch extra-unionaler Perspektive mit Beispielen insbes. aus dem Bereich der Geldwäsche *Cremona* in: *Cremona/Scott* (Hrsg.) *EU Law Beyond EU Borders*, 64, 100 ff.

1436 Dazu bereits oben § 3 B.I., S. 61 f.

die intra-unionale Bindungswirkung der Vereinbarung auch die Kyoto-Reduktionsverpflichtungen der EU-Staaten mit der besonderen Durchsetzungsstärke des Unionsrechts versehen.¹⁴³⁷ Mit Blick auf das Pariser Übereinkommen haben die EU-Staaten ihre NDC gemeinsam formuliert. Auch zu deren Erreichung kann das Unionsrecht durch seine Durchsetzungsstärke die regionale Implementation der Inhalte des internationalen Übereinkommens absichern.¹⁴³⁸ In diesem Kontext wurde die Mitgliedschaft der EU im Pariser Übereinkommen als „Katalysator der Rechtsverbindlichkeit in den EU-Mitgliedstaaten“¹⁴³⁹ bezeichnet. Denn es würde im Rahmen der EU „das robuste Rechtsdurchsetzungsinstrumentarium des Unionsrechts hinter den völkerrechtlichen Vertrag“¹⁴⁴⁰ gebracht.

Ein vergleichbares Vorgehen ist auch mit Blick auf das CORSIA denkbar. Nachfolgend werden daher entsprechende Möglichkeiten untersucht, wie eine Stärkung des CORSIA und ein Ausgleich der festgestellten Schwächen im Rahmen des Unionsrechts erfolgen kann. Da die EU kein Mitglied der ICAO ist¹⁴⁴¹ und nicht selbst am CORSIA teilnimmt, sondern nur ihre Mitgliedstaaten, erfolgt eine solche unionale Umsetzung nicht aufgrund völkerrechtlicher Bindungen, sondern um ein einheitliches Regelungsniveau innerhalb der EU zu gewährleisten.¹⁴⁴² In der Analyse wird zwischen zwei Wirkrichtungen dieser Effektivierung unterschieden: Einerseits der Wirkung gegenüber den EU-Mitgliedstaaten („intra-unionale Wirkung“, dazu A.), die klassischerweise vom Vertragsverletzungsverfahren als Durchsetzungsinstrumentarium profitiert. Andererseits findet über die oben genannten Beispiele aus dem UNFCCC-Regime hinausgehend eine mögliche Wirkung gegenüber EU-Drittstaaten Berücksichtigung („extra-unionale Wirkung“, dazu B.).

1437 Zu beiden Gesichtspunkten mwN *Oberthür* in: *Oberthür/Gehring* (Hrsg.) *Institutional Interaction*, 53, 68 ff.

1438 *Proelß* in: *Gundel/Lange* (Hrsg.) *Europ. Energierecht: Klimaschutz - Binnenmarkt*, 1, 23 im Kontext der EU-Energieunion. Vgl. etwa die verbindliche LastenteilungsVO 2018/842 für die Nicht-EHS-Sektoren sowie die EH-RL mit ihren verbindlichen Vorgaben zur Zielerreichung in den EHS-Sektoren.

1439 *Sauer* NVwZ 2017, 1574, 1577.

1440 *ders.* NVwZ 2017, 1574, 1577.

1441 Dazu bereits oben § 4 A.I., S. 76 ff.

1442 Dazu bereits oben § 4 B.S., S. 119 ff.

A. *Intra-unionale Wirkung*

I. Verbindlichkeit und Durchsetzungsstärke des Unionsrechts

1. Potentiale zur Schließung von Gestaltungsspielräumen

Inwieweit Gestaltungsspielräume für die EU-Staaten, wie sie sich aus den CORSIA-Regelungen ergeben, im Rahmen einer unionalen Umsetzung dieser Regelungen tatsächlich geschlossen werden, hängt von der konkreten unionalen Implementation ab. Maßgebliche Parameter dafür sind: die Art des Rechtsakts, mit dem eine Umsetzung erfolgt, und der Konkretisierungsgrad, den dieser Rechtsakt aufweist. Dem bisherigen Rechtsbestand geschuldet, ist eine Bewertung bisher nur für das MRV-System möglich (a). Für das Durchsetzungs- und Sanktionsregime (b) lassen sich nur Prognosen formulieren:

a) MRV-System

Durch die delegierte Verordnung 2019/1603 der Kommission, die die Vorgaben zu den Überwachungs- und Berichtspflichten des LuftV-EU-EHS auch auf mit Blick auf das CORSIA für anwendbar erklärt,¹⁴⁴³ kommt ein detailliertes Regime zur Anwendung, wie die Überwachung und Berichterstattung durch die Luftfahrzeugbetreiber zu erfolgen hat. Ein ähnlich detailliertes und strukturiertes Regime würden allerdings auch die grundsätzlich verbindlichen Standards des Annex 16 IV bereithalten,¹⁴⁴⁴ so dass auf den ersten Blick nicht erkennbar ist, inwiefern darin eine Effektivierung der CORSIA-Regelungen zu sehen wäre.

Von den CORSIA-Vorgaben des Annex 16 IV, bei denen es sich um ICAO-Standards handelt, kann jedoch von den CORSIA-Staaten unter den Voraussetzungen des Art. 38 CA abgewichen werden.¹⁴⁴⁵ Mit einer einheitlichen unionalen Rechtsetzung – wie im Falle des MRV-Regimes durch die delegierte Verordnung – werden solche Möglichkeit für die einzelnen EU-Staaten eingeschränkt.¹⁴⁴⁶ Denn einer solchen Verordnung

1443 Art. 3 Abs. 1 Delegierte VO 2019/1603, dazu bereits § 10 D.I., S. 253 f.

1444 Dazu oben § 12 C.I., S. 286 ff.

1445 Siehe oben § 4 A.III.3.a), S. 94 f.

1446 Diese Verordnung kommt dabei ohne notifizierte Abweichungen iSv Art. 38 CA gegenüber den Vorgaben des Annexes 16 IV zum Chicagoer Abkommen

kommt nach den Grundsätzen des Unionsrechts unmittelbare Geltung und Anwendungsvorrang gegenüber nationalem Recht zu.¹⁴⁴⁷ Eine alleinige nationale Abweichung iSv Art. 38 CA durch Schaffen eines anderen Regelungsbestandes, als ihn die ICAO-Standards vorsehen, wäre zugleich ein Abweichen vom vereinheitlichenden Regelungsbestand der delegierten Verordnung. Da die delegierte Verordnung eine Abweichung iSv Art. 38 CA aber gerade nicht vorsieht, widerspräche dies dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts. Der Anwendung von Überwachungs- und Berichtsregimen, die von den CORSIA-Vorgaben abweichen, nach nationalen Präferenzen wäre unter den Voraussetzungen des Art. 38 CA völkerrechtlich zwar möglich, ihr stehen jedoch für die EU-Mitgliedstaaten unionsrechtliche Gründe entgegen. Innerhalb der EU wird so ein einheitliches Überwachungs- und Berichtsregime für das CORSIA etabliert. Dieses geht in der Absicherung der Einheitlichkeit über die CORSIA-Regelungen hinaus, indem es umfassend verbindlich ist und keine Abweichungsmöglichkeit gewährt. Je nach Art und Inhalt ihrer unionalen Implementation kann eine solche Wirkung auch mit Blick auf die Ausgleichsverpflichtungen der Luftfahrzeugbetreiber, die ebenfalls als ICAO-Standards normiert sind, und deren Erfüllung herbeigeführt werden. In diesem Bereich steht eine unionale Rechtsetzung jedoch bisher noch aus.¹⁴⁴⁸

aus. Allgemein zu dieser Wirkung von EU-Verordnungen *Kaienburg/Wysk* in: Grabherr/Reidt/Wysk LuftVG, Einleitung Rn. 406, die dort genannte KOM-DurchführungsVO (EU) 923/2012 fordert in Art. 5 Abs. 1 sogar explizit, gegenüber der ICAO notifizierte nationale Unterschiede grds. zu widerrufen und die gemeinsam vereinbarten Unterschiede zu notifizieren.

- 1447 Zur unmittelbaren Geltung siehe schon Art. 8 Delegierten VO 2019/1603 sowie allgemein Art. 288 Abs. 2 S. 2 iVm Art. 290 Abs. 1 AEUV. Zum Anwendungsvorrang des Unionsrechts grundlegend EuGH, Urt. 15.07.1964 – 6/64 – (*Costa/ENEL*) 1269 ff.; EuGH, Urt. 09.03.1978 – 106/77 – (*Simmenthal*) Rn. 17/18. Die darin maßgebliche einheitliche Geltung und Wirksamkeit des Unionsrechts würde auch dadurch in Frage gestellt, dass nationale Regelungen neben oder anstatt von unionalen Tertiärrechtsakten wie der hier gegenständliche Delegierte VO Anwendung finden würden, weshalb der Anwendungsvorrang auch hier zu beachten ist.
- 1448 Hier stellt sich aber insbesondere auch die Frage nach einer Koordination mit dem EU-EHS, dazu unten § 18, S. 396 ff.

b) Nationales Durchsetzungs- und Sanktionsregime

Durch eine unionale Implementation der CORSIA-Regelungen können weiterhin für die EU-Staaten diejenigen Gestaltungsspielräume verringert werden, die sich aus den wenig spezifischen Vorgaben für das zu implementierende Durchsetzungs- und Sanktionsregime¹⁴⁴⁹ ergeben. Hier fehlt es an konkreten Vorgaben in Form von ICAO-Standards. Über die bloße allgemeine Zielverbindlichkeit aus Resolution A40-19 („necessary action“) hinausgehend könnten dabei von Seiten der EU – ähnlich wie für das LuftV-EU-EHS in Art. 16 EH-RL – insbesondere Vorgaben für einen einheitlichen Mindestbestand an Durchsetzungs- und Sanktionsregelungen getroffen werden.

2. Unionsrechtliche Durchsetzungsstärke: Potentiale bei defizitärer nationaler Umsetzung

Des Weiteren wird im Zuge unionaler, verbindlicher Rechtsetzung für die EU-Staaten die adäquate nationale Implementation der CORSIA-Regelungen nicht nur gegenüber völkerrechtlich zulässigen Abweichungen und weiten Gestaltungsfreiräumen abgesichert, sondern diese auch mit der besonderen Durchsetzungsstärke des Unionsrechts versehen. Die für die unionale Implementation ins Auge gefasste Überarbeitung der EH-Richtlinie¹⁴⁵⁰ würde zu einer Zielverbindlichkeit der darin enthaltenen Regelungen für die EU-Staaten führen.¹⁴⁵¹ Die Möglichkeit, ein Vertragsverletzungsverfahren einzuleiten, trägt dann in der Folge zur einheitlichen Beachtung und Durchsetzung dieser Regelungen durch die EU-Mitgliedstaaten bei.¹⁴⁵² Dabei bestehen allerdings die bereits aufgezeigten¹⁴⁵³ Schwächen dieses Verfahrens, das einige Zeit bis zur finalen Entscheidung durch den EuGH beansprucht und in seiner Aktivierung auf die teils als wenig systematisch kritisierte Handhabung der Kommission angewiesen ist. Soweit zusätzlich zur Überarbeitung der EH-RL auch EU-Verordnungen geschaffen werden, wie bspw. die delegierte Verordnung 2019/1603

1449 Dazu oben § 13 B., S. 299 ff.

1450 Siehe Art. 28b Abs. 2 S. 1 EH-RL konsolidiert.

1451 Art. 288 Abs. 3 AEUV.

1452 Zur Rolle des Vertragsverletzungsverfahrens im unionsrechtlichen Gefüge, aber auch monierten Defiziten bereits oben § 14 A.II., III., S. 308 ff.

1453 Dazu oben § 14 A.III., S. 311 f.

zum MRV-System, und diese die Betreiber direkt adressieren, wirken diese unionalen Regelungen direkt gegenüber den Luftfahrzeugbetreibern und verpflichten sie unmittelbar, was ebenfalls zur Einheitlichkeit und Verbindlichkeit der Realisierung des CORSIA in der EU beiträgt.

II. Potentiale zur Absicherung der Klimawirksamkeit der Ausgleichsprojekte?

Zwar sind eigene EU-Regelungen zur Anerkennung von Ausgleichszertifikaten denkbar, die von den Luftfahrzeugbetreibern zur Erfüllung der Ausgleichsverpflichtungen verwendet werden dürfen. Damit könnte die EU über die inhaltlichen Vorgaben der CORSIA-Regelungen qualitativ hinausgehen und bspw. nur diejenigen Zertifikate von Programmen anerkennen, denen eine höchstmögliche Umweltintegrität attestiert wird¹⁴⁵⁴. Auch könnten Regelungen speziell für die Ausgleichsprojekte (statt nur der Ausgleichsprogramme) geschaffen werden. Im Rahmen ihres „Fit für 55“-Vorschlagspakets entwirft die EU-Kommission im Hinblick auf die Umsetzung des CORSIA eine Regelung mit eigenen, über die Festlegungen der ICAO hinausgehenden, Vorgaben für die von den EU-Airlines verwendbaren Ausgleichszertifikate.¹⁴⁵⁵ Dies stellt eine Abweichung iSv Art. 38 CA dar, die der ICAO zu notifizieren wäre. Denn für die Festlegung der Programme, deren Zertifikate als CORSIA-Ausgleichszertifikate anerkannt werden, sind von den CORSIA-Standards keine Gestaltungsspielräume vorgesehen.¹⁴⁵⁶

Die Schaffung eines solchen eigenen Anerkennungsverfahrens der EU dürfte auch politisch sehr kontrovers sein. Sie würde den diesbezüglich global einheitlichen Ansatz des CORSIA konterkarieren, was vor dem Hintergrund des Art. 2 Abs. KP völkerrechtlich problematisch ist. Selbst wenn von Seiten der EU dabei auf ein höheres Ambitionsniveau des CORSIA abgezielt würde, würde aufgrund der daraus resultierenden Fragmentierung des CORSIA-Regimes eine Schwächung statt einer Stärkung des CORSIA als Gesamtsystem herbeigeführt. Denn das CORSIA ist darauf angewiesen,

1454 So auch *UBA* Feedback zu Überarbeitung EHS, KOM Inception Impact Assessment, Ares(2020)3515933, online, 28.08.2020, 3.

1455 Vgl. Art. 11a Abs. 1-3, 8 COM(2021) 552 final.

1456 Siehe Ziffer 4.2.1 Annex 16 IV, der nur die im Rahmen des inkorporierten Dokuments „CORSIA Eligible Emission Units“ genannten Programme anerkennt und dabei in seiner Formulierung abschließend ist.

dass relevante Stellschrauben des Systems wie das Anerkennungsverfahren möglichst einheitlich abgesichert werden, um Trittbrettfahrer-Optionen zu vermeiden. Ein – wenn auch ambitionierterer – Sonderweg der EU würde hier einen negativen Präzedenzfall setzen, dem andere Staaten durch (dann auch ggf. weniger ambitionierte) Sonderwege nachfolgen und so eine Zersplitterung des CORSIA herbeiführen könnten.

Freilich kann die EU als Zusammenschluss marktmächtiger Staaten (bzw. ihre Mitgliedstaaten) aber auf die Ausgestaltung der *eligibility criteria* durch den ICAO-Rat und deren Anwendung durch TAB und ICAO-Rat im Rahmen des Anerkennungsverfahrens der einzelnen Programme dahingehend politischen Einfluss nehmen, dass sie ein hohes Ambitionsniveau und die strikte Berücksichtigung der Kriterien fordert.

B. Extra-unionale Wirkung

Aufgrund der festgestellten Lücken für die Absicherung der nationalen Umsetzung und Anwendung¹⁴⁵⁷ können die CORSIA-Regelungen und die ICAO selbst kein global einheitliches (hohes) Implementationsniveau des CORSIA gewährleisten. Zu eruieren ist deshalb, inwieweit die EU und ihre Mitgliedstaaten die Realisierung des CORSIA auch gegenüber Drittstaaten und damit mit extra-unionaler Wirkung effektuieren können. Mit Blick auf CO₂-intensive Produkte zieht die Europäische Kommission solche Effektivierungsansätze in Form von Grenzausgleichsmaßnahmen in Erwägung.¹⁴⁵⁸ Mit Grenzausgleichsmaßnahmen kann einerseits der Gefahr entgegengewirkt werden, dass CO₂-intensive Produktionsvorgänge in Drittstaaten mit geringeren Klimaschutzanforderungen verlagert oder durch solche ersetzt werden. Andererseits werden damit Anreize für die Drittstaaten geschaffen, ihre eigenen Klimaschutzstandards zu erhöhen. Maßnahmen mit vergleichbarer Steuerungswirkung sind auch für den Klimaschutz im Luftverkehr mit Blick auf das CORSIA denkbar (dazu I.1. und 2.) und in bestimmten rechtlichen Ausprägungen möglich (dazu I.3. und II.). Daneben können die CORSIA-Standards in neuen Luftverkehrsabkommen der EU und ihrer Mitgliedstaaten Berücksichtigung finden (dazu IV.), nicht aber im Hinblick auf die Abgaben an Flughäfen und die Slot-Vergabe in ihren bestehenden Konzeptionen (dazu III.).

1457 Siehe § 14 B., S. 313 ff. und C.I., S. 323 ff.

1458 Siehe im Green Deal COM(2019) 640, 6 sowie COM Inception Impact Assessment, Carbon border adjustment mechanism, Ref. Ares(2020)1350037.

I. Notwendigkeit und Möglichkeiten für „Grenzausgleichsmaßnahmen“ im Luftverkehr

Unter Grenzausgleichssteuern (*Border Tax Adjustments*) werden in Anlehnung an die Definition der *Working Party on Border Tax Adjustments*, die unter dem General Agreement on Tariffs and Trade 1947 (GATT 1947)¹⁴⁵⁹ als völkerrechtlichem Vertrag eingerichtet wurde, diejenigen fiskalischen Maßnahmen verstanden, die das Bestimmungslandprinzip verwirklichen; dies kann sowohl in Anknüpfung an den Export von Gütern (Erlass entsprechender inländischer Steuern bzw. Abgaben) als auch an den Import von Gütern (Erhebung der inländischen Steuern bzw. Abgaben) erfolgen.¹⁴⁶⁰ Für den Bereich des Klimaschutzes werden – ohne speziellen Bezug zum Luftverkehr – unter dem Schlagwort *Border Carbon Adjustment* (auch *Border Adjustments* bzw. *Border Adjustment Measures*, Grenzausgleichsmaßnahmen) für verschiedene Kontexte (z.B. national, europäisch oder mit bestimmtem Sektorbezug) Maßnahmen diskutiert, die einerseits Wettbewerbsverzerrungen vermeiden sollen, die durch unter den Staaten divergierende Klimaschutzniveaus für Unternehmen aus Staaten mit vergleichsweise hohem Klimaschutzniveau verursacht werden, und andererseits auch zu einer Erhöhung des globalen Klimaschutzniveaus (auch unter Berücksichtigung des Verursacherprinzips) beitragen können. Deren rechtliche Zulässigkeit ist insbesondere mit Blick auf das Welthandelsrecht kontrovers. Je nach konkreter Ausgestaltung (z.B. CO₂-Steuer auf Importe aus Staaten mit geringeren Klimaschutzstandards) sind u.a. Verstöße gegen das Meistbegünstigungsprinzip und das Inländergleichbehandlungsprinzip möglich und es kommt auf eine Rechtfertigung aus Umweltschutzgesichtspunkten an.¹⁴⁶¹

1459 General Agreement on Tariffs and Trade, Final Act Adopted at the Conclusion of the Second Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment. Genf, 30. Oktober 1947, UNTS 55 (1950) 187, Art. XXV Abs. 1.

1460 GATT *Working Party on Border Tax Adjustments* Report L/3464, Rn. 4f. Zur Einordnung der Grenzausgleichsmaßnahmen allgemein in das Welthandelsrechts-Regime *Attemöller* EuZW 2017, 917, 919 ff.; *Ruddigkeit* BTAs, 7 ff.

1461 Die Literatur zu *Carbon Border Adjustments/Border Tax Adjustments* und deren rechtlicher Zulässigkeit in verschiedenen Ausprägungen ist sehr umfangreich, siehe exemplarisch *Mehling/van Asselt/Das/Droege/Verkuyl* AJIL 113 (2019), 433, 456 ff. mwN in Fn. 160; *Gappa* Grenzausgleichsmaßnahmen Klimaschutz, 157 ff.; *Becker/Brzeskot/Peters/U. Will* ZfU 2013, 339, 350 ff.; *Friedrich* WTO und Klimaschutz, 107 ff.; *Holzner* CCLR 2010, 51, 52 ff.; mit Blick auf das EU-EHS: *Volmert* BTAs, 67 ff.; *Ruddigkeit* BTAs, 17 ff.; *U. Will* CBAs, WTO Law, EU ETS,

Auch in der EU richten sich die Erwägungen zur Schaffung von Grenzausgleichsmaßnahmen bisher nicht auf den Luftverkehr, sondern vor allem auf die besonders energieintensive Produktion: Die Kommission hat in ihrem *Green Deal* mit Blick auf das EU-EHS ins Auge gefasst, ein so bezeichnetes „CO₂-Grenzausgleichssystem“ für ausgewählte Sektoren zu etablieren, um auf diese Weise eine „Alternative zu den Maßnahmen [in Fn. 10 wird diesbezüglich aufgeführt: „Z.B. die kostenlose Zuteilung von Emissionszertifikaten oder der Ausgleich für den Anstieg der Stromkosten.“], mit denen das Risiko der Verlagerung von CO₂-Emissionen im Rahmen des EU-Emissionshandelssystems gemindert wird“,¹⁴⁶² zu schaffen.¹⁴⁶³ Der Luftverkehr wird vom Vorschlag der Kommission für Grenzausgleichsmaßnahmen im Rahmen des „Fit für 55“-Vorschlagspaktes nicht erfasst.¹⁴⁶⁴ Grenzüberschreitende Luftverkehrstätigkeiten sind klassischerweise nicht als „Einführen“¹⁴⁶⁵ zu verstehen, auf die sich der Grenzausgleich beziehen soll. Dieser Begriff nimmt vielmehr typischerweise Bezug auf Waren.¹⁴⁶⁶

Für die Luftverkehrstätigkeit bestehen allerdings an sich vergleichbare Ausgangsprobleme (dazu 1. und 2.) sowie die Möglichkeit, diesen durch speziell auf die Luftverkehrstätigkeit zugeschnittene Maßnahmen zu begegnen, die mit Blick auf ihre Steuerungswirkung klassischen, auf Warenimporte angewendeten *Border Carbon Adjustments* entsprechen (dazu 3.).

89 ff., 108 ff.; *Ismer/Neuhoff* European Journal of Law and Economics 24 (2007), 137, 143 ff.; *Cendra RECIEL* 15 (2006), 131, 138 ff.

1462 COM(2019) 640 final, 6. In der englischen Fassung, S. 5: „carbon border adjustment mechanism“.

1463 Erste Schritte wurden mit einem Inception Impact Assessment (vom 04.03.2020, COM Inception Impact Assessment, Carbon border adjustment mechanism, Ref. Ares(2020)1350037) unternommen, das als Grundlage einer Öffentlichkeitsbeteiligung diente, <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12228-Carbon-Border-Adjustment-Mechanism> (letzter Abruf: 28.06.2021), mittlerweile liegt der Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung eines CO₂-Grenzausgleichssystems, COM(2021) 564 final, vor.

1464 Siehe Annex 1 des Vorschlags, COM(2021) 564 final.

1465 COM(2019) 640 final, 6; in der englischen Fassung, 5: „imports“.

1466 Im Zuge einer Luftverkehrstätigkeit als Dienstleistung können freilich neben Passagieren auch Waren transportiert werden, so dass mit einem Grenzübertritt ebenfalls ein Import von Waren vorgenommen wird (darauf hinweisend *Herz* Einbeziehung Luftverkehr EU-EHS, 188 f.; *Ecologic* in: Nutzungsentgelte, 22, 31; in diese Richtung auch WTO-Doc. S/C/W/59 Rn. 6. Zu den damit verbundenen WTO-rechtlichen Implikationen siehe unten II.1.b)ii, S. 380 ff.); daraus alleine ergibt sich aber noch kein *Leakage*-Problem.

Denkbare Anknüpfungspunkte solcher Maßnahmen sind einerseits die Einhaltung eigener klimaschützender Regelungen der EU im Rahmen des EU-EHS (oder des CORSIA) durch drittstaatliche Luftfahrzeugbetreiber und andererseits die Einhaltung der CORSIA-Regelungen durch die CORSIA-Staaten. Nur die zweitgenannte Anknüpfung wird sich als völkerrechtlich tragfähig erweisen (dazu II.).

1. Vermeidung von Carbon Leakage im Luftverkehr

So bezeichnete Verlagerungseffekte (*Carbon Leakage*) können die Klimaschutzanstrengungen eines Staates unterminieren. Es entsteht eine Situation, in der die Verringerung der Treibhausgasemissionen durch diesen Staat zu keinen (oder nur im Verhältnis dazu geringeren) Reduktionen der globalen Emissionen führt, weil diese Verringerung in einem Staat mit der Erhöhung der Emissionen in einem anderen Staat mit geringeren Klimaschutzanforderungen einhergeht.¹⁴⁶⁷ Klassischerweise werden für *Leakage* in diesem Sinne unterschiedliche Modi genannt: zum einen kann es zu Verschiebungen auf dem internationalen Markt für fossile Energieträger kommen, weil durch eine gesunkene Nachfrage nach solchen Gütern in einem Staat mit höheren Klimaschutzanforderungen der sinkende Marktpreis eine Nachfrage in anderen Staaten hervorruft, die die gesunkene Nachfrage aus dem erstgenannten Staat ausgleicht. Zum anderen kann es zu einer Verlagerung der Produktion in Staaten mit geringeren Klimaschutzanforderungen kommen.¹⁴⁶⁸

Ähnliche Verlagerungseffekte, denen durch Grenzausgleichsmaßnahmen begegnet werden könnte, sind auch für den Luftverkehr nicht aus-

1467 *Becker/Brzeskot/Peters/U. Will* ZfU 2013, 339, 340; *U. Will* CBAs, WTO Law, EU ETS, 28 ff. Mit entsprechender Definition (in Abgrenzung zu einem weiteren Verständnis) sowie zu den nachfolgenden Konkretisierungen *Ismar* Klimaschutz als Rechtsproblem, 350 ff. Daneben können auch dem Klimaschutz zuträgliche Effekte dadurch eintreten, dass eine Technologieverbreitung zu für den Klimaschutz positiven Innovationen führt, 352 ff.

1468 Zu empirischen Nachweisen von Verlagerungseffekten *Ismar* Klimaschutz als Rechtsproblem, 356 ff.: Speziell für einen Emissionshandel würden solche Effekte jedenfalls mit Blick auf die Literatur zu sogenannten „Verschmutzungs-oasen“ als naheliegend angenommen, wobei positive empirische Nachweise bisher fehlten. Mit Verweis auf allgemeine empirische Nachweise *Mehling/van Asselt/Das/Droege/Verkuijl* AJIL 113 (2019), 433, 444 f.

geschlossen.¹⁴⁶⁹ Den Spezifika dieses Sektors geschuldet erscheinen sie jedoch weniger akut als mit Blick auf Bereiche wie bspw. die Stahlindustrie¹⁴⁷⁰: Es ist zwar denkbar, dass ein Luftfahrtunternehmen seine Tätigkeit in einen anderen Staat verlagert, der nicht oder nur defizitär am CORSIA teilnimmt und damit diesem Staat als CORSIA-Verwaltungsstaat zugeordnet wird. Allerdings dürfte eine solche Verlagerungsentscheidung nicht alleine mit Blick auf das CORSIA getroffen werden, da mit der Zugehörigkeit eines Luftfahrtunternehmens zu einem Staat in vielen Fällen zugleich die Designierung zur Nutzung dessen staatlicher Verkehrsrechte verbunden ist.¹⁴⁷¹ Eine Verlagerung aus der EU hinaus kann damit zu einem eingeschränkteren Zugang zum EU-Luftverkehrsbinnenmarkt führen und hat damit weitreichende wirtschaftliche Konsequenzen für ein Luftfahrtunternehmen.

Allerdings können sich auch ohne eine echte Verlagerung im vorgenannten Sinne andere Staaten teilweise als Start- oder Zielort anbieten und das Streckennetz einer Airline für bestimmte Strecken entsprechend verändert werden. Besonders wichtige Knotenpunkte („Hubs“) könnten zunehmend in Staaten verlagert werden, die nicht am CORSIA teilnehmen, so dass Flugstrecken von dort bzw. dorthin nicht dem Anwendungsbereich des CORSIA unterfielen. Ferner könnten Flüge von EU- Luftfahr-

1469 U. Will CBAs, WTO Law, EU ETS, 32 f. Mit entsprechenden Bedenken und Forderung nach EU-BCAs aus der Luftverkehrsindustrie *Air France-KLM* Feedback zu Überarbeitung EHS, KOM Inception Impact Assessment, online, 28.08.2020, 3; für das LuftV-EU-EHS auch *Luftbansa Group* Feedback zu Überarbeitung EHS, KOM Inception Impact Assessment, Ares(2020)3515933, online, 28.08.2020, 3. Empirische oder modellierende Nachweise solcher Verlagerungseffekte für den Luftverkehr sind bisher sehr vereinzelt geblieben: Die bei *Dray/Doyme* Climate Policy 19 (2019), 1284 ff. in ihren Modellierungen festgestellten Verlagerungseffekte bezieht aus der Perspektive nationaler Maßnahmen (in Großbritannien) nur drei Arten von *Leakage*-Szenarien ein, die nicht den hier aufgeführten Möglichkeiten entsprechen. Die nachfolgend aufgezeigten *Leakage*-Potentiale unterscheiden sich auch von solchen, die für das LuftV-EU-EHS untersucht wurden (dazu z.B. *Wit/Boon/van Velzen/Cames/Deuber/Lee* Giving wings to emission trading, Bericht DG Environment Juli 2005, 73), da für die Erfassung eines Fluges durch das CORSIA im Gegensatz zum LuftV-EU-EHS, für das Start oder Landung in der EU genügen, auf die Teilnahme der Staaten des Start- und des Zielortes abzustellen ist.

1470 *Wit/Boon/van Velzen/Cames/Deuber/Lee* Giving wings to emission trading, Bericht DG Environment Juli 2005, 156 f.

1471 Das Luftfahrtunternehmen ist insofern „nutznießende[s] Unternehmen“ der Verkehrsrechte, die sein Heimatstaat im zwischenstaatlichen Verhältnis innehat, *Schaefer* Recht des Luftverkehrs, Rn. 70, 85.

zeugbetreibern durch Klimaschutzmaßnahmen der EU verteuert werden und damit in einer Konkurrenzsituation mit drittstaatlichen Luftfahrzeugbetreibern zunehmend verdrängt werden, die ihre extra-unionalen Hubs bedienen und dabei keinen vergleichbaren Maßnahmen unterliegen. Die klimaschützenden Effekte der bestehenden Klimaschutzmaßnahmen würden dadurch ebenfalls entwertet.¹⁴⁷² Denkbar ist sogar, dass durch längere Strecken zu den Hubs außerhalb der EU ein Mehr an Emissionen ausgestoßen wird.¹⁴⁷³ Somit ist auch für den Luftverkehr das Risiko, das mit *Border Carbon Adjustments* begegnet werden soll, nicht ausgeschlossen, nämlich, dass „die weltweiten Emissionen nicht verringert [werden], was die Bemühungen der EU und ihrer Industrie, die globalen Klimaziele des Übereinkommens von Paris zu erreichen, untergräbt“¹⁴⁷⁴. Gerade bei in Zukunft perspektivisch steigenden Kosten für die Luftfahrzeugbetreiber aufgrund von erforderlichen Klimaschutzmaßnahmen dürfte sich dieses Risiko auch zunehmend realisieren. Deshalb wäre es ein Gebot rechtspolitischer Klugheit, dass auch für den Klimaschutz im Luftverkehr Maßnahmen erwogen werden, die die Steuerungswirkung von *Border Carbon Adjustments* haben, um solchen Verlagerungseffekten zu begegnen.

2. Anreizwirkung und Klimaclub-Mechanismus

Eine weitere Steuerungswirkung von *Border Carbon Adjustments* liegt in ihrer Anreizwirkung gegenüber anderen Staaten, ihre Klimaschutzambitionen zu erhöhen, indem bei einem vergleichbaren Schutzniveau in Aussicht gestellt wird, ausgleichende Maßnahmen beim Grenzübertritt ihrer Waren entfallen zu lassen.¹⁴⁷⁵ Ein Anreiz, den Zugang zum europäischen

1472 Hierin läge eine Parallele zum von der Kommission ebenfalls ins Auge gefassten Ersetzen von „EU-Produkte[n] durch eingeführte CO₂-intensivere Produkte“, COM(2019) 640, S. 6. Je nach Art der Klimaschutzmaßnahme könnte man auch an die Gefahr eines „Tanktourismus“ durch den Luftverkehr denken. Die Wirtschaftlichkeit eines solchen Verhaltens und damit die tatsächliche Relevanz einer solchen Gefahr dürfte allerdings eher selten gegeben sein.

1473 Mit diesen Bedenken z.B. *Air France-KLM* Feedback zu Überarbeitung EHS, KOM Inception Impact Assessment, online, 28.08.2020, 3; *Lufthansa Group* Feedback zu Überarbeitung EHS, KOM Inception Impact Assessment, Ares(2020)3515933, online, 28.08.2020, 3.

1474 COM(2019) 640, S. 6. Erkennt wurde ein mögliches Verlagerungsrisiko auch bereits mit Blick auf das LuftV-EU-EHS, siehe Erwgrd. 25 LuftV-RL 2008/101.

1475 *Mehling/van Asselt/Das/Droege/Verkuijl* AJIL 113 (2019), 433, 441; *Becker/Brzeskot/Peters/U. Will* ZfU 2013, 339, 341; *Volmert* BTAs, 21.

Binnenmarkt auch weiterhin ohne zusätzliche Beschränkungen und Hürden zu erhalten, könnte den Klimaschutz im Luftverkehrssektor, der global betrachtet (mit Ausnahme der EU) von konkreten Klimaschutzmaßnahmen lange Zeit weitgehend unadressiert blieb, auch außerhalb der EU voranbringen.¹⁴⁷⁶ Mit Blick auf das CORSIA und dessen festgestellter Durchsetzungsschwäche gegenüber den CORSIA-Staaten in seiner aktuellen Gestalt könnte darin die Möglichkeit liegen, Trittbrettfahrerverhalten von EU-Drittstaaten entgegenzutreten. Damit würde das CORSIA als global ausgerichtetes Klimaschutzregime für den Luftverkehr effektiert. Auch insofern besteht also eine Ausgangslage, in der es adäquat erscheint, auf die Steuerungswirkungen von Grenzausgleichsmaßnahmen zurückzugreifen.

Aus einer steuerungsorientierten Perspektive weist diese Wirkung Parallelen zu einem Klimaclub-Mechanismus im oben dargestellten Sinne¹⁴⁷⁷ auf. Denn von dem in Aussicht gestellten Vorteil, von grenzausgleichenden Maßnahmen verschont zu bleiben, geht ein Anreiz aus, selbst klimaschützende Maßnahmen vorzusehen.¹⁴⁷⁸ Die Anreize selbst sind dabei gerade nicht klimaschutzbezogen, sondern beziehen sich z.B. auf Markzugangsmöglichkeiten und können so erhöhte Klimaschutzanstrengungen herbeiführen. Soweit sie sich realisieren, befördert dies das globale Kli-

1476 Zu ähnlichen Anreizüberlegungen in anderen Bereichen wie u.a. der Bekämpfung von Terrorismus und des Handels mit Blutdiamanten *van Aaken Journal of Institutional and Theoretical Economics* 165 (2009), 33, 45 ff.; *dies.* ASIL Proceedings 104 (2010), 153 ff.; *dies.* RWiss 2013, 227, 260 f.; *dies.* AJIL 112 (2018), 67, 77 f.

1477 Siehe die Einführung zu Teil 3, S. 264 ff.

1478 In diesem Sinne mit Blick auf die EU, weil diese BCAs zur Absicherung des EU-EHS ins Auge fasst, auch *J.-P. Schneider* in: *Schneider/Theobald HdBEnWiR*, § 23 Rn. 12. Die Ablehnung einer Parallele von BCAs zu Klimaclubs bei *Mehling/van Asselt/Das/Droege/Verkuijl* AJIL 113 (2019), 433, 444 überzeugt hingegen nicht. Denn gegenüber Staaten, die sich nicht an einer globalen Kooperation zum Klimaschutz beteiligen, ausgleichende Maßnahmen zu unternehmen, geht Hand in Hand damit, die globale Kooperation für den Klimaschutz zu fördern, so dass sich daraus kein relevanter Unterschied ableiten lässt. Staaten mit vergleichbaren Klimaschutzanstrengungen („Club-Mitglieder“, die mit Blick auf den Schutz des Klimas als globalem Ziel kooperieren) werden nicht von BCAs erfasst, weil hier ein Ausgleich nicht nötig ist. Da aber die äquivalente Steuerungswirkung beider Mechanismen ebenfalls erkannt wird, scheint die Divergenz zum hier vertretenen Verständnis eher terminologischer als inhaltlicher Natur zu sein. Grenzen findet die Parallele allerdings zutreffend dort, wo eine klimaclubartige Sanktionierung statt eines Ausgleichs im Vordergrund steht, dazu unten II.1.a), S. 371 ff.

maschutzniveau. Trittbrettfahrer-Verhalten von Staaten mit geringerem Klimaschutzniveau könnte damit zunehmend unattraktiver gemacht werden, weil aus diesem Verhalten für die jeweiligen Staaten (bzw. ihre Unternehmen) wirtschaftliche Nachteile entstehen. Soweit durch entsprechende nicht-klimaschutzbezogenen Anreize die Klimaschutzniveaus verschiedener Staaten auf einem höheren Niveau angenähert werden, werden dadurch vermittelt auch die Risiken eines *Carbon Leakage* abwanderungsgelegter Unternehmen reduziert.

3. Ausgestaltungsmöglichkeiten: „Grenzausgleichsmaßnahmen“ für den Luftverkehr

Der Anknüpfungspunkt solcher Maßnahmen zum Klimaschutz im Luftverkehr unterscheidet sich dabei von dem bei Waren. Bei Waren ist ein denkbarer Anknüpfungspunkt für Grenzausgleichsmaßnahmen deren Import in die EU. Auf importierte Güter aus Staaten ohne vergleichbare Klimaschutzmaßnahmen würden Zölle bzw. zusätzliche Abgaben erhoben.¹⁴⁷⁹ Für den hier im Fokus stehenden Luftverkehr sind einerseits Maßnahmen durch Abgaben (dazu a) und andererseits Maßnahmen mit insofern vergleichbarer Steuerungswirkung zu erwägen (dazu b). Im Folgenden werden insbesondere die zweiten Maßnahmen einer näheren Analyse unterzogen (dazu II.)

a) Maßnahmen durch Abgaben

Für den Luftverkehr wäre es parallel zur Anknüpfung an den Grenzübergang bei Waren vorstellbar, Abgaben an mit dieser Tätigkeit zusammenhängende Parameter wie bspw. den Start bzw. die Landung auf einem inländischen Flughafen zu knüpfen, soweit der Heimatstaat eines Luftfahrzeugbetreibers keine der EU vergleichbaren Klimaschutzanstrengungen für den Luftverkehr unternimmt.¹⁴⁸⁰ Zu beachten wäre insbesondere

1479 Inwieweit dies rechtlich zulässig ist, wird je nach Ausgestaltung kontrovers beurteilt (siehe oben Fn. 1461), soll im Rahmen dieser Arbeit aber nicht näher untersucht werden.

1480 Da zusätzliche Abgaben der Passagiere bei Erwerb eines Flugtickets für bestimmte Strecken (mit Überlegungen zu Notwendigkeit und Realisierbarkeit *J. Graichen/V. Graichen Aviation EU ETS, Analyse* ÖkoInstitut Januar 2020,

Art. 15 UAbs. 1, 2 CA, wonach Abgaben für die Nutzung von Flughäfen und Luftfahrteinrichtungen insbesondere diskriminierungsfrei zu erheben sind. Da keine Bestrebungen ersichtlich sind, solche Maßnahmen tatsächlich zu etablieren, werden sie nur überblicksartig thematisiert (dazu III.).

b) Andere Maßnahmen mit Grenzausgleichs-Steuerungswirkung

Des Weiteren sind Maßnahmen, die einen Ausgleich gegenüber den unionalen Luftfahrzeugbetreibern herbeiführen sowie Anreize für vermehrten Klimaschutz gegenüber Drittstaaten schaffen, in zwei Ausprägungen vorstellbar: Zum einen durch eine extraterritoriale Erweiterung der Jurisdiktion der EU (dazu II.2.). Dabei würden Luftfahrzeugbetreiber aus Drittstaaten gleichermaßen bestimmten klimaschützenden Regelungen der EU unterworfen werden wie die EU-Luftfahrzeugbetreiber. In diesem Sinne könnte der *full scope* des LuftV-EU-EHS¹⁴⁸¹ reaktiviert oder die unionalen Regelungen zur Implementation des CORSIA¹⁴⁸² auch auf drittstaatliche Luftfahrzeugbetreiber ausgeweitet werden. Diese Erweiterungen könnten aus Sicht des Klimaschutzes wirkungsvoll sein, sie sind aber – wie sich zeigen wird – politischen und völkerrechtlichen Hindernissen ausgesetzt.

Zum anderen kann das aus dem Bereich der Flugbetriebssicherheit mit Blick auf die USA bekannte Instrument des *Blacklisting* erwogen werden, das dort die Durchsetzung von Belangen der inneren und äußeren Sicherheit gegenüber Drittstaaten effektuieren soll. Dabei wird unter der Voraussetzung, dass bestimmte völkerrechtliche Verpflichtungen aus ICAO-Standards nicht eingehalten sind, gegenüber den insofern defizitären Staaten ein Zugangsverbot zum Luftverkehrsbinnenmarkt ausgesprochen. Darüber vermittelt gilt gegenüber allen Luftfahrzeugbetreibern dieses Staates ein Betriebsverbot in den USA. Vergleichbare Maßnahmen werden auch mit Blick auf den Klimaschutz im Luftverkehr ins Spiel gebracht.¹⁴⁸³ Deshalb werden solche Maßnahmen nach ihrer rechtlichen Einordnung als zwischenstaatliche Gegenmaßnahmen (*countermeasures*, dazu II.1.a) einer

14 f.) nicht ohne Weiteres mit einer Effektivierung des CORSIA in Verbindung stehen, bleiben sie im Folgenden außen vor.

1481 Dazu bereits oben § 5 B.II.1., S. 161 ff.

1482 Zu diesbezüglichen Ausgestaltungsoptionen bereits A., S. 358 ff.

1483 Siehe *Mendes de Leon/Correia/Erling/Leclerc* Legal Arrangements MBM, Studie DG Climate Dezember 2015, 51; in diese Richtung auch *Piera* CCLR 2016, 144, 148 ohne dass aber gerade diese mögliche Parallele zum Sicherheitsbereich in der Folge näher ausgeführt wird.

eingehenden Analyse unterzogen (dazu 1.b). Von dieser Art des *Blacklisting* („Staaten-*Blacklisting*“) zu unterscheiden ist dabei ein *Blacklisting* direkt gegenüber den Airlines statt gegenüber ihren Heimatstaaten, wie dies im Bereich der Luftbetriebssicherheit in der EU zur Anwendung kommt: Das *Airline-Blacklisting* stellt mit Blick auf seine Steuerungswirkung eher eine Form der Jurisdiktionserweiterung dar und wird damit in diesem Kontext (unter II.2) behandelt.

II. Möglichkeiten für klimaschützendes EU-Blacklisting

Sowohl das Ergreifen von Gegenmaßnahmen in der Form eines zwischenstaatlichen *Blacklisting* (dazu sogleich 1.) als auch die Ausweitung der Jurisdiktion auf Seiten der EU (dazu 2.) haben, wie nachfolgend zu zeigen ist, eine ähnliche Steuerungswirkung. Diese ist auch der Wirkung klassischer Grenzausgleichsmaßnahmen durch Abgaben vergleichbar. Beide Arten von Maßnahmen können auf Strukturen eines Klimaclubs zurückgreifen, sind insofern aber rechtlich unterschiedlich zu bewerten.

1. Zwischenstaatliches EU-Blacklisting zur CORSIA-Effektuierung

a) Steuerungsorientierte Einordnung

Der wesentliche Unterschied eines zwischenstaatlichen *Blacklisting*, das in diesem Abschnitt in den Blick genommen wird, zu einer Ausweitung der EU-Jurisdiktion wie sie im nächsten Abschnitt (2.) betrachtet wird, liegt darin, dass die EU-Staaten¹⁴⁸⁴ bei einem zwischenstaatlichen *Blacklisting* unmittelbar gegenüber den Drittstaaten tätig werden (mit nur vermittelter Wirkung gegenüber deren Airlines) während bei der Jurisdiktionserweiterung die Airlines direkt adressiert werden. Nur Ersteres wahrt die Verantwortungsstrukturen, die von Seiten der ICAO für das CORSIA vorgesehen sind, was für die rechtliche Zulässigkeit solcher Maßnahmen elementar ist (dazu b). Die damit in diesem Abschnitt in den Blick genommenen Maßnahmen ähneln funktional dem *US-Blacklisting* für den Sicherheitsbereich, da auch im Rahmen dieses *Blacklisting* gegenüber den Staaten geprüft wird, ob sie die (sicherheitsbezogenen) ICAO-Standards hinreichend

1484 Zur Frage der Berechtigung auch der EU zu Gegenmaßnahmen im Falle der Verletzung von Rechten ihrer Mitgliedstaaten siehe unten 1c), S. 383 f.

berücksichtigen. Für die Durchsetzung wird dabei ebenfalls an den Verkehrsrechten der Staaten angesetzt, nicht aber direkt bei den Airlines des Staates.¹⁴⁸⁵

Die Steuerungswirkung eines solchen *Blacklisting* ist der einer Jurisdiktionserweiterung ähnlich. Insbesondere würde (hier wie dort) auf die Strukturen eines Klimaclubs zurückgegriffen. Für CORSIA-Drittstaaten wird durch die Möglichkeit eines *Blacklisting* bei defizitärer Umsetzung und Anwendung der für sie geltenden CORSIA-Regelungen ein spezieller Anreiz gesetzt, den CORSIA-Regelungen nachzukommen. Eine defizitäre Teilnahme würde zu massiven wirtschaftlichen Nachteilen führen, da den Luftfahrtunternehmen des betreffenden Staates der Zugang zum EU-Luftverkehrsbinnenmarkt verweigert würde. Auf diese Weise könnte ein global einheitliches Implementationsniveau der CORSIA-Regelungen befördert werden. Wettbewerbsnachteile für EU-Luftfahrtunternehmen dahingehend, dass gegenüber ihnen die CORSIA-Regelungen in stärkerem Maß angewendet und durchgesetzt werden als gegenüber drittstaatlichen Luftfahrtunternehmen durch deren Heimatstaaten, würden damit weniger wahrscheinlich. Da dies allerdings primär durch Inaussichtstellen von Sanktionen erfolgen würde, anstatt – wie klassischerweise bei Grenzausgleichsmaßnahmen – durch Maßnahmen zum Ausgleich bestehender Unterschiede zwischen den Regelungssystemen zweier Staaten, ist das zwischenstaatliche *Blacklisting* – trotz der ähnlichen Steuerungswirkung im Ergebnis – nicht als echte Grenzausgleichsmaßnahme zu charakterisieren. Stattdessen steht der dieser Maßnahme primär inhärente Anreiz-Mechanismus im Vordergrund, der dem zwischenstaatlichen *Blacklisting* jedenfalls eine klimaclubartige Wirkungsstruktur verleiht.

Rechtlich lässt sich ein solches *Blacklisting* als völkerrechtliche Gegenmaßnahme (*countermeasure* bzw. *reprisal*) einordnen. Denn von Seiten der EU bzw. ihrer Mitgliedstaaten würden bestehende zwischenstaatliche Verkehrsrechte eines Drittstaates verletzt, soweit den Luftfahrtunternehmen dieses Staates der Zugang zum Luftverkehrsbinnenmarkt verweigert wird. Soweit es sich dabei um eine Gegenreaktion der EU und ihrer Mitgliedstaaten auf einen Verstoß gegen die Verpflichtungen dieses Staates aus Annex 16 IV zum CA handelt und sich die Maßnahme in bestimmten

1485 Zum US-*Blacklisting* (auch in Abgrenzung zum EU-*Blacklisting*) Petras/Vaugeois in: Dempsey/Jakhu (Hrsg.) HdB Aviation Law, 64, 84; *Abeyratne* Issues in Aviation Law and Policy 2008, 1135, 1138 f.; *Dempsey* Annals of Air and Space Law 32 (2007), 29, 53; *Anger* Journal of Air Law and Commerce 72 (2007), 141, 169.

Grenzen hält, wäre der Völkerrechtsverstoß der EU als Gegenmaßnahme rechtfertigbar. Dafür sind die nachfolgenden Erwägungen maßgeblich:

b) Völker- und Unionsrechtskonformität

Klassische Grenzausgleichsmaßnahmen können zu Handelsbeschränkungen führen, die sich an den Vorgaben des WTO-Rechts messen lassen müssen.¹⁴⁸⁶ Auch die in ihrer Steuerungswirkung vergleichbaren möglichen Maßnahmen der EU-Mitgliedstaaten bzw. der EU für den Luftverkehr, die hier in den Mittelpunkt gestellt werden, können eine ähnliche beschränkende Wirkung auf den Zugang zum EU-Luftverkehrsbinnenmarkt, aber auch den EU-Binnenmarkt für Waren und Dienstleistungen aufweisen. Sie müssen sich an den luftverkehrsrechtlichen Vorgaben des Chicagoer Abkommens und zwischenstaatlichen Luftverkehrsabkommen (i.) und soweit einschlägig denen des WTO-Rechts (ii.) messen lassen. Berechtigt, Gegenmaßnahmen zu ergreifen sind die EU-Mitgliedstaaten, nicht aber die EU selbst (iii.). Vor diesem Hintergrund werden abschließend (3.) Parameter einer konkreten Ausgestaltung solcher Maßnahmen („klimaclubartiges *Blacklisting*“) umrissen und kurz auf zu vermeidende Möglichkeiten einer politischen Diskreditierung eingegangen.

i. Gegenmaßnahmen im Lichte des Luftverkehrsrechts

Verkehrsrechte¹⁴⁸⁷ sind Nutzungsrechte in Bezug auf den Luftraum, die für den zwischenstaatlich-grenzüberschreitenden Linienverkehr notwendig sind (Art. 6 CA).¹⁴⁸⁸ Sie werden zwischen Staaten vereinbart.¹⁴⁸⁹ Ausge-

1486 *Volmert* BTAs, 30 ff.

1487 Auch bezeichnet als Luftverkehrs-Freiheiten oder Freiheiten der Luft. *Schladebach* Luftrecht, § 4 Rn. 13 hält diese Bezeichnung allerdings für missverständlich und daher unzutreffend.

1488 *Schaefer* Recht des Luftverkehrs, Rn. 4, 70. Fluglinienverkehr ist dabei gemäß Art. 96 lit. a CA jeder planmäßige Luftverkehr, der von Luftfahrzeugen für die öffentliche Beförderung von Fluggästen, Post oder Fracht durchgeführt wird; international wird dieser durch die Nutzung des Luftraums mindestens zweier Staaten (siehe die deutsche Übersetzung in BGBl. II 1956, 411, 436).

1489 Die Staaten sind also Inhaber der Verkehrsrechte, *ders.* Recht des Luftverkehrs, Rn. 85. Es werden neun verschiedene Arten von Verkehrsrechten unterschieden, je nachdem, welche Art von Luftverkehrstätigkeit ausgeübt wird (die nachfolgenden deutschen Begriffe sind übernommen aus der Übersicht bei

übt werden die den Staaten gewährten Verkehrsrechte durch die Luftfahrtunternehmen. Dafür müssen diese von ihrem Heimatstaat für diese Ausübung benannt werden (sogenannte Bezeichnung¹⁴⁹⁰ oder Designierung). Für den gewerblichen Gelegenheitsverkehr (insbes. Charterverkehr) sind zwar keine Verkehrsrechte, aber ebenfalls besondere Erlaubnisse nötig, die die Nutzung des staatlichen Luftraums gestatten (Art. 5 Abs. 2 CA).¹⁴⁹¹ Indem allen Luftfahrtunternehmen eines Drittstaates der Zugang zum EU-Luftverkehrsbinnenmarkt verweigert wird, werden die Luftverkehrsrechte bzw. anderweitigen Erlaubnisse seines Heimatstaates temporär suspendiert, die diesem Staat durch das Chicagoer Abkommen oder durch Luftverkehrsabkommen gegenüber den EU-Staaten zustehen. Dies verstößt gegen die Rechte des Drittstaats. Eine solcher Verstoß kann aber völkerrechtlich gerechtfertigt sein, soweit er eine Gegenmaßnahme iSv Art. 22, 49 ff. ASR darstellt.¹⁴⁹² Während die allgemeinen Voraussetzungen für

Fritzsche Liberalisierung Luftverkehr 2007, Anhang, 279 ff., erweitert um die 9. Freiheit und Präzisierung der 8. Freiheit durch die Unterscheidung zwischen den zwei möglichen Formen der Kabotage; dazu auch *Giemulla/van Schyndel* HdB Luftverkehrsrecht, Kap. 14 Rn. 79 ff.; *Rosbach* in: Kölner Kompendium Luftrecht, Bd. 1, Teil II A.VI. Rn. 81 ff.: 1. Recht zum Überflug des Hoheitsgebiets ohne Landung, 2. Recht zur Landung im Hoheitsgebiet zu nichtkommerziellen Zwecken (technischer Stopp, z.B. Notlandung), 3. Recht zum gewerblichen Transport (Fluggäste, Fracht und Post) in einen anderen Staat, 4. Recht zum gewerblichen Transport (Fluggäste, Fracht und Post) ausgehend von einem anderen Staat in den Heimatstaat, 5. Recht zum Transport (Fluggäste, Fracht und Post) zwischen zwei fremden Staaten mit Beginn oder Ende im Heimatstaat, 6. Recht zum gewerblichen Transport (Fluggäste, Fracht und Post) zwischen zwei anderen Staaten mit Zwischenlandung im Heimatstaat, 7. Recht zum gewerblichen Transport (Fluggäste, Fracht und Post) zwischen zwei Staaten ohne die vorgenannte Verknüpfung zum Heimatstaat, 8. Recht auf innerstaatlichen Verkehr in einem anderen Staat mit vorherigem/nachherigem Transport aus/in den Heimatstaat (sogenannte konsekutive Kabotage) und 9. Recht auf innerstaatlichen Verkehr in einem anderen Staat ohne den vorgenannten vorherigen/nachherigen Transport (sogenannte unabhängige Kabotage).

1490 Vgl. für den Fluglinienverkehr die Legaldefinition in § 63 Abs. 1 LuftVZO.

1491 Zur entsprechenden Auslegung des Art. 5 Abs. 2 CA *Schladebach* Lufthoheit, 187 ff. Der nichtgewerbliche Luftverkehr bedarf hingegen für den Überflug und Landungen gemäß Art. 5 Abs. 1 CA keiner Erlaubnis, ihm kommt aber nur untergeordnete tatsächliche Bedeutung zu.

1492 Denkbar ist auch, dass die Luftverkehrsabkommen mit der EU die Zulässigkeit solcher Maßnahmen unter bestimmten Bedingungen selbst festlegen. Dies ist für den Bereich der Flugsicherheit nicht unüblich (siehe z.B. Art. 6 Abs. 3 Open-Skies EU/Kanada und Art. 7 Abs. 2 Open-Skies EU/USA). Ähnliche Re-

eine zulässige Gegenmaßnahme je nach konkreter Ausgestaltung eines EU-*Blacklisting* gegeben sein können (dazu aa), muss auch den spezielleren Vorgaben der Art. 37 und 38 iVm Annex 16 IV CA Rechnung getragen sein¹⁴⁹³ (dazu bb):

aa) Voraussetzungen nach allgemeinem Völkerrecht

Eine Gegenmaßnahme ist nach insofern gewohnheitsrechtlich anerkannten Voraussetzungen, wie sie auch die Art. 49 ff. ASR nennen, zulässig als eine unilaterale, friedliche Reaktion eines oder mehrerer Staaten auf ein angenommenes andauerndes völkerrechtliches Delikt eines anderen Staates, um den Rechtsverletzer zur Rechtstreue anzuhalten.¹⁴⁹⁴ Der verletzende Staat ist vorher auf seine Pflicht zur Beendigung der Rechtsverletzung und ggf. Reparationsleistung hinzuweisen und die Gegenmaßnahmen sind vorab anzukündigen. Sie dürfen nicht gegen ein Repressalienverbot verstoßen und müssen erforderlich sowie verhältnismäßig in Bezug auf das Delikt sein.¹⁴⁹⁵

Soweit ein EU-*Blacklisting* eine angekündigte Reaktion auf eine von den EU-Staaten monierte defizitäre Einhaltung von CORSIA-Standards durch einen CORSIA-Staat ist, um dessen Rechtsverletzung zu beenden, stellt sich alleine als problematisch dar, dass keiner der EU-Staaten durch eine solche Rechtsverletzung selbst direkt betroffen wird. Denn die verletzten Pflichten sind nicht reziprok ausgestaltet. Verbessertes Klimaschutz als

gelungen mit Blick auf klimaschützende ICAO-Standards sind aber nicht ersichtlich.

1493 Siehe Art. 55 ASR.

1494 *Alland* in: Crawford/Pellet/Olleson (Hrsg.) *Law of international responsibility*, 1127, 1135; *Crawford State Responsibility*, 685. Die in diesem Sinne in Art. 47 Abs. 1 des Entwurfs zu den ASR (1. Lesung) diskutierte Definition wurde nicht in die ASR aufgenommen.

1495 Zu den Voraussetzungen siehe Art. 49 ff. ASR, dazu *Vöneky* *Jura* 2007, 488, 490; *Crawford State Responsibility*, 686 ff.; *Paddeu* in: MPEPIL, Countermeasures Rn. 17 ff., die dabei aber hinsichtlich der gewohnheitsrechtlichen Qualität der ASR stärker differenziert (Rn. 10) und betont, dass die ASR teils Gewohnheitsrecht abbilden und teils Rechtsfortentwicklung darstellen. Dabei verweist sie auf International Centre for the Settlement of Investment Disputes vom 18.09.2009 – ICSID Case No. ARB(AF)/05/2, IIC 479 – (Cargill, Incorporated v. United Mexican States) Rn. 381, wobei auch demnach (siehe Rn. 420) bei den ASR davon ausgegangen werden kann, dass jedenfalls ihre grundlegenden Inhalte zu Gegenmaßnahmen gewohnheitsrechtlich anerkannt sind.

erklärtes Ziel des CORSIA stellt sich als globales öffentliches Gut dar, an dem alle Staaten ein Interesse haben. Defizitäres Verhalten eines CORSIA-Staates verletzt die anderen Staaten also nur indirekt als ihren Interessen gegenläufiges Verhalten.

Folgt man der oben ausgeführten Argumentation¹⁴⁹⁶, dass die CORSIA-Pflichten als Pflichten *erga omnes partes* zu charakterisieren sind, ist es daran anschließend dennoch begründbar, in besonders schweren Fällen und unter bestimmten Voraussetzungen den CORSIA-Staaten die Möglichkeit zuzubilligen, bei der Verletzung der CORSIA-Regelungen rechtmäßiger Weise unilateral Gegenmaßnahmen ergreifen zu dürfen: Im Zusammenspiel des bereits angesprochenen Art. 48 Abs. 1 ASR mit den Regelungen zu den Gegenmaßnahmen (*collective countermeasures*) blieb bei der Schaffung der ASR durch die ILC vieles kontrovers und die ILC stellte keine eindeutige Staatenpraxis und *opinio juris* fest, die Grundlage für eine Kodifikation hätte sein können.¹⁴⁹⁷ Deshalb formulierte die ILC mit Art. 54 ASR nur eine Öffnungsklausel („saving clause“), wonach die Regelungen zu den Gegenmaßnahmen die Rechte der Staaten nach Art. 48 Abs. 1 ASR nicht beschränken, rechtmäßige Maßnahmen (bewusst nicht: Gegenmaßnahmen¹⁴⁹⁸) zu ergreifen. Die Frage nach der Zulässigkeit kollektiver Gegenmaßnahmen – wie sie auch die hier adressierte Möglichkeit von *Blacklisting*-Maßnahmen der EU-Staaten im Falle der defizitären Realisierung der CORSIA-Regelungen betreffen – wurde damit der weiteren Entwicklung des Völkerrechts und der Staatenpraxis überantwortet.¹⁴⁹⁹ Die völkerrechtliche Staatenpraxis und Rechtsüberzeugung wird dabei in der Literatur durchaus als hinreichend interpretiert, von einer gewohnheitsrechtlichen Verankerung der Möglichkeit von Gegenmaßnahmen durch nicht-verletzte Staaten auszugehen, soweit besonders frappierende Verletzungen in Rede stehen.¹⁵⁰⁰ Vor diesem Hintergrund spricht viel dafür, von einer solchen Möglichkeit auch mit Blick auf besonders drastische Verletzungen der CORSIA-Verpflichtungen ausgehen zu können. Diese

1496 § 14 B.III.2., S. 316 ff.

1497 Siehe *ILC ASR-Commentary*, 22 f. Rn. 50 ff., 137 ff. Rn. 3 ff.; *Katselli Proukaki Countermeasures, non-injured State*, 85 f.

1498 *ILC ASR-Commentary*, 139 Rn. 7.

1499 Zu Art. 54 ASR *dass. ASR-Commentary*, 23 Rn. 55; *Crawford/Peel/Olleson EJIL* 12 (2001), 963, 980 ff.; *Crawford State Responsibility*, 705 f.

1500 *Katselli Proukaki Countermeasures, non-injured State*, 102 ff. auch mit deutlicher Kritik an der gegenteiligen Auffassung der ILC, 201 ff.; *Sicilianos* in: *Crawford/Pellet/Olleson* (Hrsg.) *Law of international responsibility*, 1137, 1145 ff.; für *erga omnes*-Pflichten *Dawidowicz BYIL* 77 (2006), 333 ff.

Verpflichtungen dienen dem Schutz des Klimas als globalem öffentlichem Gut. Sie sind damit, wie beispielsweise die Menschenrechte, für die eine gewohnheitsrechtliche Verankerung der Möglichkeit von Gegenmaßnahmen bereits explizit bejaht wird,¹⁵⁰¹ von zentraler Bedeutung für die Menschheit. Eine effektive Möglichkeit zur anderweitigen Durchsetzung besteht aber auch hier nicht.

Es sollten dabei grundsätzlich die Maßgaben zur Anwendung kommen, die auch für die Gegenmaßnahmen direkt verletzter Staaten gelten. Insbesondere ist bei der konkreten Ausgestaltung solcher Maßnahmen deren Verhältnismäßigkeit einschließlich der Erforderlichkeit sicherzustellen.¹⁵⁰² Dabei sollten gesteigerte Anforderungen gestellt werden, um dem vorzubeugen, dass solche empfindlichen unilateralen¹⁵⁰³ Maßnahmen in nicht-reziproken Staatenbeziehungen zu leichtfertig ergriffen und damit missbraucht werden können. *In concreto* bietet sich eine Differenzierung nach der Art der zu suspendierenden Verkehrsrechte an: Insbesondere könnten die absolut grundlegenden Rechte des Überflugs und des technischen Stopps (1. und 2. Freiheit) aufrechterhalten werden. Das Überflugsrecht zu suspendieren, würde massiv in die Möglichkeiten des Staates eingreifen, mit anderen Staaten seine Verkehrsbewegungen aufrechtzuerhalten, soweit die üblichen Flugrouten über das Hoheitsgebiet der EU-Staaten führen. Außerdem dürfte eine Änderung der Routen zu einer ggf. nicht unwesentlichen Verlängerung der Flugstrecke führen. Dies würde Mehrmissionen verursachen und damit zu weiteren negativen tatsächlichen Auswirkungen des Rechtsbruchs auf das Klima führen. Einen technischen Stopp zu verweigern, der in Ausnahmesituationen, beispielsweise bei technischem Defekt in Form einer Notlandung nötig werden kann, kann zu Verletzungen und Todesfällen der Insassen führen und ist daher kaum zu rechtfertigen.

Es ist weiterhin keine Vorbedingung für das Ergreifen von Gegenmaßnahmen, dass vorab ein Streitschlichtungsverfahren iSv Art. 84 CA erfolg-

1501 *Katselli Proukaki* Countermeasures, non-injured State, 205.

1502 Art. 51 ASR. Hier ist eine qualitative wie quantitative Abwägung angezeigt, *O'Keefe* in: Crawford/Pellet/Olleson (Hrsg.) *Law of international responsibility*, 1157, 1160 ff.

1503 Hintergrund der Gefahr ist, dass Maßnahmen nur auf subjektive Behauptungen gestützt werden müssen ohne gerichtlich bestätigt zu werden, *Alland* in: Crawford/Pellet/Olleson (Hrsg.) *Law of international responsibility*, 1127, 1129.

los durchlaufen wurde.¹⁵⁰⁴ Dafür sprechen nicht nur die rechtspraktische Erwägung, dass es sich dabei um ein sehr langwieriges Verfahren handelt, das bisher kaum genutzt wurde, während der defizitären Einhaltung der CORSIA-Vorgaben aber vor dem Hintergrund der Dringlichkeit des Klimawandels schnell begegnet werden muss. Auch ein Gegenschluss aus Art. 52 Abs. 3 ASR, der vorsieht, dass Gegenmaßnahmen bei einem anhängigen Streitschlichtungsverfahren ohne unangemessenes Zögern auszusetzen sind, soweit die Rechtsverletzung beendet wurde¹⁵⁰⁵, lässt erkennen, dass ein Streitschlichtungsverfahren keine notwendige Vorbedingung einer Gegenmaßnahme ist, sondern nur Grund für ihre Beendigung. Entsprechendes muss auch für das luftverkehrsrechtliche Streitschlichtungsverfahren gemäß Art. 84 CA gelten.

bb) Maßgaben des Chicagoer Abkommens und Annex 16 IV

Zusätzlich zu diesen allgemeinen völkerrechtlichen Maßgaben für Gegenmaßnahmen ist aus den speziell luftverkehrsrechtlichen Art. 37 und 38 CA abzuleiten,¹⁵⁰⁶ dass gerade der Gehalt der umzusetzenden ICAO-Standards Maß und Grenze einer etwaigen Durchsetzung sein muss.¹⁵⁰⁷ Denn gemäß Art. 37 CA UAbs. 1 soll von den ICAO-Staaten hinsichtlich der ICAO-Standards auf „the highest practicable degree of uniformity“ abgezielt werden. Abweichungen von dieser Linie müssen gemäß Art. 38 CA sofort der ICAO notifiziert werden. Der Gehalt der CORSIA-Standards ist es, dass ein marktbasierter Mechanismus geschaffen wird, in Rahmen dessen den Luftfahrzeugbetreibern von ihren Heimatstaaten, die am CORSIA teilnehmen,

1504 Mit anderer Ansicht für sicherheitsbezogene Standards wohl *Huang Aviation Safety*, 213.

1505 Dies gilt jedoch gem. Art. 52 Abs. 4 ASR nicht, wenn der rechtsverletzende Staat sich hinsichtlich der Streitschlichtung treuwidrig verhält. Ebenfalls für die geltende Rechtslage auf diese Normen abstellend, *Paddeu* in: MPEPIL, Countermeasures Rn. 37.

1506 Art. 37 und 38 CA stellen insofern partiell *leges speciales* iSv Art. 55 ASR zu den vorgenannten allgemeinen Voraussetzungen dar.

1507 So i.E. auch *Dempsey Annals of Air and Space Law* 32 (2007), 29, 53; *Milde ZLW* 45 (1996), 3, 11. Mit einer inhaltlich entsprechenden Begründung im Kontext des Betriebs- und Flugsicherheitsrechts, normativ aber nur gestützt auf den hier nicht einschlägigen Art. 33 CA *Blumenkron Annals of Air and Space Law* 34 (2009), 31, 61; *Huang Aviation Safety*, 211 f.

Ausgleichsverpflichtungen für ihre Luftverkehrstätigkeiten auf bestimmten Strecken auferlegt werden.¹⁵⁰⁸

Eine Maßnahme, die auf die Realisierung anderer Inhalte oder Strukturen ausgeht als diejenigen der CORSIA-Standards könnte hingegen nicht gegenüber Drittstaaten durchgesetzt werden, da damit der tangierte Staat nicht veranlasst wird, gerade die verletzte völkerrechtliche Pflicht – nämlich diejenige aus CORSIA-Standards – zu berücksichtigen, sondern eine andere Pflicht, die der tätig werdende Staat selbst gesetzt hat.¹⁵⁰⁹ Ein EU-*Blacklisting* müsste daher so konstruiert sein, dass von Seiten der EU-Staaten geprüft wird, ob (und inwieweit) ein Drittstaat die CORSIA-Standards hinreichend umsetzt und seinen Luftfahrzeugbetreibern gegenüber anwendet. Ist dies nicht der Fall und wurde ein Vorverfahren erfolglos durchlaufen, in dessen Rahmen der betreffende Staat zu seinen Verstößen konsultiert wurde, ist denkbar, dass seine Verkehrsrechte solange ausgesetzt werden und seine Luftfahrtunternehmen einer Betriebsuntersagung unterliegen, bis der Staat seinen CORSIA-Pflichten nachkommt.

Man könnte allerdings erwägen, dass Art. 33 CA dem damit vorgezeichneten zwischenstaatlichen *Blacklisting* entgegensteht. Danach sind bestimmte Luftfahrzeugnisse für das Luftfahrzeug oder das Personal, die von einem anderen ICAO-Staat ausgestellt wurden, grundsätzlich als gültig anzuerkennen, außer wenn bei der Ausstellung nicht die Mindeststandards entsprechender ICAO-Standards eingehalten wurden. Die CORSIA-Standards in Annex 16 IV machen keine Vorgaben für diese Zeugnisse. Diese Standards können also, auch wenn sie von einem Drittstaat nicht eingehalten werden, nicht dafür herangezogen werden, diese Zeugnisse gegenüber drittstaatlichen Luftfahrtunternehmen nicht (mehr) anzuerkennen. Jedoch kommt es auf die Anerkennung dieser Zeugnisse auch gar nicht an, soweit mit der Gegenmaßnahme unmittelbar an den Verkehrsrechten der defizitären Drittstaaten angesetzt wird. Da nur die Staaten Inhaber der Verkehrsrechte sind und die Luftfahrtunternehmen ihre Nutznießer, werden nur diese Drittstaaten unmittelbar und damit in rechtlich relevanter Hinsicht von der Suspendierung der Verkehrsrechte betroffen. Sie haben die CORSIA-Standards nicht (hinreichend) berücksichtigt, obwohl sie dazu ohne entsprechende Abweichung iSv Art. 38 CA

1508 Zu Geltungs- sowie Anwendungsbereich, Funktionsweise und Regelungsstrukturen des CORSIA näher oben § 4 B.II., S. 100 ff.

1509 Solche „anderen Pflichten“ liegen in der Ausweitung der EU-Jurisdiktion mit Blick auf die EU-CORSIA-Regelungen auf drittstaatliche Luftfahrtunternehmen, dazu nachfolgend 2., S. 384 ff.

rechtlich verpflichtet sind. Sie sind damit der Adressat einer entsprechenden Gegenmaßnahme. Die Luftfahrtunternehmen dieses Staates hingegen haben die unzureichende Berücksichtigung nicht zu verantworten, da ihnen eine adäquate Teilnahme am CORSIA ohne entsprechende staatliche Governance-Strukturen schon gar nicht möglich ist. Sie sind kein Adressat der Gegenmaßnahmen. Dass sie dennoch faktisch die Leidtragenden der mit der Suspendierung einhergehenden Betriebsuntersagung sind, ist insofern nur ein Reflex der Maßnahme gegen ihren Heimatstaat. Aus diesem Reflex kann ein Verstoß gegen Art. 33 CA jedoch nicht gefolgert werden. Auch scheint es zu weitgehend, aus Art. 33 CA – mit Ausnahme der in dieser Norm genannten Fälle – ein grundsätzliches Verbot von Gegenmaßnahmen abzuleiten. Für eine derart generelle Aussage findet sich schon im Wortlaut keine Stütze. Danach adressiert Art. 33 CA eben nur die Anerkennung bzw. ausnahmsweise Nichtanerkennung von Luftfahrzeugnissen. Auch die systematische Stellung im Kapitel V „Conditions to be fulfilled with respect to aircraft“ legt einen Zusammenhang nur speziell zu den Voraussetzungen nahe, unter denen ein Luftfahrzeug betrieben werden darf, nicht jedoch die Suspendierung von den als Vorbedingung für diesen Betrieb bestehenden Verkehrsrechten. Insofern ist nicht von einem *self-contained regime* auszugehen, das Gegenmaßnahmen im luftverkehrsrechtlichen Kontext alleine unter den Voraussetzungen des Art. 33 CA zulässt. Vielmehr erscheinen auch darüber hinaus zwischenstaatliche Gegenmaßnahmen gegen einen Verletzer-Staat, wie sie durch ein EU-*Blacklisting* unternommen werden könnten, unter den oben ausgeführten Maßgaben grundsätzlich möglich.

ii. WTO-Recht

Daneben müssen auch die Vorgaben des WTO-Rechts, soweit einschlägig, berücksichtigt werden. Weil mit Blick auf den *full scope* des LuftV-EU-EHS und die Völkerrechtskonformität von *Border Carbon Adjustments* bereits an anderer Stelle eine tiefgehende WTO-rechtliche Auseinandersetzung¹⁵¹⁰ mit insoweit vergleichbaren Problemlagen stattgefunden hat und es auf die konkrete Ausgestaltung einer Maßnahme ankommt, die hier aber nur skizziert werden soll, beschränken sich die nachfolgenden Ausführungen zu den Maßgaben des WTO-Rechts auf Erwägungen zur grundsätzlichen Zulässigkeit und zu Leitplanken für konkrete Maßnahmen:

1510 Siehe zu einem Ausschnitt aus der umfangreichen Literatur oben Fn. 1461.

Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (*General Agreement on Trade in Services – GATS*¹⁵¹¹) ist – obwohl es sich beim Transportvorgang als solchem um eine Dienstleistung handelt – wegen der Ausnahme gemäß Abs. 2 seines Anhangs für Maßnahmen, die die Verkehrsrechte für den Luftverkehr berühren, schon nicht anwendbar.¹⁵¹²

Dadurch, dass Gegenstand des Transportvorgangs des Luftverkehrs neben Passagieren häufig (auch) Waren sind und diese Transportart den Handel mit Waren in vielen Fällen erst ermöglicht (z.B. bei schnell zu transportierenden verderblichen Waren) oder jedenfalls wesentlich erleichtert sowie Märkte in allen Weltregionen erschließbar macht, besteht in vielen Fällen ein enger Zusammenhang zwischen dem Luftverkehr und dem klassischen Handel mit Waren. Anders als hinsichtlich des LuftV-EU-EHS¹⁵¹³ und klassischer *Border Carbon Adjustments*¹⁵¹⁴ können die für die Luftfahrzeugbetreiber mit dem CORSIA einhergehenden Kosten, die sich als Folge steigender Transportkosten auch auf den Preis der Waren niederschlagen, in diesem Rahmen nicht den relevanten Anknüpfungspunkt für eine Prüfung der Vereinbarkeit mit dem GATT sein. Denn die EU darf den drittstaatlichen Luftfahrzeugbetreibern nicht selbst die mit Kosten verbundenen Ausgleichsverpflichtungen auferlegen, da eine solche Form extraterritorialer Jurisdiktion im Widerspruch zu den Governance-Strukturen des CORSIA steht. Danach sind die EU-Mitgliedstaaten nur für ihre Luftfahrzeugbetreiber, nicht aber für drittstaatliche Unternehmen verantwortlich.¹⁵¹⁵ Allerdings kann das hier diskutierte *Blacklisting* zu einer Kompletterverweigerung des Zugangs zum EU-LuftV-Binnenmarkt führen. Mittelbar werden damit insbesondere Waren, die auf den Lufttransport angewiesen sind, durch den längeren, aufwändigeren sowie zeitintensiveren und damit die Waren verteuernenden Transport betroffen, der in diesem Fall nur noch über umliegende Staaten erfolgen kann. Darin liegt eine po-

1511 General Agreement on Trade in Services, 15. April 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1B, 1869 UNTS 183.

1512 Siehe die Definition von Verkehrsrechten Abs. 6 lit. d des Anhangs. *Balasubramaniam* Journal of Air Law and Commerce 72 (2007), 45, 47. Ausführlich und mwN mit Blick auf das LuftV-EU-EHS *Herz* Einbeziehung Luftverkehr EU-EHS, 413 ff.; unzutreffend insofern *U. Will* CBAs, WTO Law, EU ETS, 322 f.; *Bartels* EJIL 23 (2012), 429, 461 f. und *Meltzer* Journal of International Economic Law 15 (2012), 111, 126 f., die den Bezug zu den Verkehrsrechten (Art. 16 Abs. 5 EH-RL) des LuftV-EU-EHS verkennt.

1513 Dazu *Herz* Einbeziehung Luftverkehr EU-EHS, 188 ff.

1514 Dazu *Volmert* BTAs, 31 ff.

1515 Dazu bereits oben II.1., S. 371 ff.

tentielle Einschränkung des internationalen Handels mit Waren. Diese bildet den Anknüpfungspunkt für eine mögliche Unvereinbarkeit mit dem GATT, die aber aus Klimaschutzgesichtspunkten zu rechtfertigen wäre:

Da ein EU-*Blacklisting* gerade diejenigen Drittstaaten treffen würde, die die CORSIA-Standards defizitär implementieren bzw. anwenden, würden diese Staaten gegenüber anderen Staaten, die keine derartigen Defizite aufweisen, hinsichtlich ihrer Waren schlechter gestellt. Damit läge ein Verstoß gegen das in Art. I GATT normierte Meistbegünstigungsprinzip vor, wonach gleichartige Waren aus einem Staat denselben Bedingungen unterliegen wie Waren aus anderen Staaten.¹⁵¹⁶ Entsprechende Maßnahmen würden ausschließlich Drittstaaten treffen, da der EU für die Durchsetzung der CORSIA-Vorgaben gegenüber ihren Mitgliedstaaten eigenständige EU-spezifische Durchsetzungsmechanismen zur Verfügung stehen. Ein Grenzübertritt von Waren auf dem Luftweg zwischen dem Drittstaat und einem EU-Staat wäre nicht mehr möglich. Damit dürfte auch ein Verstoß gegen das Verbot mengenmäßiger Zugangsbeschränkungen, Art. XI:1 GATT, gegeben sein, wonach nicht-tarifäre, quantitative Beschränkungen der Wareneinfuhr verboten sind.¹⁵¹⁷ Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Freiheit der Durchfuhr gemäß Art. V GATT käme jedenfalls dann nur für einen gewissen Teil der denkbaren Flüge in Betracht (nämlich für solche mit einem Stopp innerhalb eines EU-Staates, z.B. an einem Drehkreuz; nicht aber für reines Überfliegen der EU-Staatsgebiete), wenn, wie oben vorgeschlagen,¹⁵¹⁸ aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten das Recht des Überflugs nicht vom *Blacklisting* tangiert wird.

1516 Zollunionen und Freihandelszonen sind gem. Art. XXIV:4 ff. GATT von der Meistbegünstigung ausgenommen. Da sich die verschiedenen Klimaeffekte des Transports einer Ware nicht als relevante produktions- oder marktbezogene Kriterien einordnen lassen, kann daraus *keine* Ungleichartigkeit der Waren abgeleitet werden, so für die insofern vergleichbaren Herstellungsmethoden *Arnauld Völkerrecht*, Rn. 962. Vergleichbar für BCAs *Mehling/van Asselt/Das/Droege/Verkuijl* AJIL 113 (2019), 433, 460 ff. mwN.; *Volmert* BTAs, 77 ff.; *Rudigkeit* BTAs, 24 f.

1517 Für BCAs ist hingegen eher das Prinzip der Inländergleichbehandlung, Art. III:2, 4 GATT einschlägig, dazu *Mehling/van Asselt/Das/Droege/Verkuijl* AJIL 113 (2019), 433, 459 ff.; *Volmert* BTAs, 39 ff.; für den *full scope* des LuftV-EU-EHS *Herz* Einbeziehung Luftverkehr EU-EHS, 219 ff.; *Meltzer* Journal of International Economic Law 15 (2012), 111, 128 ff.; a.A. *Bartels* EJIL 23 (2012), 429, 440 f., der für Flüge nach oder von einem Drittstaat ebenfalls auf Art. XI:1 GATT zurückgreift.

1518 Siehe dazu i.a.a., S. 375 ff.

Für diese Beeinträchtigungen des Handels mit Waren ist jedoch eine Rechtfertigung gemäß Art. XX GATT denkbar, je nach konkreter Ausgestaltung des *Blacklisting*: Als Maßnahme, um die klimaschützenden CORSIA-Regelungen durch Reduzierung von Trittbrettfahrer-Möglichkeiten für CORSIA-Drittstaaten zu effektuieren, dient ein EU-*Blacklisting* dem Schutz des Klimas als anerkannt schützenswertem globalen öffentlichen Gut.¹⁵¹⁹ Diese Maßnahme ist in Ausnahmefällen auch notwendig, wenn Aufforderungen zur Beachtung der Vorgaben keine Abhilfe schaffen.¹⁵²⁰ Andere Maßnahmen, die gleich geeignet wären, stehen der EU nicht zur Verfügung (siehe nachfolgend III. und IV.). In der konkreten Anwendung muss aber vor dem Hintergrund des *chapeau* des Art. XX GATT ausgeschlossen werden, dass das *Blacklisting* in willkürlicher oder protektionistischer Weise erfolgt.

iii. Befugnis der EU zu Gegenmaßnahmen

Da die EU kein ICAO-Staat und in der Folge auch nicht selbst aus dem CORSIA verpflichtet ist, erwächst aus der defizitären Teilnahme eines CORSIA-Staates keine Verletzung der EU in ihren Rechten. Obwohl aufgrund ihrer Völkerrechtsfähigkeit grundsätzlich denkbar,¹⁵²¹ wäre die EU in diesem Fall also im Grundsatz nicht passiv deliktstfähig und damit nicht selbst berechtigt, Gegenmaßnahmen zu ergreifen. Für eine Berechtigung der EU zu Gegenmaßnahmen auch in solchen Kontexten wird zwar angeführt, dass, da gerade für die häufig einzig zulässigen und effektiven wirtschaftlichen Gegenmaßnahmen die relevante Außenhandelskompetenz auf die Union übergegangen sei, der betroffene Mitgliedstaat „ohne Repressalienberechtigung der Union [...] schutzlos“¹⁵²² wäre. Der Bereich Luftverkehr und insbesondere der Zugang zum Luftverkehrsbinnenmarkt hat insofern zwar ebenfalls eine handelsrechtliche Komponente, unterliegt jedoch einem eigenen Kompetenzgefüge. Wie der EuGH schon im ATA-

1519 Mit möglicher Subsumtion des klimaschutzbezogenen EU-EHS unter Art. XX(a), (b) und (g) GATT U. Will CBAs, WTO Law, EU ETS, 195 ff.

1520 Zum für Art. XX(a), (b) GATT erforderlichen *necessity test* für das EU-EHS *dies*. CBAs, WTO Law, EU ETS, 207 ff.

1521 Allgemein *Dörr* in: Grabitz/Hilf/Nettesheim EuR, Bd. 1, Art. 47 EUV Rn. 68; *Meng* in: v.d. Groeben/Schwarze/Hatje Europ. Unionsrecht, Art. 47 EUV Rn. 15; *Ruffert* in: Callies/Ruffert EUV/AEUV, Art. 47 EUV Rn. 16.

1522 *Kokott* in: Streinz EUV/AEUV, Art. 47 EUV Rn. 29; daran anschließend *Ruffert* in: Callies/Ruffert EUV/AEUV, Art. 47 EUV Rn. 16.

Urteil festgestellt hat, ist die Luftverkehrskompetenz nicht in Gänze von den EU-Staaten auf die EU übertragen worden, sondern es bestehen vereinzelt Bereiche mit rein nationalen Kompetenzen fort.¹⁵²³ Dies betrifft insbesondere die Gewährung von Verkehrsrechten an Drittstaaten, die – als zentralem Ausdruck der staatlichen Lufthoheit – bei den EU-Mitgliedstaaten liegt.¹⁵²⁴ Es spricht somit viel dafür, dass luftverkehrsbinnenmarktbezogenen Gegenmaßnahmen nicht von der EU für ihre Mitgliedstaaten ergriffen werden können. Die EU kann aber eine koordinierende Rolle für die Feststellung eines defizitären Verhaltens eines CORSIA-Staates einnehmen. Die eigentliche Suspendierung der Verkehrsrechte erfolgt dann durch die einzelnen EU-Mitgliedstaaten.

2. Extraterritoriale Jurisdiktions-Erweiterung auf CORSIA-Drittstaaten-Luftverkehrsunternehmen

Dass die EU über ihre territorialen Grenzen hinaus bestimmte Sachverhalte rechtlich regelt, ist u.a. im umweltrechtlichen Bereich keine Seltenheit.¹⁵²⁵ Für den Klimaschutz im Luftverkehr beanspruchte die EU ebenfalls zeitweise Jurisdiktion, die auch an Sachverhalte anknüpft, die sich außerhalb der Hoheitsgebiete ihrer Mitgliedstaaten abspielen: Durch den

1523 EuGH, Urt. (Große Kammer) 21.12.2011 – C-366/10 – (ATA) Rn. 69 ff.

1524 Verkehrsrechte sind insofern Hoheitsrechte, vgl. Art. 1 iVm Art. 6 CA, dazu *Schladebach* Lufthoheit, 194 f. mzN, 363 f. Vgl. für die EU-Staaten EuGH, Urt. 05.11.2002 – C-476/98 – (Kommission/Deutland Open-Skies) Rn. 117; EuGH, Urt. 05.11.2002 – C-476/98 – (Kommission/Österreich Open-Skies) Rn. 106 (insofern exemplarisch für die weiteren *Open-Skies*-Urteile). Eine Übertragung auf die EU hat hier nicht stattgefunden, *Schladebach* Lufthoheit, 364 f., der aber zutreffend auch darauf hinweist, dass insofern gerade vor dem Hintergrund der *Open Skies*-Rechtsprechung des EuGH und der EU-Luftverkehrsabkommen trotzdem ein „Rechtsverlust“ für die EU-Staaten besteht, der zu einer bedenklichen Beschränkung der mitgliedstaatlichen Lufthoheit führen würde, S. 369 ff.

1525 Mit zahlreichen Beispielen, auch zum Umwelt- und Klimaschutz, *J. Scott* *American Journal of Comparative Law* 62 (2014), 87, 96 ff., wobei zwischen solchen Maßnahmen ohne und mit hinreichender territorialer Verknüpfung zur EU unterschieden wird („extraterritoriality“ und „territorial extension“); ausführlich auch *dies.* in: Cremona/Scott (Hrsg.) *EU Law Beyond EU Borders*, 21 ff.; ebenfalls mit Umweltschutzbezug *Meyer/Reiling AVR* 55 (2017), 414 ff. zu extraterritorialen Inspektionen im Seeverwaltungsrecht und bei Biokraftstoffen, daneben wird das Lebensmittelrecht untersucht. Als andere Bereiche siehe z.B. den Datenschutz, dazu *Kuner* in: Cremona/Scott (Hrsg.) *EU Law Beyond EU Borders*, 112, 123 ff.

full scope des LuftV-EU-EHS wurden zunächst alle Luftfahrzeugbetreiber – und damit auch solche aus Drittstaaten, sofern sie in der EU starteten oder landeten – vom LuftV-EU-EHS gleichermaßen mit ihrer gesamten Flugstrecke erfasst, unabhängig davon, ob diese über dem Hoheitsgebiet der EU-Mitgliedstaaten oder über dem von Drittstaaten zurückgelegt wurde.¹⁵²⁶ Außerdem wurde von Seiten der EU eine Verknüpfung zwischen den Entwicklungen auf globaler Ebene sowie in Drittstaaten und der Erfassung durch das LuftV-EU-EHS etabliert; auf diese Weise wurden Anreize zum verstärkten Klimaschutz gegenüber anderen Staaten gesetzt.¹⁵²⁷ Die Jurisdiktion der EU wurde somit in ihrer Wirkung über das Hoheitsgebiet der EU-Mitgliedstaaten hinausgehend – und damit extraterritorial – geweitet. Diese Beobachtung alleine sagt aber nichts darüber aus, ob eine solche Inanspruchnahme von Jurisdiktion rechtlich zulässig ist. Der Begriff „extraterritorial“ soll hier vielmehr zunächst frei von rechtlichen Bewertungen verwendet werden und die Wirkung der Maßnahme beschreiben. Die Bewertung wird erst in einer anschließenden Analyse (c) vorgenommen.¹⁵²⁸ Im Kontext des Klimaschutzes im Luftverkehr sind drei verschiedene Ausprägungen einer solchen Beanspruchung extraterritorialer Jurisdiktion zu unterscheiden (a), zur Einordnung (b):

a) Spektrum extraterritorialer Jurisdiktionserweiterung für Klimaschutz im Luftverkehr

Zum *full scope* des LuftV-EU-EHS zurückzukehren und dieses damit erneut losgelöst von einer Flugstrecke nur über dem Hoheitsgebiet der EU-Staaten auch auf drittstaatliche Luftfahrzeugbetreiber auszuweiten, so-

1526 Ausführlich dazu oben § 5 B.I.3., S. 158 ff.

1527 Siehe Anhang Nr. 1 lit. b und Art. 1 Nr. 18 LuftV-RL 2008/101, der Art. 25a Abs. 1 und 2 einfügt, dazu instruktiv *J. Scott* American Journal of Comparative Law 62 (2014), 87, 97.

1528 Ebenso *Dobson* RECIEL 26 (2017), 1, 2. *J. Scott* in: Cremona/Scott (Hrsg.) EU Law Beyond EU Borders, 21, 38 ff. gebraucht im hier untersuchten Kontext den Begriff der (extra-)territorialen Erweiterung („territorial extension“ im Gegensatz zu „extraterritoriality“) und sieht darin ebenfalls noch keine für eine Zulässigkeit solcher Maßnahmen alleine hinreichende Verbindung (insofern auch anders zu verstehen noch *dies*. American Journal of Comparative Law 62 (2014), 87, 89 f., 97 f.). Mit anderem Verständnis, das diese Kategorien vermischt aber GA Kokott, Schlussanträge 6.10.2011 – C-366/10 – (ATA) Rn. 145 ff.

weit der Start- oder Zielort innerhalb der EU liegt,¹⁵²⁹ würde dabei eine bereits bekannte Variante reaktivieren. Diese Reaktivierung würde mit den CORSIA-Regelungen in Konflikt treten (zu u.a. dieser Entwicklungslinie des LuftV-EU-EHS im Lichte des CORSIA unten § 18). Denkbar ist weiterhin, die unionalen Regelungen zur Implementation des CORSIA neben den EU- Luftfahrzeugbetreibern auch auf drittstaatliche Luftfahrzeugbetreiber zu erstrecken. Dies könnte entweder – in Anlehnung an die Konzeption des *full scope* für das LuftV-EU-EHS – dadurch erfolgen, dass die drittstaatlichen Luftfahrzeugbetreiber ihre CORSIA-MRV- und CORSIA-Ausgleichsverpflichtungen (wie die EU-Luftfahrzeugbetreiber) gegenüber den Behörden eines EU-Staates erfüllen müssten, soweit sie auf dessen Hoheitsgebiet starten oder landen. Sofern ein drittstaatlicher Luftfahrzeugbetreiber diesen Verpflichtungen nicht nachkommt, wären wie bei Art. 16 EH-RL¹⁵³⁰ in letzter Konsequenz Betriebsuntersagungen denkbar. Alternativ könnte von Seiten der EU geprüft werden, ob die drittstaatlichen Luftfahrzeugbetreiber für sie relevante CORSIA-Verpflichtungen gegenüber ihren Heimatstaaten erfüllen und eine Liste der insofern defizitären Airlines erstellt werden. Diese Airlines könnten dann mit einem Betriebsverbot innerhalb der EU belegt werden, bis die Defizite beseitigt sind. So konzipierte Maßnahmen kommen von Seiten der EU im Bereich der Betriebssicherheit mit dem *Airline-Blacklisting* zur Anwendung.¹⁵³¹

b) Steuerungsorientierte Einordnung

In den ersten beiden Ausprägungen würden die drittstaatlichen Luftfahrzeugbetreiber für Flugstrecken mit Start oder Landung in der EU denselben Regelungen wie EU-Luftfahrzeugbetreiber unterworfen. Inhaltlich wird damit aber je unterschiedlichen Klimaschutzsystemen zur Wirkung verholten: dem LuftV-EU-EHS als originär unionalem System bzw. dem

1529 Ausführlich dazu oben § 5 B.II.1., S. 161 ff. Freilich werden auch unter dem *reduced scope* Drittstaaten-Luftfahrtunternehmen vom LuftV-EU-EHS erfasst, soweit sie Flüge zwischen EU-Staaten erbringen, was faktisch aber deutlich weniger drittstaatliche Airlines als unter dem *full scope*, trifft, dazu § 9 A.II., S. 208 f.

1530 Dazu ausführlich oben § 13 A.II., III., S. 295 ff.

1531 Allerdings stellt die EU zusätzlich eigene Voraussetzungen auf, die über die ICAO-Standards hinausgehen, siehe *Blacklisting-VO* 2111/2005. Im Überblick zur Funktionsweise *Abeyratne* Issues in Aviation Law and Policy 2008, 1135, 1136 f.

CORSIA als globalem System. Angesichts der erzielten Steuerungswirkungen können so – wie auch für *Border Adjustments* typisch – Wettbewerbsverzerrungen vermieden sowie eine Verlagerung in Drittstaaten zur Vermeidung klimaschützender Vorgaben unattraktiver gemacht werden.¹⁵³² Über Art. 25a EH-RL bzw. ein für das CORSIA zu schaffendes Pendant würde außerdem ein Anreiz für die Drittstaaten geschaffen, selbst entsprechende Klimaschutzmaßnahmen für ihre Luftfahrzeugbetreiber zu etablieren, um damit die Anwendung der EU-Regelungen beenden zu können.¹⁵³³ Insofern wird auch die Wirkung eines Klimaclubs erzielt. In der dritten Ausprägung (*Airline-Blacklisting*) befördert die EU ein einheitliches Niveau der Realisierung der CORSIA-Vorgaben und wirkt so ebenfalls Wettbewerbsverzerrungen entgegen, indem sie eine Nichteinhaltung der CORSIA-Vorgaben zum Anknüpfungspunkt von Maßnahmen direkt gegen drittstaatliche Airlines macht. Mit den in Aussicht gestellten Betriebsverboten besteht außerdem ein Anreiz auch für die Drittstaaten, diese für ihre Luftfahrtunternehmen durch eine entsprechende Realisierung des CORSIA zu vermeiden.

c) Rechtliche Unzulässigkeit – kritische Punkte

Da eine Ausweitung der EU-Jurisdiktion mit Blick auf das CORSIA in ihrer politischen Machbarkeit sehr fraglich erscheint, wird nachfolgend nur auf kritische Punkte ihrer rechtlichen Zulässigkeit eingegangen. Denn vor dem Hintergrund der bereits aufgezeigten massiven internationalen Verwerfungen bei Einführung des *full scope* des LuftV-EU-EHS¹⁵³⁴ liegt es nahe, dass die EU mit Maßnahmen gegenüber drittstaatlichen Airlines sehr vorsichtig agieren wird. Dies schließt eine extraterritoriale Ausdehnung der EU-Jurisdiktion auch mit Blick auf das CORSIA als reale Handlungsmöglichkeit eher aus. Zudem ist diese völkerrechtlich problematisch:

1532 In diesem Sinne mit Blick auf das LuftV-EU-EHS *U. Will* CBAs, WTO Law, EU ETS, 37: “[...] the first practical example of ETS-BA“; *Meltzer Journal of International Economic Law* 15 (2012), 111, 116 ff.; *Faber/Brinke Aviation in EU ETS*, ICTSD-Studie September 2011, vi; daran anschließend *Kulovesi Climate Law* 2 (2011), 535, 557. Für BCAs auf Waren auch COM Inception Impact Assessment, Ref. Ares(2020)1350037 - 04/03/2020, S. 2; *Hecht/Peters Climate Change Economics* 10 (2019), 19500171–195001721, 1950017-1 ff.

1533 Zu Art. 25a siehe *J. Scott CCLR* 2011, 25, 28; in diese Richtung auch *Meltzer Journal of International Economic Law* 15 (2012), 111, 122.

1534 Siehe oben § 10 A.I.1., S. 221 f.

Soweit die Anwendung des Unionsrechts auf drittstaatliche Luftfahrzeugbetreiber an deren Start/Landung innerhalb der EU geknüpft würde, ist dies zunächst aus Erwägungen zur Gebietsausschließlichkeit der Heimatstaaten dieser Luftfahrzeugbetreiber (*ergo* der EU-Drittstaaten) nicht zu beanstanden: Zwar würde durch solche Hoheitsakte der Geltungsbereich der EU-Regelungen auf drittstaatliche Sachverhalte ausgeweitet, was nur bei einem hinreichenden Anknüpfungspunkt völkerrechtlich zulässig ist.¹⁵³⁵ Von einem solchen Anknüpfungspunkt kann aber entweder wegen des Bezugs zum Hoheitsgebiet der EU-Mitgliedstaaten durch Start bzw. Landung ausgegangen werden. Alternativ – und wie bereits ausgeführt stichhaltiger – könnte man diesen Anknüpfungspunkt daraus ableiten, dass der Klimawandel, an dem der Luftverkehr nachweisbar Anteil hat, als *common concern* auch für die EU-Staaten eine Beeinträchtigung darstellt, die solche Maßnahmen rechtfertigt.¹⁵³⁶

Demgegenüber vorrangig zu beachten sind jedoch die Vorgaben des Luftvölkerrechts als *lex specialis*. In dieser Hinsicht besteht ein Widerspruch zu bestimmten Vorgaben des Chicagoer Abkommens sowie dem Governance-Konzept des CORSIA, wie es Annex 16 IV etabliert: Indem drittstaatlichen Luftfahrtunternehmen durch eine etwaige Betriebsuntersagung (zeitweise) der Zugang zum EU-Luftverkehrsbinnenmarkt verweigert wird, werden die Luftverkehrsrechte ihrer Heimatstaaten temporär suspendiert, die diesen Staaten durch das Chicagoer Abkommen oder Luftverkehrsabkommen gegenüber der EU und den EU-Staaten zustehen.¹⁵³⁷ Denn die Luftfahrtunternehmen üben diese Verkehrsrechte ihrer Heimatstaaten als Nutznießer aus.¹⁵³⁸ Soweit sie daran durch eine Betriebsuntersagung gehindert sind, entstehen im Gegenschluss faktische Rückwirkungen auf die zwischenstaatlichen Verkehrsrechte selbst, da ihnen nicht ihr intendierter Gehalt zukommt. Dies verstößt gegen die Rechte des Drittstaats, da die ihm zugestandenene Rechte wesentlich entleert werden.

1535 Damit würde also eine *prescriptive jurisdiction* sowie beim entsprechenden Vollzug eine *enforcement jurisdiction* beansprucht. Zur dem zugrunde liegenden Unterscheidung *Gaeta/Vinuales/Zappalá* Cassese's International law, 50, 95 ff., wobei die dort als Unterkategorie der *prescriptive jurisdiction* genannte *adjudicative jurisdiction* hier keine Rolle spielt.

1536 Zum EuGH, Urt. (Große Kammer) 21.12.2011 – C-366/10 – (ATA) Rn. 124 f. als Vertreter des ersten Ansatzes, der Kritik an diesem Urteil sowie zur alternativen Begründungsmöglichkeit eines Anknüpfungspunkt bereits oben § 10 A.I.2.b)ii., S. 227 f.

1537 Dazu bereits oben 1.b)i., S. 373 f.

1538 Vermittelt über ihre Designierung, *Schaefer* Recht des Luftverkehrs, Rn. 85.

Während ein solcher Verstoß als völkerrechtliche Gegenmaßnahme grundsätzlich gerechtfertigt sein kann,¹⁵³⁹ scheitert eine solche Rechtfertigung bei der hier betrachteten Ausweitung der EU-Jurisdiktion jedoch an Art. 37, 38 CA in Zusammenschau mit Annex 16 IV.¹⁵⁴⁰ Denn Art. 37 und Art. 38 CA machen zwar die Bedeutung einer einheitlichen Umsetzung der ICAO-Standards deutlich. Diese Umsetzung könnte für die CORSIA-Standards durch eine Ausweitung der EU-Jurisdiktion auf drittstaatliche Luftfahrzeugbetreiber effektuert werden. Die Grenze einer solchen zulässigen Effektuierung ist mit Blick auf Art. 38 CA jedoch dann überschritten, wenn von den ICAO-Standards abgewichen und damit ein *Aliud* zu deren Inhalt geschaffen würde.¹⁵⁴¹ Dies ist hier der Fall, da Annex 16 IV CA vorsieht, dass eine Airline für die Anwendung und Durchsetzung der CORSIA-Regelungen nur *einem* Staat zugewiesen ist.¹⁵⁴² Damit, Luftfahrzeugbetreiber direkt zu adressieren, die einem Drittstaat zugewiesen sind, würde die EU somit von dieser grundlegenden Struktur des CORSIA abweichen. Denn die Verantwortlichkeit für die Einhaltung der CORSIA-Vorgaben durch einen Luftfahrzeugbetreiber liegt alleine bei dessen Heimatstaat. Sie kann nicht zulässigerweise von einem anderen Akteur (wie der EU) beansprucht werden.

Auf ersten Blick scheint es, dass mit Art. 11 CA, wonach grundsätzlich unabhängig von deren Staatsangehörigkeit nationale Vorschriften auf alle Luftfahrzeuge und deren Luftverkehrstätigkeiten im Hoheitsgebiet anzuwenden sind, auch die nationalen Regelungen in der EU zur Implementierung des CORSIA auf alle Luftfahrtunternehmen mit Tätigkeiten im Luftraum der EU-Staaten angewendet werden können und sogar angewendet werden müssen.¹⁵⁴³ Allerdings berücksichtigt diese allgemeine Regelung ebenfalls nicht die Governance-Strukturen des CORSIA, wie sie

1539 Siehe oben 1.b)i.aa), S. 375 ff.

1540 Eine Analogie zu Art. 33 CA, wonach eine Betriebsuntersagung durch die Nichtanerkennung von Luftverkehrstüchtigkeitszertifikaten möglich ist und nicht gegen gewährte Verkehrsrechte verstößt (siehe *Dempsey Annals of Air and Space Law* 32 (2007), 29, 34 f., 38; *Abeyratne Issues in Aviation Law and Policy* 2008, 1135, 1140 f.), ist wie gezeigt ebenfalls abzulehnen, dazu oben § 13 B.II.1., S. 300 f. Sowieso würde aber auch dem in Art. 33 CA zum Ausdruck kommenden Gedanken widersprochen, dass gerade den Vorgaben der Standards (und damit nicht einer unilateralen Abweichung davon) in den Annexen zur Wirkung verholfen werden soll, in diesem Sinne auch *Dempsey Annals of Air and Space Law* 32 (2007), 29, 41.

1541 Siehe die Ausführungen dazu in 1b)i.bb), S. 378 ff.

1542 Ziffer 1.2.4 Annex 16 IV CA.

1543 So *Piera CCLR* 2016, 144, 152; *P. Campos CCLR* 2016, 153, 159.

Annex 16 IV CA bereithält. Da ein Annex zum Chicagoer Abkommen insofern etwas anderes vorschreibt, kann von der Grundregel des Art. 11 CA abgewichen werden.¹⁵⁴⁴ Trotz Art. 11 CA müssen die nationalen CORSIA-Regelungen also nicht auf drittstaatliche Luftfahrzeugbetreiber angewendet werden.

Im Ergebnis ist eine extraterritoriale Erweiterung der Jurisdiktion durch die EU bzw. ihre Mitgliedstaaten somit vor dem Hintergrund des Chicagoer Abkommens und seines Annex 16 IV unzulässig, durch die drittstaatliche Luftfahrzeugbetreiber direkt mit Blick auf die CORSIA-Vorgaben adressiert werden.

3. Fazit: Klimaclubartiges Blacklisting

Als Maßnahme, die von ihrer Steuerungswirkung den klassischen Grenzgleichsmaßnahmen ähnelt, kann mit einem zwischenstaatlichen *Blacklisting* gegenüber den CORSIA-Staaten, die die CORSIA-Vorgaben gegenüber ihren Luftfahrzeugbetreibern defizitär umsetzen und anwenden, die Realisierung des CORSIA mit extra-unionaler Wirkung effektiert werden. Dabei ist der dieser Maßnahme primär inhärente Anreiz-Mechanismus in den Vordergrund zu stellen. Das zwischenstaatliche *Blacklisting* weist insofern eine klimaclubartige Wirkungsstruktur auf. Ein solches Vorgehen der EU-Staaten lässt sich als Gegenmaßnahme charakterisieren. Es kann durch die EU nur koordiniert, darf aber mangels aktiver Deliktsfähigkeit der EU von dieser nicht selbst ausgeübt werden. Der damit einhergehende Verstoß gegen etwaige Verkehrsrechte eines CORSIA-Staates kann völkerrechtlich gerechtfertigt werden, soweit die Maßnahme eine angekündigte Reaktion auf einen andauernden Verstoß gegen die CORSIA-Standards als völkerrechtliches Delikt ist, um den defizitären Staat zur Rechtstreue anzuhalten. Die Maßnahme muss dabei erforderlich sowie verhältnismäßig in Bezug auf das Delikt sein.

Die rechtliche Analyse macht zudem deutlich, dass auch Durchsetzungsmaßnahmen mit extra-unionaler Wirkung sich in den global ausgerichteten Rahmen einfügen müssen, den die ICAO vorgibt. Solche Maßnahmen der EU-Staaten und ein ggf. vorgeschaltetes koordiniertes Vorgehen der EU müssen daher die entsprechenden CORSIA-Vorgaben in ihren Inhalten und Governance-Strukturen respektieren und dürften gegenüber Drittstaaten keine anderen Maßstäbe anlegen, wenn sie deren (Nicht-)Ein-

1544 Art. 11 HS 1 CA: „Subject to the provisions of this Convention, [...]“.

haltung der Vorgaben prüfen und darauf reagieren: Insbesondere sind die Gestaltungsspielräume der CORSIA-Regelungen zu berücksichtigen. Eine Effektivierung ist also nur für die Regelungsgehalte möglich, die die CORSIA-Standards setzen. Die festgestellten Trittbrettfaheroptionen, die die CORSIA-Regelungen für das Durchsetzungs- und Sanktionsregime durch entsprechend weite Gestaltungsspielräume belassen, können daher nicht adressiert werden. Es muss vielmehr darauf ankommen, dass die Gegenmaßnahmen das CORSIA-Regime der ICAO unterstützen und ergänzen, statt durch die Implementierung eigener Regelungen nur „inspiriert“ von, aber nicht in Übereinstimmung mit diesen Vorgaben gegenüber defizitären Drittstaaten vorzugehen.¹⁵⁴⁵

Wird ein EU-*Blacklisting* in der hier skizzierten Form als Maßnahme zur Effektivierung des CORSIA mit extra-unionaler Wirkung konkret ins Auge gefasst, sollten Angriffsflächen für eine mögliche politische Diskreditierung der Maßnahme als „green protectionism“¹⁵⁴⁶ oder der EU als Klimaschutz-„Polizei“¹⁵⁴⁷ vermieden werden. Weiterhin ist die „Machtsensibilität“¹⁵⁴⁸ von Gegenmaßnahmen zu bedenken. Nahe liegt danach, dass die EU-Staaten solche vor allem gegenüber schwachen Staaten vornehmen, sowie, dass die wirtschaftliche Bedeutung unterschiedlicher Flugverbindungen eine nicht zu unterschätzende Rolle für eine diesbezügliche Entscheidung spielen würde. Hier gilt es, dem CBDRRC-Prinzip Rechnung zu tragen: Schwache CORSIA-Staaten, die eine Einhaltung der CORSIA-Regelungen nicht selbst gewährleisten können, sollten vor diesem Hintergrund primär finanziell und organisatorisch unterstützt werden, statt durch *Blacklisting*-Maßnahmen wirtschaftlich abgehängt zu werden.¹⁵⁴⁹ Weiterhin könnte die Akzeptabilität solcher Maßnahmen gesteigert werden, indem sie nur als *ultima ratio* zur Anwendung kommen und sich dabei umfassend an den Vorgaben der ICAO orientieren. Insbesondere sollte die EU, sofern von Seiten der ICAO ein Klima-Audit eingerichtet

1545 So für den Sicherheitsbereich auch *Huang Aviation Safety*, 213 f.

1546 *Mebling/van Asselt/Das/Droege/Verkuijl* AJIL 113 (2019), 433, 441; auch angedeutet bei *Holmes/Reilly/Rollo* Climate Policy 11 (2011), 883 f.

1547 In Anlehnung an die Zusammenfassung entsprechender Bedenken anderer Staaten gegen die Maßnahmen der USA im Bereich Betriebs- und Flugsicherheit *Dempsey* Annals of Air and Space Law 32 (2007), 29, 54: „policemen“.

1548 *Vöneky* Jura 2007, 488, 490; dazu auch *Paddeu* in: MPEPIL, Countermeasures Rn. 45.

1549 So auch (allerdings vor dem Hintergrund des Art. 33 CA) *Lyle* Climate Law 8 (2018), 104, 112 f.; für den Bereich der Betriebs- und Flugsicherheit *Dempsey* Annals of Air and Space Law 32 (2007), 29, 63.

wird, ihre Überprüfungen der drittstaatlichen Einhaltung der CORSIA-Regelungen zugunsten der Ergebnisse dieser Audits zurückstellen und nur diejenigen Defizite durchsetzen, die von der ICAO festgestellt würden.¹⁵⁵⁰

III. Berücksichtigungsmöglichkeiten bei Flughafenabgaben und Slot-Vergabe?

Eine verpflichtende Berücksichtigung von Klimaschutzaspekten, beispielsweise in Form einer Entgelterhöhung gegenüber Luftfahrzeugbetreibern, die die CORSIA-Vorgaben nicht adäquat berücksichtigen, ist bei der aktuellen Konzeption der Abgaben an Flughäfen als Flughafenentgelte schon dem Grunde nach nicht möglich. Denn es fehlt am erforderlichen Kostenbezug solcher Klimaschutzaspekte, weshalb sie innerhalb der geltenden Konzeption keine zulässigen entgelterhöhenden Parameter darstellen können.¹⁵⁵¹ Hinzu kämen etwaige Widersprüche zu Art. 15 UAbs. 1, 2 CA, wonach Abgaben für die Nutzung von Flughäfen und Luftfahrteinrichtungen nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sind und dabei diskriminierungsfrei erfolgen müssen. Außerdem spricht gegen eine solche Maßnahme, dass sie sich an die Luftfahrzeugbetreiber statt deren Heimatstaaten richten würde, was mit den Governance-Strukturen des CORSIA konfligiert.

Vergleichbares gilt für die Vergabe von Slots: Zum einen lässt die aktuelle Konzeption der Slot-Vergabe Umweltschutzgesichtspunkte außen vor¹⁵⁵². Zum anderen richtet sie sich ebenfalls an die Luftfahrtunternehmen, statt an deren Heimatstaaten. Entsprechend ist eine Effektivierung der CORSIA-Vorgaben auf diesen Wegen keine gangbare Option.

1550 Ähnlich für eine Durchsetzung im Bereich Betriebs- und Flugsicherheit auch *Dempsey Annals of Air and Space Law* 32 (2007), 29, 64; argumentativ ebenfalls in diese Richtung, aber keine Verknüpfung zu den Audit-Ergebnissen ziehend *Huang Aviation Safety*, 213. Die USA wollen in diesem Bereich entsprechend verfahren, während die EU die ICAO-Audits jedenfalls mitberücksichtigt, so *Petras/Vaugeois* in: *Dempsey/Jakhu* (Hrsg.) *HdB Aviation Law*, 64, 81.

1551 Dazu oben § 5 A.II.3., S. 137 ff.

1552 Es handelt sich dabei um eine Maßnahme zur Verteilung knapper Ressourcen, die auf den Bestandsschutz ausgerichtet ist, § 5 A.II.1., S. 134 f.

IV. Berücksichtigung von Annex 16 IV in (künftigen) Luftverkehrsabkommen der EU

Unbenommen bleibt es der EU und ihren Mitgliedstaaten freilich, die Berücksichtigung der CORSIA-Standards durch andere Staaten in ihre (zukünftigen) zwischenstaatlichen Luftverkehrsabkommen aufzunehmen und diesen Standards damit verstärkt zur Wirkung zu verhelfen. Ähnlich wie in betriebs- und flugsicherheitsbezogener Hinsicht im ICAO-Musterabkommen und teils in Luftverkehrsabkommen bereits vorgesehen,¹⁵⁵³ könnte die Aufrechterhaltung von Verkehrsrechten daran geknüpft werden, dass die CORSIA-Standards durch die Vertragsstaaten eingehalten werden. Dabei würde es sich um eine politische Maßnahme handeln, die auf Zustimmung des/der anderen Staaten angewiesen ist, eine solche Klausel in den völkerrechtlichen Vertrag aufzunehmen. Die politische Machbarkeit solcher folgenreicher Klimaschutzklauseln ist allerdings zweifelhaft. Während die Änderungen bestehender Luftverkehrsabkommen nur zur Einbeziehung von Annex 16 IV sehr unwahrscheinlich sein dürften, sind Neuabschlüsse mit entsprechenden Klimaschutzklauseln eher denkbar, kommen aber angesichts der Vielzahl bereits bestehender EU-Luftverkehrsabkommen eher selten vor.

C. Fazit: Potentiale für CORSIA-Stärkung im unionsrechtlichen Rahmen und Bedeutung anderer Akteure

Im intra-unionalen Kontext bestehen durchaus, wenn auch nicht uneingeschränkt, Potentiale für die EU, sich als Implementationsgarant und Durchsetzungsdegen der CORSIA-Regelungen zu erweisen. Durch die Verbindlichkeit und Durchsetzungsstärke des Unionsrechts können Spielräume, die diese Regelungen belassen, harmonisierend für die EU-Staaten geschlossen werden. Dies hat sich für das MRV-System bereit manifestiert und ist auch für das Durchsetzungs- und Sanktionssystem möglich, dessen Ausgestaltung von Seiten der ICAO weitestgehend den CORSIA-Staaten

1553 Siehe Art. 3 Abs. 2 lit. b (Option 1, transitional), Art. 4 Abs. 1 lit. b (traditional) des ICAO-Musterabkommens, dazu *Riedi* Technische Normen der ICAO, 167; z.B. Art. 4 lit. d Open Skies EU-USA, Art. 3 lit. c, Art. 4 Abs. 1 lit. d, Abs. 3 Abkommen über den Luftverkehr zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika, 21.06.2010, AS 2010 4215. Auf diese Möglichkeit hinweisend auch COM Assessment CORSIA (externes Gutachten), Ref. Ares(2021)1483539, 78 ff.

überantwortet wurde. Durch das Effektivitätsprinzip sind aber auch diese rechtlich eingeehgt. Durch die Möglichkeiten eines Vertragsverletzungsverfahrens bestehen Potentiale, (auch diesbezüglich) die nationale Umsetzung und Anwendung der EU-Regelungen abzusichern, die zur Realisierung der CORSIA geschaffen werden. Dieses Verfahren ist allerdings durch seine Dauer und Abhängigkeit von der teils als wenig systematisch kritisierten Handhabung durch die Kommission nicht frei von Defiziten, die seine Wirkung schwächen können.

In extra-unionaler Hinsicht bestehen mit einem als völkerrechtliche Gegenmaßnahmen konzipierten Staaten-*Blacklisting* die Möglichkeit, in Fällen defizitären Verhaltens eines CORSIA-Staates als *ultima ratio* auch von Seiten der EU-Staaten zu reagieren, indem der Zugang des defizitären Staates (und darüber vermittelt für seine Luftfahrtunternehmen) zum EU-Luftverkehrsbinnenmarkt temporär suspendiert wird. Dafür müssen einerseits die allgemeinen Voraussetzungen des Völkerrechts für solche Gegenmaßnahmen berücksichtigt werden. Der mit solchen Gegenmaßnahmen einhergehende Verstoß gegen Verkehrsrechte des defizitären CORSIA-Staates kann daher nur gerechtfertigt werden, soweit die Maßnahme eine angekündigte Reaktion auf einen andauernden Verstoß gegen die CORSIA-Standards als völkerrechtliches Delikt ist, um den defizitären Staat zur Rechtstreue anzuhalten. Aus Legitimationsgesichtspunkten, die aber auch Einfluss auf die Verhältnismäßigkeit haben dürften, sollten sie nur eine *ultima ratio* darstellen, grundlegende Luftverkehrsrechte (Überflug und technischer Stopp) aussparen und gerade gegenüber wirtschaftlich und organisatorisch schwächeren Staaten eher mit Unterstützung als mit Repression agiert werden. Andererseits müssen die Inhalte und Governance-Strukturen des CORSIA respektiert werden, wie sie von der ICAO gesetzt wurden. Insofern kann es nur auf ein defizitäres Verhalten eines CORSIA-Staates mit Blick auf die geregelten Inhalte in den CORSIA-Regelungen selbst ankommen. Ferner können die EU und ihre Mitgliedstaaten die Befolgung der CORSIA-Regelungen durch Drittstaaten durch entsprechende Klimaschutzklauseln auch in die politischen (Neu-)Verhandlungen zu ihren Luftverkehrsabkommen einbeziehen.

Statt eine der EU mögliche Stärkung der Klimawirksamkeit des CORSIA im Verhältnis zu Drittstaaten zu verfolgen, die das CORSIA zukünftig unzureichend umsetzen oder durchsetzen, entscheidet sich die Europäischen Kommission in ihrem Vorschlag zur Änderung der EHL mit Blick auf den Luftverkehr als Teil des „Fit für 55“-Initiativpakets dafür, primär die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen gegenüber

Drittstaaten zu adressieren.¹⁵⁵⁴ Dafür soll die Kommission Umsetzungs-kompetenzen erhalten, EU-Airlines von der Verpflichtung zur Abgabe von CORSIA-Zertifikaten auf extra-unionalen Strecken freizustellen, wenn diese gegenüber Drittstaaten-Airlines auf Strecken mit Staaten Nachteile erleiden, die das CORSIA defizitär umsetzen oder anwenden. Dies geht zulasten der Klimawirksamkeit des CORSIA: Zusätzlich zur defizitären Umsetzung und Anwendung des Drittstaates auf seine Airlines werden EU-Airlines auf Strecken zu diesem Staat von Abgabeverpflichtungen befreit. Ferner liegt darin, jedenfalls ohne entsprechende Abweichungsmittlung der EU-Staaten, ein Verstoß gegen die CORSIA-Standards, die eine solche Befreiungsmöglichkeit nicht vorsehen.

Neben der EU ist auch das Verhalten und der Einfluss hier nicht im Mittelpunkt der Analyse stehender Akteure im Blick zu behalten. Diese können ebenfalls auf vielfältige Weisen eine wichtige Rolle für die Stärkung des CORSIA einnehmen, die (auch) über eine politische Einflussnahme auf die Weiterentwicklung der CORSIA-Regelungen hinausgeht: Die Bedeutung der Schaffung eines Klima-Audits durch die ICAO ist bereits an anderer Stelle angesprochen worden.¹⁵⁵⁵ Auch die IATA als wichtigster Fach- und Interessenverband der gewerblichen Luftverkehrsunternehmen könnte in dieser Hinsicht aktiv werden, indem sie die Teilnahme eines Luftfahrtunternehmens am CORSIA prüft und zur Voraussetzung für die Mitgliedschaft im IATA erheben würde.¹⁵⁵⁶ Schließlich nehmen Staaten mit wirtschaftlich bedeutenden Luftverkehrsmärkten (u.a. die USA¹⁵⁵⁷ und die EU) faktisch im Verhältnis zu anderen Staaten je nach eigenem Verhalten die Rolle als Positiv- oder Negativ-Vorbilder ein, wenn es um die Verwirklichung und Zukunft des CORSIA geht.¹⁵⁵⁸

1554 Vgl. Art. 25a Abs. 7 COM(2021) 552 final.

1555 Siehe oben § 14 C.II., S. 328.

1556 Mit entsprechendem Vorschlag zur Berücksichtigung des CORSIA im IATA-Environmental Assessment Program *Piera* GHG emissions International Aviation, 361.

1557 *ders.* GHG emissions International Aviation, 310 ff., 361.

1558 Siehe in diesem Sinne für die EU eine Aussage der EU-Verkehrskommissarin Vălean vor dem ENVI: „if the EU was to walk away from CORSIA this would provide a pretext for some major global players to bury it. It would do nothing to reduce international aviation emissions and set back negotiations within ICAO for many years.“ (*EU-Ausschuss für Umweltfragen, öffentliche Gesundheit und Lebensmittelsicherheit* Aufzeichnung ENVI-Sitzung (11.05.2020), bei 14:14:30-14:14:50) https://multimedia.europarl.europa.eu/en/envi-committee-meeting_20200511-1400-COMMITTEE-ENVI_vd (letzter Abruf: 18.02.2021).

§ 18 Mögliche Entwicklungslinien des Luftverkehrs-EU-EHS und des CORSIA im supranationalen Recht

Von anderen Autorinnen und Autoren wurden bereits eine Vielzahl möglicher zukünftiger Entwicklungslinien des LuftV-EU-EHS und des CORSIA im supranationalen Recht entworfen und analysiert.¹⁵⁵⁹ Die Untersuchungen fokussieren dabei auf die Klimaschutzbezogenen sowie teils die ökonomischen Auswirkungen der Entwicklungsoptionen und modellieren diese unter Zugrundelegung verschiedener Regulierungsoptionen, Prämissen zur Teilnahmezahl der CORSIA-Staaten und Entwicklungen des Luftverkehrssektors (insbesondere Sektorwachstum und technische Entwicklungen). In einer der Studien¹⁵⁶⁰ wird dabei die häufig betonte geringe Klimawirksamkeit der CORSIA-Ausgleichszertifikate mitberücksichtigt, indem in einem der untersuchten Szenarien nur von einer Klimawirksamkeit von 20% ausgegangen wird. In zwei¹⁵⁶¹ Arbeitsdokumenten eruiert auch die EU-Kommission verschiedene Entwicklungslinien. Besonders aktuell sind dabei die noch darstellend gehaltenen Ausführungen in einem *Inception Impact Assessment*¹⁵⁶² zur Überarbeitung der EH-RL mit Blick auf den Luftverkehr. Analysen und Bewertungen werden darin noch nicht vorgenommen. Vielmehr bildet es die Grundlage für Feedback und Öffentlichkeitsbeteiligung. Das von der Kommission extern in Auftrag gegebene Gutachten¹⁵⁶³ nimmt nun entsprechende quantitative Modellierungen der möglichen Entwicklungslinien vor. Im Juni 2021 hat die EU-Kommission einen Gesetzgebungsvorschlag als Teil des „Fit für 55“-Vor-

1559 V. Graichen/M. Cames/S. Gores/G. Anderson/J. Faber/L. van Wijngaarden/van Velzen Development EU ETS, ICAO-MBM, Bericht UBA November 2020, 29 ff.; Maertens/Grimme/Scheelhaase/Jung Sustainability 11 (2019), 5703, 1 ff.; Scheelhaase/Maertens/Grimme/Jung Journal of Air Transport Management 67 (2018), 55 ff.; van Velzen CORSIA, EU ETS - EU2030 aviation emissions target, Bericht T&E September 2018; knapp auch Erling Air & Space Law 42 (2017), 1, 11 f.; ders. Air & Space Law 43 (2018), 371, 379.

1560 Maertens/Grimme/Scheelhaase/Jung Sustainability 11 (2019), 5703.

1561 Ferner spielt der Luftverkehr im *Impact Assessment* zur Fortentwicklung der EU2030-Klimapolitik allgemein (COM-Staff, Stepping up Europe's 2030 climate ambition, SWD(2020) 176 final) eine (untergeordnete) Rolle.

1562 COM Inception Impact Assessment, Revision ETS Aviation, Ref. Ares(2020)3515933, 3 f.

1563 COM Assessment CORSIA (externes Gutachten), Ref. Ares(2021)1483539, 163 ff., mittlerweile auch veröffentlicht als COM-Staff, Impact Assessment CORSIA, SWD(2021) 603 final.

schlagspakets vorgelegt.¹⁵⁶⁴ Auch im Jahr 2017 wurde ein *Impact Assessment* zum LuftV-EU-EHS¹⁵⁶⁵ vorgenommen, das teils andere Handlungsoptionen untersucht als die im *Inception Impact Assessment 2020* genannten.

Vertiefte rechtliche Analysen, die insbesondere die neuen Entwicklungen für die konkrete Operationalisierung des CORSIA einbeziehen, bestehen bisher allerdings nicht.¹⁵⁶⁶ Eine solche Analyse wird hier vorgenommen, um zu beurteilen, welche der potentiellen Entwicklungsoptionen aus rechtlicher Perspektive mögliche Handlungsoptionen darstellen. Aus einer vergleichenden Perspektive wird auf normativer Basis bewertet, wie sich die Mitigationsbemühungen der EU unter den verschiedenen Entwicklungsoptionen gegenüber dem aktuellen *status quo* (LuftV-EU-EHS im *reduced scope*) verändern würden und inwiefern daraus rechtliche Konflikte entstehen bzw. vermieden werden könnten. Jenseits des Ziels dieser Analyse liegt es dabei, Aussagen darüber zu treffen, ob die EU je nach Entwicklungslinie ihre NDC-Verpflichtungen einhalten wird. Die hier unternommene Analyse dient vielmehr dazu, die Nachbarwissenschaften, die entsprechende Modellierungen vornehmen, über das Vorliegen von Handlungsspielräumen und deren rechtlichen Grenzen zu informieren.

Die rechtliche Zulässigkeit der verschiedenen Entwicklungsoptionen wird durch das in Teil 2 identifizierte tripolare Spannungsfeld konturiert. Die relevanten Maßgaben des UNFCCC-Regimes (Art. 2 Abs. 2 KP und Art. 4 Abs. 2 PÜ), der ICAO bzw. konkret des CORSIA (insbesondere der Standards des Annexes 16 IV CA) und der EU (insbesondere EU-Klimaschutzziele und Verpflichtung der EU-Staaten als CORSIA-Staaten) lassen sich wie folgt zusammenfassen: Einerseits besteht ein Spannungsverhältnis zwischen den völkerrechtlichen Verpflichtungen der EU und ihrer Motivationslage, dem selbst gesetzten Ambitions- und internationalen Führungsanspruch gerecht zu werden. Denn die EU und ihre Mitgliedstaaten wollen vor dem Hintergrund ihrer Selbstverpflichtungen auf Grundlage des Pariser Übereinkommens ihre Klimaschutzziele unter Einschluss des Luftverkehrs erreichen und müssen diese kontinuierlich steigern. Gegenüber dem LuftV-EU-EHS ist das CORSIA in seinem Ambitionsniveau jedoch geringer und ferner rechtlich in geringerem Maße abgesichert. Auch die um-

1564 COM(2021) 552 final. Dieser Vorschlag findet nachfolgend, da nach Abschluss der Untersuchung veröffentlicht, nur punktuell Berücksichtigung.

1565 COM-Staff, *Impact Assessment, ETS Aviation*, SWD(2017) 31 final, 20 ff.

1566 Nur sehr knapp und oberflächlich zu den rechtlichen Implikationen COM Assessment CORSIA (externes Gutachten), Ref. Ares(2021)1483539, 252 ff.

weltrechtliche Querschnittsklausel, Art. 11 AEUV,¹⁵⁶⁷ ist im Blick zu behalten. Andererseits erwächst aus den CORSIA-Standards des Annex 16 IV CA grundsätzlich die Verpflichtung der EU-Staaten, das CORSIA für alle internationalen Flüge einzurichten und die Governance-Strukturen des CORSIA zu realisieren. Durch eine unkoordinierte Verwirklichung des eigenen Ambitions- und Führungsanspruchs der EU würden die EU-Staaten in ein Spannungsverhältnis zu diesen Verpflichtungen treten. Soweit die EU dabei von der auf globale Einheitlichkeit ausgerichteten Linie des CORSIA abweicht, können zudem negative Rückkopplungen für die Funktionsfähigkeit des CORSIA entstehen, die mit Blick auf Art. 2 Abs. 2 KP problematisch sind. Auch mit Blick auf Ziffer 18 Resolution A40-19 sollte insbesondere eine doppelte Erfassung derselben Emissionen vermieden werden. Außerdem dürfte die EU auf einer rechtspolitischen Ebene im Blick behalten wollen, dass für EU-Luftfahrtunternehmen im Wettbewerb zu anderen Airlines mögliche Nachteile weitgehend vermieden werden.

Es werden nachfolgend fünf Entwicklungslinien (teils mit Varianten) untersucht und eruiert, welche dieser Optionen sich möglichst gut in das tripolare Spannungsfeld einpasst. Im Ergebnis ist ein subordinativ-ambitionierter Ansatz zu präferieren (E.):

A. *Vermeintlich kooperativer Ansatz: Koordination durch Zertifikate*

Mit einem koordinierenden Ansatz könnte auf vermeintlich besonders kooperative Weise eine Kompatibilität des LuftV-EU-EHS mit dem CORSIA hergestellt werden, indem das CORSIA zunächst von den EU-Staaten entsprechend den CORSIA-Standards auf alle zwischenstaatlichen Flüge angewendet wird, die ihren Start- bzw. Zielort in einem EU-Staat haben.¹⁵⁶⁸ Auf den damit erfassten Strecken dürften die CORSIA-Ausgleichsverpflichtungen von den EU- Luftfahrzeugbetreibern dabei nur durch Emissionszertifikate des EU-EHS erfüllt werden.¹⁵⁶⁹

1567 Siehe zu deren Maßgaben für den Luftverkehrs-Kontext und möglichen Konflikten bereits § 5 A.III., S. 142 ff.

1568 Diese Option ist jeweils in Zusammenschau mit den nachfolgenden Optionen (B.-E.) zum Anwendungsbereich zu sehen.

1569 Entspricht Variante a bei *van Velzen* CORSIA, EU ETS - EU2030 aviation emissions target, Bericht T&E September 2018, 7 f.; in diese Richtung wohl auch COM-Staff, Impact Assessment, ETS Aviation, SWD(2017) 31 final, 22 f. Szenario 2 bei *V. Graichen/M. Cames/S. Gores/G. Anderson/J. Faber/L. van Wijn-*

Auf diese Weise wäre sichergestellt, dass die Ausgleichszertifikate auch tatsächlich so klimawirksam sind, wie sie verbriefen. Denn im Rahmen eines funktionierenden EU-EHS wird systemimmanent durch kontinuierliche Verknappung der verfügbaren Emissions-Zertifikate eine gesamt-systemische Reduktionswirkung erzielt. Auf einzelne, möglicherweise defizitäre Ausgleichsprojekte kommt es hingegen nicht an. So könnte die EU ihre Selbstverpflichtung erfüllen, zum Erreichen ihrer NDC2020 keine internationalen *credits* heranzuziehen. Ferner scheint die Funktionsfähigkeit des CORSIA nicht negativ tangiert zu sein.

Diese Lösung wird jedoch nur auf den ersten Blick allen drei Spannungspolen gerecht. Denn die EU-EHS-Zertifikate sind – jedenfalls bisher – keine *Eligible Emission Units* im Sinne des CORSIA, da sie nicht vom ICAO-Rat als solche anerkannt sind. Ob eine solche Anerkennung in Zukunft möglich wird, erscheint mehr als fraglich, da die EHS-Zertifikate keine Ausgleichszertifikate im klassischen Sinne darstellen, wie sie die EUCs der ICAO in den Blick nehmen. Mit der Verwendung solcher Zertifikate zur Erfüllung der CORSIA-Ausgleichsverpflichtungen im EU-Kontext würde also die Einheitlichkeit des CORSIA in Frage gestellt, die mit Blick auf Art. 38 CA durch die ICAO-Standards gerade herbeigeführt werden soll. Selbst wenn man darin eine (iSv Art. 38 CA grundsätzlich zulässige) Schutzverstärkung der EU sehen könnte (dazu unten C.), bleibt die verpflichtende Verwendung von EHS-Zertifikaten, die für das CORSIA nicht als zulässig anerkannt sind, eine wesentliche Abweichung von den Governance-Strukturen des CORSIA. Denn bezüglich der Entscheidung über die Zulässigkeit als CORSIA-Zertifikate ist dem ICAO-Rat eine Schlüsselrolle zugewiesen, die die EU bei entsprechender eigener Entscheidung missachten würde.

B. Extrem konfrontativer Ansatz: Rückkehr des LuftV-EU-EHS zum *full scope*

Als zweite Option kommt in Betracht, dass die EU das CORSIA nicht implementiert, sondern stattdessen zum *full scope* des LuftV-EU-EHS zurückkehrt.¹⁵⁷⁰ Durch den gegenüber dem aktuellen *reduced scope* erweiter-

gaarden/van Velzen Development EU ETS, ICAO-MBM, Bericht UBA November 2020, 30.

1570 Entspricht Option 2 bei *Scheelhaase/Maertens/Grimme/Jung* Journal of Air Transport Management 67 (2018), 55, 60; Option 1 bei COM Inception Impact Assessment, Revision ETS Aviation, Ref. Ares(2020)3515933, 3; Option 0 bei

ten Anwendungsbereich des LuftV-EU-EHS würde die Klimawirksamkeit im Rahmen der EU gegenüber dem aktuellen Stand erhöht. Es würden alle Luftverkehrsemissionen mit Bezug zur EU erfasst, nicht nur solche oberhalb der *baseline* des Jahres 2019/2020 wie beim CORSIA. Dieser Ansatz hätte also innerhalb der EU im Vergleich zu den anderen denkbaren Optionen die größere Klimawirksamkeit.¹⁵⁷¹ Die EU-NDC2020 könnten damit umso eher erreicht werden.

Allerdings würden damit die EU-Staaten ihrer Verpflichtung gemäß Art. 38 CA, die CORSIA-Standards zu implementieren, nicht nachkommen, was jedenfalls die Notifizierung einer Abweichung gemäß Art. 38 S. 1 CA notwendig machen würde. Im Beschluss 2018/2027¹⁵⁷² wurden 2018 vom Europäischen Rat zwar Abweichungen vorformuliert, die von den EU-Staaten gegenüber der ICAO mitgeteilt wurden. Diese wiesen aber nur generell auf das EU-EHS in seiner aktuellen Form hin und blieben damit inhaltlich so vage, dass fraglich erscheint, inwiefern sie ein solches EU-Vorgehen tragen könnten. Die Umsetzung von ICAO-Standards muss gemäß Art. 38 S. 1 CA „impracticable“ oder eine Abweichung davon „necessary“ sein. Zu keiner Voraussetzung ist im Beschluss des Rates aber dargetan, warum dies beim EU-EHS der Fall sein sollte. Alleine darin ist also keine hinreichende Notifizierung zu sehen.¹⁵⁷³

COM-Staff, Impact Assessment, ETS Aviation, SWD(2017) 31 final, 20 f. Als Variante (angelehnt an *Erling Air & Space Law* 42 (2017), 1, 12) könnte der *full scope* nur auf Strecken von/zu Drittstaaten zur Anwendung kommen, die bis 2027 nicht freiwillig am CORSIA teilnehmen. Die Grundprobleme blieben ähnlich.

1571 COM Assessment CORSIA (externes Gutachten), Ref. Ares(2021)1483539, 22, 188.

1572 Beschluss (EU) 2018/2027 des Rates vom 29. November 2018 über den im Namen der Europäischen Union in der Internationalen Zivilluftfahrt-Organisation einzunehmenden Standpunkt zur ersten Ausgabe der Internationalen Richtlinien und zu Empfehlungen zum Umweltschutz – Klimaschutzinstrument für den internationalen Luftverkehr (CORSIA), ABL L 325/25 v. 20.12.2018. Eine Präzisierung erfolgte auch nicht im Beschluss (EU) 2020/954 des Rates vom 25. Juni 2020 über den im Namen der Europäischen Union in der Internationalen Zivilluftfahrt-Organisation zu vertretenden Standpunkt in Bezug auf die Mitteilung über die freiwillige Teilnahme am System zur Verrechnung und Verringerung von Kohlenstoffdioxid für die internationale Luftfahrt (CORSIA) ab dem 1. Januar 2021 und die für die Berechnung der Kompensationspflichten der Flugzeugbetreiber im Zeitraum 2021-2023 gewählte Option, ABL L 212/14 v. 03.07.2020.

1573 A.A. COM Assessment CORSIA (externes Gutachten), Ref. Ares(2021)1483539, 22, 188.

Sofern man in der Nichterfüllung der Verpflichtung eine auch ohne Notifizierung zulässige Schutzverstärkung sähe (dazu sogleich C.), wäre damit für drittstaatliche Luftfahrzeugbetreiber aus CORSIA-Staaten die Gefahr einer Doppelbelastung verbunden. Diese wären für ihre Flüge mit Start oder Landung in der EU dem LuftV-EU-EHS, sowie von Seiten ihres Heimatstaates den CORSIA-Verpflichtungen zu unterwerfen. Sofern man davon ausgeht, dass ein Luftfahrzeugbetreiber kaum zweimal für dieselben Emissionen Klimaschutzmaßnahmen befolgen würde und dem LuftV-EU-EHS mit Blick auf Art. 16 EH-RL ein nicht unerheblicher Durchsetzungsdruck zuzutrauen ist, der zur Befolgung nur der EU-EHS-Regelungen führt, könnte die Befolgung des CORSIA unterminiert werden. Dies tritt mit der gemäß Art. 2 Abs. 2 KP und Ziffer 18 Resolution A40-19 gebotenen Koordination in Konflikt. Ferner würde die politische Kontroverse um die Beanspruchung von extraterritorialer Jurisdiktion durch die EU wieder aufzubrechen drohen, wie sie im ATA-Fall vor dem EuGH ihren Höhepunkt fand, aber nicht beigelegt wurde. Mit Blick auf die massiven internationalen Verwerfungen vor der Einführung des *full scope* im Jahr 2011 ist die politische Machbarkeit dieser Option fraglich. Der Konflikt dürfte nun, da die ICAO mit dem CORSIA sogar eine globale Maßnahme geschaffen hat, noch verstärkt werden. Dieser Ansatz erscheint also rechtlich und politisch als zu konfrontativ, um eine echte Handlungsoption der EU darzustellen.

C. *Extrem subordinativer Ansatz: Beschränkung des LuftV-EU-EHS auf nationalen Luftverkehr*

Weiterhin könnte die EU sich umfassend dem CORSIA-Regime unterordnen, indem zukünftig jedenfalls auf zwischenstaatlichen Flugstrecken nur die CORSIA-Regelungen zum Tragen kommen. Dafür sind drei Varianten denkbar: Es könnte zum einen eine Implementierung der CORSIA-Regelungen alleine für den zwischenstaatlichen Luftverkehr der EU-Luftfahrzeugbetreiber vorgenommen werden. Das LuftV-EU-EHS würde demgegenüber gänzlich aufgegeben.¹⁵⁷⁴ Zum weiteren könnte das CORSIA wie in der ersten Variante für den zwischenstaatlichen Luftverkehr

1574 Option 1 bei *Maertens/Grimme/Scheelhaase/Jung Sustainability* 11 (2019), 5703, 9; Option 5 bei *Scheelhaase/Maertens/Grimme/Jung Journal of Air Transport Management* 67 (2018), 55, 60; Option 3 COM Inception Impact Assessment, Revision ETS Aviation, Ref. Ares(2020)3515933, 3.

der EU-Luftfahrzeugbetreiber implementiert werden, sowie zusätzlich für den innerstaatlichen Luftverkehr innerhalb der EU-Mitgliedstaaten.¹⁵⁷⁵ Diese innerstaatliche Anwendung ginge dabei über die Verpflichtungen der ICAO-Standards hinaus. In einer dritten Variante könnte für den innerstaatlichen Luftverkehr das LuftV-EU-EHS beibehalten werden, während für den zwischenstaatlichen Luftverkehr das CORSIA angewendet wird.¹⁵⁷⁶ Das LuftV-EU-EHS bliebe nur in dieser letzten Variante bestehen, hätte aber gegenüber dem aktuellen *reduced scope* einen sehr eingeschränkten Anwendungsbereich.

Auf diese Weise würde ein Konflikt mit den CORSIA-Standards vermieden, da ihre Gehalte umfassend umgesetzt, sowie die Funktionsfähigkeit des CORSIA nicht in Frage gestellt würden. Jedoch würde es für die EU und ihre Mitgliedstaaten erschwert, ihre Klimaschutzverpflichtungen aus dem Pariser Übereinkommen zu erfüllen.¹⁵⁷⁷ Dabei dürfte es kaum einen Unterschied machen, ob und wie der nationale Luftverkehr adressiert wird, da gerade der zwischenstaatliche Luftverkehr das Gros der zurückgelegten Flugstrecken bildet. Was eine isolierte Betrachtung des Luftverkehrs anbelangt, könnte man bei diesem extrem subordinativen Ansatz (ohne eine gleichzeitige Schutzverstärkung durch andere Steuerungsansätze als den Emissionshandel) schwerlich davon ausgehen, dass, wie die umweltrechtliche Querschnittsklausel des Art. 11 AEUV verlangt, die Erfordernisse des Umweltschutzes bzw. hier speziell Klimaschutzbelange weiter in gehaltvoller Weise in die Regulierung des Luftverkehrs einbezogen werden. Die Klimaschutzanstrengungen in anderen Sektoren müssten vor diesem Hintergrund stark erhöht werden, um die Klimaschutzziele der EU weiter erreichen zu können. Dies könnte ein eklatantes Absinken des Klimaschutzniveaus jedenfalls in einer sektorübergreifenden Gesamtbetrachtung verhindern. Denn die Emissionen des intra-unionalen Luftverkehrs würden in geringerem Maße erfasst als dies mit dem *reduced*

1575 Option 3 bei *Maertens/Grimme/Scheelhaase/Jung Sustainability* 11 (2019), 5703, 9; Option 4 bei *Scheelhaase/Maertens/Grimme/Jung Journal of Air Transport Management* 67 (2018), 55, 60; *Erling Air & Space Law* 43 (2018), 371, 379; *ders. Air & Space Law* 42 (2017), 1, 12; Option 3 im COM-Staff, Impact Assessment, ETS Aviation, SWD(2017) 31 final, 24 f.

1576 Option 2 bei *Maertens/Grimme/Scheelhaase/Jung Sustainability* 11 (2019), 5703, 9; Option 1 bei *van Velzen CORSIA, EU ETS - EU2030 aviation emissions target*, Bericht T&E September 2018, 7.

1577 Diese Erwägung außen vor lassend z.B. *Erling Air & Space Law* 43 (2018), 371, 379; *ders. Air & Space Law* 42 (2017), 1, 12; *Airlines for America Feedback zu Überarbeitung EHS, KOM Inception Impact Assessment*, online, 28.08.2020.4.

scope des LuftV-EU-EHS der Fall ist. Adressiert würden nur die Emissionen oberhalb der CORSIA-*baseline* des Jahres 2019/2020. Im Rahmen dieser Adressierung kämen nur internationale *credits* zur Anwendung, die in ihrer Klimawirksamkeit angezweifelt werden und die die EU und ihre Staaten nach ihrem NDC2020 ab dem Jahr 2021 generell nicht mehr verwenden wollen, um ihren Selbstverpflichtungen nachzukommen. Vor diesem Hintergrund sollte rechtspolitisch davon abgesehen werden, diese Handlungsoption in einer der Varianten zu ergreifen.

D. *Konfrontativer Ansatz: Beibehaltung LuftV-EU-EHS im reduced scope (neben/anstatt CORSIA)*

Als im Rahmen des dargestellten Spannungsfeldes konflikträchtig erweisen sich die verschiedenen möglichen Varianten (I.-III.) der Aufrechterhaltung des LuftV-EU-EHS im *reduced scope*:

I. Reduced scope statt CORSIA

Mit der ersten Variante, nur den *reduced scope* des LuftV-EU-EHS für den intra-unionalen Flugverkehr (Start- und Zielort in einem EU-Staat) fortzuführen,¹⁵⁷⁸ würde die EU sich jenseits der MRV-Verpflichtungen gänzlich gegen eine Implementation des CORSIA entscheiden. Gegenüber der jetzigen Rechtslage wären damit keine Veränderungen notwendig, außer den *reduced scope* langfristig in der EH-RL festzuschreiben. Damit würden die Flüge in einen bzw. aus einem Drittstaat mit Start- oder Zielort in einem EU-Staat gänzlich nicht adressiert, obwohl es sich dabei um internationale Flüge iSd CORSIA handelt. Den CORSIA-Standards würde damit nicht hinreichend Rechnung getragen. Für extra-unionale Flugbewegungen würde keinerlei Klimaschutzsystem, nicht einmal das CORSIA, vorgesehen, was zwar die Erfüllung der EU-NDC2020 nicht signifikant erschwert, da es dem *status quo* entspricht, aber Potentiale für den Klimaschutz ungenutzt lässt.

1578 Option 2 im COM Inception Impact Assessment, Revision ETS Aviation, Ref. Ares(2020)3515933; COM Inception Impact Assessment, Revision ETS Aviation, Ref. Ares(2020)3515933, 3.

II. Reduced scope neben CORSIA

Ferner wäre denkbar, dass das LuftV-EU-EHS und das CORSIA dergestalt nebeneinander zum Tragen kommen, dass eine Überlappung beider Systeme gegeben ist. Dieselben Emissionen würden auf diese Weise doppelt erfasst, aber inhaltlich je unterschiedlich reguliert. Wegen der damit verbundenen Doppelbelastung der Luftfahrzeugbetreiber wird eine solche gleichzeitige Anwendung des LuftV-EU-EHS und der CORSIA-Verpflichtungen auf intra-unionalen (und damit gleichzeitig international-zwischenstaatlichen) Strecken nicht ernsthaft erwogen.¹⁵⁷⁹

Eine erwägenswerte Variante besteht vielmehr darin, dass das LuftV-EU-EHS im *reduced scope* aufrechterhalten wird und damit für den intra-unionalen Flugverkehr (Start- und Zielort in der EU) Anwendung findet, während das CORSIA nur für die Flüge eingerichtet wird, deren Start- oder Zielort in einem EU-Mitgliedstaat liegt. Es würde damit anhand der jeweiligen Flugstrecke eine klare Trennung der jeweiligen Anwendungsbereiche herbeigeführt.¹⁵⁸⁰ Dieser Option wird im Vergleich eine hohe Klimawirksamkeit zugeschrieben.¹⁵⁸¹ Ein entsprechender Ansatz wird von der Kommission in ihrem „Fit für 55“-Vorschlagspaket verfolgt.¹⁵⁸² Zusätzlich zum *reduced scope* werden auch die Emissionen des extra-unionalen Luftverkehrs, der seit dem *Stop the Clock*-Beschluss faktisch ausgeklammert ist, adressiert – jedenfalls oberhalb der *baseline* 2019/2020. Es erfolgt insofern eine starke Betonung der Erfüllung der Klimaambitionen der EU und ihrer Paris-Verpflichtungen.¹⁵⁸³

1579 Diese Konstellation explizit ausschließend *Maertens/Grimme/Scheelhaase/Jung Sustainability* 11 (2019), 5703, 9. Die Konstellation jedenfalls als Referenzszenario heranziehend Szenario 1 bei *dies*. Development EU ETS, ICAO-MBM, Bericht UBA November 2020, 30.

1580 Option 4 bei *Maertens/Grimme/Scheelhaase/Jung Sustainability* 11 (2019), 5703, 9; Option 3 bei *Scheelhaase/Maertens/Grimme/Jung Journal of Air Transport Management* 67 (2018), 55, 60; Option 2 bei *van Velzen CORSIA, EU ETS - EU2030 aviation emissions target*, Bericht T&E September 2018, 7; Option 4 bei COM Inception Impact Assessment, Revision ETS Aviation, Ref. Ares(2020)3515933, 3; Option 1 in COM-Staff, Impact Assessment, ETS Aviation, SWD(2017) 31 final, 21 f.

1581 *Maertens/Grimme/Scheelhaase/Jung Sustainability* 11 (2019), 5703, 14. Soweit man von einer nur 20%igen tatsächlichen Ausgleichsleistung der EUCs ausgeht, ist sie die einzige Option mit einer höheren Klimawirksamkeit als das EHS im *reduced scope* alleine.

1582 Vgl. Art. 12 Abs. 6 COM(2021) 552 final sowie die Erläuterungen auf S. 3.

1583 Vgl. Erwgr. 8, 11 des Vorschlags COM(2021) 552.

Allerdings wird durch die Aufrechterhaltung des *reduced scope* in dieser Form eine Doppelbelastung von drittstaatlichen Airlines möglich, die innerhalb der EU dem EU-EHS unterfielen sowie von Seiten ihrer Heimatstaaten als Verwaltungsstaaten iSd CORSIA dem CORSIA zu unterwerfen sind. Der Kommissions-Vorschlag adressiert diese Spannungslage nicht, sondern nimmt die drittstaatlichen Airlines lediglich für Strecken von/in einen Drittstaat vom LuftV-EU-EHS aus.¹⁵⁸⁴ Entscheidend für die Bewertung dieser Variante im Verhältnis zu den Vorgaben des CORSIA ist es ferner, ob der *reduced scope* des LuftV-EU-EHS als Maßnahme anzusehen ist, die im Einklang mit den CORSIA-Standards steht, weil sie insofern höhere Umweltschutzstandards setzt. Zwei Punkte sind dafür relevant: Zunächst stellt sich die Frage, ob eine gegenüber bestimmten ICAO-Standards qualitativ ambitioniertere nationale Regelung (nachfolgend bezeichnet als „Schutzverstärkung“) allgemein als adäquate Umsetzung iSv Art. 37 UAbs. 1 CA eingeordnet werden kann. Daran anschließend ist zu erörtern, ob es sich beim LuftV-EU-EHS tatsächlich um eine solche Schutzverstärkung handelt.

Die Möglichkeit, schutzverstärkende nationale Regelungen zu erlassen, wird im Rahmen des Chicagoer Abkommens nicht explizit eingeräumt. Art. 37 UAbs. 1 CA, wonach für die Standards auf den höchstmöglichen Grad an Einheitlichkeit abzielen ist, kann jedoch dahingehend verstanden werden, dass gegenüber dem Gehalt eines ICAO-Standards für ein Mehr genauso wie für ein Weniger kein Raum bleiben soll. Zielrichtung ist die einheitliche Implementation in allen ICAO-Staaten. Dies deckt sich mit Art. 38 S. 1 CA, wonach eine Abweichung von einem ICAO-Standard möglich ist, wenn ein Staat es für undurchführbar hält, diesem „in all respects“ nachzukommen. Zudem charakterisiert auch der ICAO-Rat eine Schutzverstärkung als relevante Abweichung iSv Art. 38 CA.¹⁵⁸⁵ ICAO-Standards sind dementsprechend nicht als Mindeststandards zu verstehen, sondern als umfassende Harmonisierung. Wenn insofern davon auszugehen ist, dass im Fall einer Schutzverstärkung eine Abweichung gemäß Art. 38 CA zu notifizieren ist, so kann schon allgemein nicht davon ausgegangen werden, dass damit eine adäquate nationale Umsetzung erfolgt. Auch könnte im konkreten Fall schwerlich eine Schutzverstärkung angenommen werden, da sich das LuftV-EU-EHS trotz nachgewiesener Ähnlichkeiten in einigen Bereichen durch seine Funktionsweise, insbeson-

1584 Siehe Art. 25a Abs. 5 COM(2021) 552 sowie Erwgr. 19.

1585 Mit Verweis auf ICAO-Doc. C-WP/12412, Ziff. 2.1 *Riedi* Technische Normen der ICAO, 121 ff. Rn. 210 ff.

dere mit Blick auf Governance-Strukturen und die Absicherung des Ambitionsniveaus, wesentlich vom CORSIA unterscheidet.¹⁵⁸⁶

Insgesamt ist daher eine Aufrechterhaltung des LuftV-EU-EHS nur möglich, soweit die EU-Staaten unter den Voraussetzungen des Art. 38 S. 1 CA¹⁵⁸⁷ Abweichungen von den ICAO-Standards notifizieren. Alleine die auf Grundlage des Beschlusses 2018/2027 von den EU-Staaten gegenüber der ICAO mitgeteilten Abweichungen reichen dafür nicht aus.¹⁵⁸⁸ Eine Mitteilung der konkreten Abweichungen durch alle EU-Staaten müsste erst noch vorgenommen werden.¹⁵⁸⁹ Die EU-Staaten würden damit aber aus dem global-einheitlich ausgerichteten Rahmen des CORSIA ausscheiden. Auch wenn diese Möglichkeit rechtlich nicht ausgeschlossen scheint, könnten die EU-Staaten damit politisch die internationalen Anstrengungen im Rahmen der ICAO insgesamt diskreditieren. Andere Staaten könnten dies zum Anlass nehmen, ebenfalls eigenen nationalen Regelungen den Vorzug zu geben.¹⁵⁹⁰ Dies hätte erneut verstärkte Fragmentierung der Regelungsumgebung zur Folge, was die globale Klimawirksamkeit des CORSIA unterminieren könnte und ist daher als Option problematisch.

III. Unterscheidung nach Betriebsgenehmigung

Indem an den ausstellenden Staat der Betriebsgenehmigung eines Luftfahrtunternehmens angeknüpft würde und damit nur die EU-Luftfahrtunternehmen dem LuftV-EU-EHS auf intra-unionalen Flügen unterworfen würden,¹⁵⁹¹ während die drittstaatlichen Luftfahrtunternehmen nur dem CORSIA in der Ausprägung ihrer Heimatstaaten unterfielen, würde zwar eine oben angesprochene Doppelbelastung vermieden. Stattdessen würden damit auf denselben Strecken aber unterschiedliche Klimaschutzsysteme

1586 Siehe dazu Teil 3, S. 262 ff., darin zusammenfassend § 16 A., S. 351 ff.

1587 Dazu oben § 4 A.III.3.a, S. 94 f.

1588 Siehe dazu oben B., S. 399 f.

1589 In diese Richtung, mit der Formulierung „should“ aber weniger deutlich, auch Erwgr. 4 des Vorschlags COM(2021) 552 final.

1590 Siehe eine Aussage der EU-Verkehrskommissarin Vălean vor dem ENVI, *EU-Ausschuss für Umweltfragen, öffentliche Gesundheit und Lebensmittelsicherheit* Aufzeichnung ENVI-Sitzung (11.05.2020), bei 14:14:30-14:14:50, im Wortlaut oben in Fn. 1558 aufgeführt sowie *Dobson* Netherlands International Law Review 67 (2020), 183, 198 mit Verweis auf entsprechende Äußerungen der IATA.

1591 Option 6 im COM Inception Impact Assessment, Revision ETS Aviation, Ref. Ares(2020)3515933, 4.

gelten, was zu Wettbewerbsnachteilen für die EU-Luftfahrtunternehmen führen würde, die dem insofern ambitionierteren LuftV-EU-EHS unterliegen. Auch bliebe damit die soeben thematisierte politische Diskreditierung des CORSIA durch eine entsprechend notwendige Abweichungserklärung iSv Art. 38 CA bestehen. Auch diese Option ist daher problematisch.

E. Subordinativ-ambitionierter Ansatz: CORSIA und LuftV-EU-EHS unterhalb der CORSIA-baseline

Am besten in die zugrundeliegende Spannungslage fügt sich schließlich ein subordinativ-ambitionierter Ansatz in das tripolare Spannungsfeld ein: Das CORSIA wird für alle zwischenstaatlichen Flugbewegungen von EU-Luftfahrzeugbetreibern etabliert. Zudem kommt das LuftV-EU-EHS nur für diejenigen Emissionen zur Anwendung, die unterhalb der *baseline* 2019/2020 des CORSIA liegen („Sockelemissionen“¹⁵⁹²).¹⁵⁹³

Damit würden sich die EU-Staaten einerseits dort, wo es mit Blick auf die Standards des Annex 16 IV CA gefordert ist, dem CORSIA-Regime unterordnen und andererseits zugunsten eines höheren Klimaschutzes diejenige Lücke füllen, die das CORSIA belässt, indem es nur ein CO₂-neutrales Wachstum zum Ziel hat: Den CORSIA-Regelungen könnte damit vollständig Rechnung getragen werden, da ohne Weiteres alle internationalen Flugbewegungen (auch solche zwischen EU-Staaten) erfasst würden. Dass zusätzlich zu den CORSIA-Regelungen weitere Vorgaben gemacht würden, steht nicht mit diesen Regelungen in Konflikt. Es hemmt auch nicht, entgegen dem Koordinationsgebot aus Art. 2 Abs. 2 KP und Ziffer 18 Resolution A40-19, die Funktionsfähigkeit des CORSIA. Denn der CORSIA-Anwendungsbereich erfasst nur solche Emissionen oberhalb des Niveaus der Jahre 2019/2020. Alle darunterliegenden Emissionen lässt es unadressiert.¹⁵⁹⁴ Wie gesagt ist es zudem nicht erforderlich, dass das

1592 *Maertens/Scheelhaase/Grimme* Luft- und Raumfahrt 2017, 19, 21.

1593 Dies entspricht Option 2.b bei *van Velzen* CORSIA, EU ETS - EU2030 aviation emissions target, Bericht T&E September 2018, 7; Option 5 im COM Inception Impact Assessment, Revision ETS Aviation, Ref. Ares(2020)3515933, 3; Option 2.1 im COM-Staff, Impact Assessment, ETS Aviation, SWD(2017) 31 final, 23. Knapp mit entsprechendem Vorschlag auch *Maertens/Scheelhaase/Grimme* Luft- und Raumfahrt 2017, 19, 21.

1594 Dazu, dass ein insofern intendierter „Bestandsschutz“ für die Emissionen unterhalb der *CORSIA-baseline* jedenfalls explizit zu benennen gewesen wäre (woran es fehlt) siehe oben § 10 C.II.2.b)iii.aa., S. 245.

CORSIA das alleinige Klimaschutzsystem im Luftverkehr darstellt, soweit dessen Funktionsfähigkeit durch andere Klimaschutzsysteme nicht unterminiert wird.¹⁵⁹⁵ Auch eine gleichzeitige Anwendung beider Systeme hinsichtlich derselben Emissionen wird vermieden. Vielmehr ist eine klare Trennung der Anwendungsbereiche des CORSIA und des LuftV-EU-EHS möglich. Dafür ist allerdings in der konkreten normativen Realisierung dieser Option zu berücksichtigen, dass das CORSIA in den Anfangsjahren die Ausgleichverpflichtungen der Luftfahrzeugbetreiber anhand des Sektorwachstums und nicht anhand des individuellen Wachstums bestimmt. Es muss demnach für die Bestimmung des Anwendungsbereichs des LuftV-EU-EHS darauf abgestellt werden, dass die Emissionen eines Luftfahrzeugbetreibers unter dieser sektoralen *baseline* liegen.¹⁵⁹⁶

Die Klimaschutzambitionen der EU könnten damit ebenfalls zu großen Teilen aufrechterhalten werden, da auch zukünftig alle Emissionen (und nicht nur solche oberhalb der *baseline*) klimaschützend reguliert würden. Durch eine Erfassung aller Luftverkehrstätigkeiten mit Start oder Landung in der EU entweder durch das LuftV-EU-EHS oder das CORSIA werden Lücken geschlossen, die der *reduced scope* mit Blick auf den extra-unionalen Luftverkehr bisher beließ. Eine auch mit Blick auf die umweltrechtliche Querschnittsklausel, Art. 11 AEUV, kritische Schwächung des EU-Ambitionsniveaus für den Luftverkehr im Vergleich zum *status quo* wäre damit nicht generell zu befürchten.

Allerdings würden für die Emissionen oberhalb der *baseline* entgegen den Selbstverpflichtungen der EU-Staaten internationale *credits* zur Anwendung gebracht, die ab 2021 eigentlich nicht mehr für die Erfüllung ihrer NDCs heranzuziehen sind.¹⁵⁹⁷ Die Klimawirksamkeit der *credits*, die im Rahmen des CORSIA anerkannt werden, ist dabei durchaus umstritten.¹⁵⁹⁸ Die Qualität der *credits* nimmt eine Schlüsselrolle für diese

1595 Zu beiden Aspekten ausführlich oben § 10 C.I. und III., S. 237 ff. Gegenläufige Einschätzungen aus Teilen der Luftverkehrsindustrie (z.B. durch die Branchenvereinigung der amerikanischen Fluggesellschaften Airlines for America (A4A, früher ATA), siehe *Airlines for America* Feedback zu Überarbeitung EHS, KOM Inception Impact Assessment, online, 28.08.2020, 4) gehen folglich fehl.

1596 Mit dieser Anmerkung auch *UBA* Feedback zu Überarbeitung EHS, KOM Inception Impact Assessment, Ares(2020)3515933, online, 28.08.2020, 2; *IATA* Feedback zu Überarbeitung EHS, KOM Inception Impact Assessment, Ares(2020)3515933, online, 27.08.2020, 5 f.; *BDL* Feedback zu Überarbeitung EHS, KOM Inception Impact Assessment, Ares(2020)3515933, online, 28.08.2020, 2.

1597 Darauf hinweisend auch *Lyle* Climate Law 8 (2018), 104, 115.

1598 Siehe oben § 15 C.III.1., S. 348 ff.

Entwicklungslinie ein. Gewisse Unklarheiten und Unzulänglichkeiten dieser Lösung mit Blick auf die Klimaschutzambitionen der EU bestehen also. Hier könnte von Seiten der EU zu prüfen sein, inwiefern gegenüber den EU-Luftfahrzeugbetreibern durch entsprechende Anerkennung nur bestimmter CORSIA-credits¹⁵⁹⁹ eine Stärkung der Klimawirksamkeit sinnvoll herbeigeführt werden kann und sollte. Dies würde aber wiederum eine nicht unproblematische Fragmentierung der CORSIA-Regelungsumgebung hervorrufen.

Soweit davon auszugehen ist, dass die EU sowohl für inner-unionale Flüge als auch für extra-unionale Flüge, die in einem EU-Staat starten oder landen, Jurisdiktion beanspruchen darf,¹⁶⁰⁰ erscheint die Anwendung des LuftV-EU-EHS unterhalb der CORSIA-baseline in rechtlicher Hinsicht sowohl mit dem *reduced scope* als auch mit einem *full scope* möglich. Da die Kontroverse um den *full scope* in der Vergangenheit nie final beigelegt wurde, könnten damit aber alte politische Konfliktlinien neu aufbrechen. Schon aus rechtspolitischer Klugheit sollte daher im Rahmen des insgesamt gegenüber den anderen Optionen zu präferierenden subordinativ-ambitionierten Ansatz unterhalb der CORSIA-baseline nur der *reduced scope* zur Anwendung kommen, auch wenn damit die Sockelemissionen des extra-unionalen Flugverkehrs unadressiert bleiben.

1599 Dazu bereits oben § 17 A.II., S. 361 ff.

1600 Zum Vorliegen eines insofern erforderlichen Anknüpfungspunktes siehe oben § 10 A.I.2.b)ii., S. 227 ff.