

Die institutionelle und instrumentelle Entstaatlichung im Klimaschutzregime: Gestalt, Problemlösungskapazität und Rechtsstaatlichkeit

Von Gerd Winter¹

A. Einleitung

Der Klimawandel ist ein Paradebeispiel für ein globales Allmende-Problem. Alle Staaten sind auf ein lebensermöglichendes Klima angewiesen. Alle haben zu seiner Destruktion beigetragen und nur wenige haben von sich aus individuelle Initiativen zum Schutz des Klimas ergriffen. Um eine aus solchem Egoismus resultierende Tragik dieser Allmende zu vermeiden, wurde ein völkerrechtliches Regelwerk geschaffen: die Klimarahmenkonvention (FCCC) von 1992, das Kyoto-Protokoll von 1997, die Marrakesh-Accords von 2001 und ein vielbeiniger Unterbau von Mehrebenensystemen in die einzelnen Vertragsstaaten und -regionen hinein. Aus staatsrechtlicher Perspektive haben wir es mit einer tiefgreifenden Verlagerung von Staatlichkeit auf die völkerrechtliche und – im europäischen Rahmen – die EU-Ebene zu tun.

Diese Entstaatlichung wurde durch das gewählte Instrumentarium des Klimaschutzes verdoppelt. Dieses besteht aus zwei Komponenten: aus einem klassischen Ansatz mit allgemeinen Zielen und einem unbegrenzt breiten Spektrum von Maßnahmen und aus einem neuartigen Ansatz mit quantifizierten Zielen und speziellen Maßnahmen, dem sogenannten „cap and trade“. Während der erste Ansatz das traditionelle „carrot and stick“, d.h. eine Kombination von Ordnungsrecht und Subventionen und damit einen interventionistischen Staat nahelegt, will der zweite die Selbstregulierungskraft des Marktes mobilisieren. Beide Komponenten des Klimaschutzsystems zielen mit ihrer Verlagerung von Staatlichkeit auf eine höhere Effektivität der Zielerreichung: die erste, weil das Problem per se überstaatlich ist,

¹ Der Artikel ist aus dem Sfb 597 „Staatlichkeit im Wandel“ der Universität Bremen hervorgegangen. Einer Seminarrunde sowie *Olaf Dilling* und *Martin Herberg* danke ich für kritische Kommentare zu früheren Entwürfen. Die Abschnitte über die Gestalt und die Auswirkungen des Regimes sind gekürzt zugleich in der Zeitschrift für Umweltrecht 2009, 289 ff., erschienen.

und der zweite, weil der Markt für Effizienz sorgt. Man kann auch von einer Parallelität von Internationalisierung und Privatisierung sprechen.

Das Struktur- und Instrumentengefüge soll im Folgenden zunächst beschrieben und erklärt werden. Die Intensität, mit der der Staat im Klimaschutzregime einerseits völkerrechtlich überwölbt und andererseits instrumentell ausgehöhlt wird, ist sicherlich etwas Neues. Man kann sich dazu bewundernd oder gar fasziniert verhalten. Ergiebiger ist es dagegen, die neuen Formen zu evaluieren. Evaluierung besteht darin zu untersuchen, wie das Regime sich auf die Erhaltung des öffentlichen Gutes „lebensermöglichendes Klima“ ausgewirkt hat, und ob es rechtsstaatlichen Anforderungen, verstanden als demokratische Legitimation und Grundwertebeachtung, entspricht.² Diesen Fragen folgend beschreibe und charakterisiere ich zunächst das Regime selbst (B.), untersuche dann seine Wirksamkeit im Hinblick auf den Klimaschutz (C.) und erörtere schließlich, ob es rechtsstaatliche Prinzipien erfüllt (D.).

B. Das Klimaschutzregime

I. Kontingentierung von Emissionsmengen

Nicht, wie oft gesagt wird, der Emissionshandel ist das Entscheidende des Klimaschutzrechts; er ist lediglich ein Mechanismus der Vermeidung unnötiger Kosten. Das Entscheidende ist vielmehr die Kontingentierung einer natürlichen Ressource, nämlich der Absorptionskapazität der Atmosphäre für Klimagase. Die Kontingentierung reagiert auf die Verknappung dieser Ressource, die sich in der Aufwärmung der Erdatmosphäre äußert und die unterschiedlichsten Schäden hervorruft.

Die Klimarahmenkonvention (Framework Convention on Climate Change – FCCC) von 1992 macht den ersten Schritt in diese Richtung, indem sie die Vertragsstaaten dem Ziel unterwirft, die Klimagasemissionen auf einem ungefährlichen Niveau zu stabilisieren. Der zweite Schritt wird vom Kyoto-Protokoll von 1997 getan. Im Kyoto-Protokoll von 1997 verpflichten sich die handlungswilligen Industriestaaten der Anlage I zur FCCC, im jährlichen Durchschnitt des sog. „ersten Verpflichtungszeitraums“ 2008 bis 2012 ihre Klimagasemissionen insgesamt auf eine Menge zu beschränken, die höchstens 95 % der Gesamtmenge des als Referenz festgelegten Jahres 1990 beträgt. 95 % ist der Durchschnitt der Quoten der einzelnen Staaten, die, wie in Anhang B des Kyoto-Protokolls aufgeführt, variieren. Für die EU liegt die Quote bei 92 %. Aus den Quoten, multipliziert mit der in 1990 abge-

² Ich lehne mich mit dieser Evaluierungsstrategie an entsprechende Muster des genannten Sfb an.

gebenen Emissionsmenge, berechnet sich die sog. zugeteilte Menge an zulässigen Emissionen.³

Aufgabe der weiteren Konkretisierung auf staatlicher Ebene ist es, die zugeteilte Menge verbindlich zu machen und an die Emittenten weiterzuverteilen. Da die EU die entsprechende Regelungskompetenz – Art. 174 EGV – in Anspruch nimmt, aber nicht ausschöpft, ergeben sich zwei weitere Ebenen, die der EG und die der Mitgliedstaaten. Im Rahmen einer – von Art. 4 (1) Kyoto-Protokoll zugelassenen – sog. „bubble“ teilt die Entscheidung des Rates 2002/358/EG die EG-Gesamtquote in differenzierter Höhe auf die Mitgliedstaaten auf. Zum Beispiel erhält Deutschland verhältnismäßig weniger (nämlich nur 79 %) als Spanien mit 115 %. Die Differenzierung soll „unter anderem dem erwarteten Wirtschaftswachstum, dem Energiemix und der Industriestruktur der jeweiligen Mitgliedstaaten Rechnung ... tragen“.⁴

Die Mitgliedstaaten sollen ihre Quote primär durch eigene Maßnahmen auf ihrem Gebiet erfüllen. Sie können ihre Wirtschaft aber auch dadurch entlasten,⁵ dass sie weitere Emissionsmengen von anderen Staaten zukaufen oder über Nutzung der flexiblen Mechanismen erwerben.⁶ Dadurch werden die ihnen zugeteilten Kyoto- wie auch EG-Quoten nicht erhöht – sie bleiben verbindlich sowohl im Rahmen ihres Kyoto-Versprechens wie im Rahmen der Ratsentscheidung gegenüber den Mitgliedstaaten –, die tatsächliche Überschreitung der Quote wird aber nicht als solche gerechnet, also gewissermaßen hinwegfingiert.⁷

³ Der englische Ausdruck ist „assigned amount“, nicht „allocated amount“. Er wird deshalb besser mit zuerkannte Menge übersetzt, weil es kein Organ gibt, das als Disponent und Zuteiler angesehen werden könnte. Vielmehr „zuerkennen“ sich die Vertragsstaaten gegenseitig, dass sie nur bestimmte Mengen nutzen werden.

⁴ Entscheidung 2002/358/EG des Rates vom 25. April 2002 über die Genehmigung des Protokolls von Kyoto zum Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen im Namen der Europäischen Gemeinschaft sowie die gemeinsame Erfüllung der daraus erwachsenden Verpflichtungen, Abl. L 130 vom 15/05/2002, 1–3, Erwägungsgrund 12.

⁵ Vgl. M. Ehrmann, Das ProMechG: Verknüpfung des europäischen Emissionshandels mit den flexiblen Mechanismen des Kyoto-Protokolls, in: M. Oldiges (Hrsg.), Immissionsschutz durch Emissionshandel – eine Zwischenbilanz, 2007, 110 f.

⁶ Dazu Näheres unten.

⁷ Bei Emissionseinheiten aus Emissionshandel und Joint Implementation führt die Übertragung zu einer Verminderung der Emissionsmenge, die der veräußernde Staat tatsächlich nutzen darf. Rechtstechnisch wird fingiert, dass die Emissionen in Höhe der übertragenen Menge bereits verbraucht sind. Bei Projekten des Clean Development Mechanism erfolgt dieser Abzug nicht. Es werden zusätzliche Emissionsmengen ermöglicht.

Ein Teil der jeweiligen Kontingente der Mitgliedstaaten – er betrifft Emissionen aus Gewerbe, Haushalten und Verkehr – wird durch klassische Instrumente abgearbeitet; für sie gilt eine Vielfalt von gemeinschaftsrechtlichen und nationalen Rechtsmixturen insbesondere aus Ordnungsrecht, Subventionen und Abgaben. Der andere Teil, der Emissionen der Energiewirtschaft und Industrie betrifft, unterliegt dagegen dem neuen Instrumentarium des Emissionshandelssystems, das im Vordergrund der folgenden Betrachtungen steht. Für dieses steckt die Richtlinie 2003/87⁸ einen gemeinschaftsrechtlichen Rahmen ab.

Nach Art. 9 bis 11 Richtlinie 2003/87 sind für zwei sog. Zuteilungsperioden – 2005 bis 2007 und 2008 bis 2012 – nationale Zuteilungspläne aufzustellen, die gewissen, in Anhang 3 der Richtlinie niedergelegten Kriterien gehorchen müssen. In Deutschland geschieht dies nach den Vorgaben des Hauptgesetzes zum Klimaschutz, des Treibhausgas- und Emissionshandelsgesetzes (TEHG),⁹ in der Weise, dass ein Makro- und ein Mikroplan aufgestellt wird. Im Makroplan wurden dem Sektor Energiewirtschaft und Industrie für die erste Zuteilungsperiode (2005 bis 2007) 503 Mio t/a CO₂ und für die zweite Periode (2008 bis 2012) 442 Mio t/a CO₂ zugeteilt.¹⁰ Für dieses Kontingent stellen die Mikropläne Kriterien der Zuteilung an die einzelnen Betreiber auf. Diese sind gemeinschaftsrechtlich vorstrukturiert, belassen den Mitgliedstaaten aber Spielräume.

Nach dem sog. Zuteilungsgesetz 2007 (ZuG 2007) wurden alle Emissionsberechtigungen kostenlos zugeteilt. Für bestehende Anlagen galt das sog. „grandfathering“-Kriterium. Dies bedeutet, dass die Anlagen soviel Emissionsberechtigungen erhalten, wie sie in einem bestimmten Referenzzeitraum an Emissionen verursacht haben. Davon wurde, um zur Einsparung anzureizen, ein sog. Erfüllungsfaktor von 3 % abgezogen. Altanlagen, die kürzlich nachgerüstet worden waren, wie z.B. Braunkohlekraftwerke in den neuen Bundesländern, wurden durch Befreiung vom Erfüllungsfaktor belohnt. Anlagen mit Kraft-Wärme-Kopplung erhielten wegen der effizienten Energieausbeute eine Sonderzuteilung von Emissionsberechtigungen. Nach Beginn des ersten Erfüllungszeitraums gebaute Neuanlagen erhielten Emissionsberechtigungen insoweit, wie sie bei Verwirklichung des Standes der Technik erforderlich waren. Wenn ein Verantwortlicher die

⁸ Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 96/61/EG des Rates, ABl. L 275/2003 32, in der Fassung der sog. Linking Directive (Richtlinie 2004/101/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Oktober 2004 zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft im Sinne der projektbezogenen Mechanismen des Kyoto-Protokolls, Abl. L 338/2004 18).

⁹ §§ 7–12 TEHG.

¹⁰ § 4 (2) ZuG 2007 und § 4 (2) ZuG 2012.

Produktion in seiner Anlage nach der Zuteilung von Emissionsberechtigungen drosselte, musste er in entsprechendem Umfang Emissionsberechtigungen zurückgeben. Ein „banking“, d.h. eine Übertragung nicht benötigter Emissionsberechtigungen von der ersten auf die zweite Zuteilungsperiode, war in der BRD nicht zugelassen; damit sollte ausgeschlossen werden, dass die neue Emissionsgesamtquote für die zweite Zuteilungsperiode vermindert wird, dies zumal, weil Betreiber sonst einen Anreiz gehabt hätten, in der ersten Zuteilungsperiode Emissionsberechtigungen günstig aus dem Ausland zuzukaufen und vorzuhalten.

Das sog. Zuteilungsgesetz 2012 (ZuG 2012) hält an vielen dieser Kriterien für die Zuteilungsperiode 2008 bis 2012 fest, enthält aber auch folgenreiche Veränderungen. Von den bereitgestellten 443,07 Mio Emissionsberechtigungen¹¹ werden 40 Mio veräußert.¹² Die übrigen werden wie bisher kostenlos zugeteilt. Insgesamt gibt es eine Verschiebung vom „grandfathering“ zum „benchmarking“. Für bestehende Industrieanlagen bleibt es beim „grandfathering“, wobei aber die Referenzperiode zur Berechnung der historischen Emissionen in jüngere Zeit verschoben wird, was zu einer realistischeren Berechnung führt.¹³ Alle Energieanlagen und die jüngeren Industrieanlagen werden dagegen einem „benchmarking“ gemäß dem Stand der Technik unterworfen.¹⁴

II. Flexible Mechanismen

Die sog. flexiblen Mechanismen verfolgen das Ziel, die erlaubte Emissionsgesamtmenge der einzelnen Staaten möglichst kostengünstig einzuhalten. Die Staaten und Betreiber sollen die Wahl haben, entweder durch Investitionen dafür zu sorgen, dass Emissionen reduziert werden, oder stattdessen Emissionsberechtigungen dazuzukaufen. Die FCCC erwähnt die flexiblen Mechanismen nur allgemein als eine Handlungsoption. Auch das Kyoto-Protokoll schreibt sie nicht vor, stellt aber gewisse Strukturen für den Fall auf, dass sich Vertragsstaaten der

¹¹ Eine Emissionsberechtigung ist definiert als Berechtigung zur Emission von einer Tonne Kohlendioxid-Äquivalent in einem bestimmten Zeitraum (§ 3 (4) TEHG).

¹² § 19 (1) ZuG 2012. Die Veräußerung erfolgt zur Zeit durch sukzessive Anbietung auf dem Markt und ab 2010 durch Versteigerung (§ 21 ZuG 2012). Nach einem jüngeren Vorschlag der Kommission sollen die Emissionsberechtigungen ab 2013 insgesamt versteigert werden. Nur Wärme-Kraft-Anlagen sollen kostenlose Zuteilungen erhalten, siehe Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG zwecks Verbesserung und Ausweitung des EU-Systems für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten, Kom(2008)16, Art. 10.

¹³ § 6 ZuG 2012.

¹⁴ §§ 7–9 ZuG 2012.

Mechanismen bedienen wollen.¹⁵ Verbindlich gemacht wurde die Handelbarkeit der Emissionsberechtigungen für bestimmte Industrieanlagen durch durch RL 2003/87, Art. 12. Die Mitgliedstaaten sind jedoch nicht verpflichtet, auch die beiden anderen flexiblen Instrumente, nämlich joint implementation (JI) und clean development mechanism (CDM) einzuführen.¹⁶

1. Emissionshandel

Das Kyoto-Protokoll ermöglicht den Emissionshandel sowohl zwischen Staaten wie zwischen Unternehmen. Um zu verhindern, dass Staaten keine originäre Klimaschutzpolitik betreiben, sondern sich zu weitgehend auf den Ankauf von Emissionsberechtigungen verlassen, schreibt es vor, dass der Emissionshandel nur „supplementary“ (ergänzend) zu anderen Klimaschutzmaßnahmen betrieben werden darf.¹⁷

Das EG-Sekundärrecht harmonisiert den Emissionshandel der Mitgliedstaaten untereinander und mit Drittstaaten nicht, sondern überlässt ihn bilateralen Abkommen zwischen den beteiligten Staaten oder zwischen Staaten und internationalen Einrichtungen wie dem Prototype Carbon Fund. Weitgehend harmonisiert werden durch Richtlinie 2003/87 dagegen die Regeln des Emissionshandels zwischen Unternehmen und anderen Personen.¹⁸ Die Mitgliedstaaten müssen nach bestimmten Vorgaben ein Emissionshandelsregister führen, das die Vergabe, den Besitz, die Übertragung und die Löschung von Emissionsberechtigungen verbucht. Das Register ist für die Öffentlichkeit zugänglich.¹⁹ Die Buchungen werden durch einen sog. Zentralverwalter der EG überwacht.²⁰

Das nationale Recht konkretisiert den Emissionshandel weiter. Ein Zukauf von Emissionsgutschriften durch den Staat selbst ist in Deutschland nicht vorgesehen. Die Übertragung von Berechtigungen wird in Rechtsformen (Vertrag, Verfügung, Eintragung in das Emissionshandelsregister) gekleidet. Emissionsberechtigungen, die ein anderer Mitgliedstaat ausgestellt hat, werden, wenn ein deutscher Betreiber sie erworben hat, deutschen Emissionsberechtigungen gleichgestellt. Dasselbe gilt

¹⁵ Art. 6, 12 und 17 Kyoto-Protokoll.

¹⁶ Vgl. Art. 11a RL 2003/87, der durch die sog. Linking Directive RL 2004/101 (Anm. 8) eingefügt worden ist.

¹⁷ Art. 17 Kyoto-Protokoll.

¹⁸ In der Praxis sind fast nur Betreiber Besitzer von Emissionsberechtigungen. Es können aber auch andere Personen Emissionsberechtigungen erwerben, z.B. NGOs, die durch Verknappung der Emissionsberechtigungen deren Preis steigern wollen.

¹⁹ Art. 19 Richtlinie 2003/87.

²⁰ Art. 20 Richtlinie 2003/87.

für Emissionsberechtigungen aus Drittstaaten des Annex B des Kyoto-Protokolls, wenn die EG mit diesen ein entsprechendes Abkommen abgeschlossen hat.²¹ Im rechtlichen Normalfall ist der Handel ein bilaterales Geschäft zwischen Verkäufer und Erwerber einer Emissionsberechtigung. Tatsächlich werden die meisten Geschäfte jedoch über eine Börse abgewickelt, die European Energy Exchange – Sparte Emissionsrechte – in Leipzig, die für ihre Kunden treuhänderisch Käufe und Verkäufe tätigt.²²

2. Gemeinsame Projektumsetzung (*joint implementation – JI*)

Der Mechanismus besteht darin, dass ein Investor²³ aus einem Anlage-I-Staat ein Projekt in einem anderen Anlage-I-Staat (mit-)finanziert und sich die durch das Projekt eingesparten Emissionen als sog. Emissionsreduktionseinheiten (*emission reduction units – ERU*) übertragen lässt. Das Kyoto-Protokoll schreibt „*additionality*“ (Zusätzlichkeit) vor, d.h. dass ein derartiges Projekt „zu einer Reduktion der Emissionen aus Quellen oder zu einer Verstärkung des Abbaus durch Senken führt, die zu den ohne das Projekt entstehenden hinzukommt.“²⁴ Weiterhin gilt wie für den Emissionshandel auch für JI das Erfordernis der „*supplementarity*“, also eines Ergänzungsverhältnisses zu sonstigen Klimaschutzmaßnahmen.

Die Marrakesh-Accords²⁵ konkretisieren diese Vorgaben, insbesondere hinsichtlich der Berechnung der „*baseline*“ (d.h. des Emissionsstandes ohne Projekt) für die Feststellung der „*additionality*“ eines Projekts²⁶ und hinsichtlich der Ein-

²¹ § 13 TEHG; vgl. Art. 25 Richtlinie 2003/87.

²² Siehe www.eex.com/de. Zur Rechtsform des Börsenträgers und der „Marktveranstaltung“ Emissionshandel siehe J. Bauer, Der Emissionshandelsmarkt – Rechtsfragen des börslichen und außerbörslichen Handels mit Emissionsberechtigungen, 2008.

²³ Dies kann ein Privater oder eine staatliche Stelle sein.

²⁴ Art. 6 (1) (b) Kyoto-Protokoll. Die deutsche Übersetzung ist grammatikalisch misslungen. Siehe dagegen die englische Fassung: „Any such project provides a reduction in emissions by sources, or an enhancement of removals by sinks, that is additional to any that would otherwise occur“. Im Deutschen müsste es heißen: „..., die zu dem hinzukommt, was an Emissionen oder Abbau ohne das Projekt entstehen würde“.

²⁵ Dies sind Beschlüsse der 7. Vertragsstaatenkonferenz von 2001 in Marrakesch (UN Doc. FCCC/CP/2001/13/Add.1–4, 10 November 2001), die nach In-Kraft-Treten des Kyoto-Protokolls von der 8. Vertragsstaatenkonferenz bestätigt wurden (UN Doc. FCCC/KP/CMP/2005/8/Add.1, 30 March 2006).

²⁶ In Appendix B zum Annex zu Marrakesh Accords Decision 16/CP.7 ist bestimmt: „The baseline for an Article 6 project is the scenario that reasonably represents the anthropogenic emissions by sources or anthropogenic removals by sinks of greenhouse gases that

schaltung unabhängiger Sachverständiger (independent entity) in die sog. Validierung des Projekt-Designs und die sog. Verifizierung des Erfolgs eines Projekts. Nicht konkreter definiert wird das Kriterium der „supplementarity“. Der Verwaltungsvollzugs wird teilweise auf die internationale Ebene hochgezogen. Es wird nämlich ein Überwachungsausschuss (supervisory committee) eingesetzt, das an strategischen Stellen in das Validierungs- und Verifizierungsverfahren eingeschaltet ist. Insbesondere akkreditiert und überwacht der Ausschuss die unabhängigen Sachverständigen und entscheidet bei Zweifeln über die Vereinbarkeit des Projektplans und des Projektergebnisses mit den einschlägigen Bestimmungen.²⁷

Auf EG-Ebene wird das Regelsystem der Marrakesh-Accords direkt angewendet, d.h. die Vorschriften werden nicht sämtlich durch wiederholende Bestimmungen inkorporiert. Hinzu treten ergänzende Regelungen: ERUs aus Projekten, die zwischen 2005 und 2007 erworben worden sind, sollen in der ersten Verpflichtungsperiode (2008 bis 2012) verwendet werden können. In Konkretisierung der „additionality“ wird bestimmt, dass die Gesamtemissionsmenge eines Staates um den Betrag gemindert werden muss, der als ERU an einen Investor in einem anderen Staat übertragen wird; denn andernfalls würde die Gesamtmenge der EU erhöht, was gegen die Verpflichtung aus dem Kyoto-Protokoll verstoßen würde.²⁸

Auf mitgliedstaatlicher Ebene wird das System weiter ergänzt. Die Mitgliedstaaten sind auch für den Vollzug zuständig, wobei aber die geschilderten recht erheblichen Einwirkungen des Überwachungsausschusses und der unabhängigen Sachverständigen zu beachten sind. Deutschland hat ein besonderes Gesetz, das Projektmechanismengesetz (ProMechG), erlassen, in dem u.a. einerseits die Zustimmung der BRD als Investorstaat zu Projekten im Ausland, andererseits die Zustimmung als Gastgeberstaat zu Projekten im Inland geregelt wird. Das Gesetz ergänzt die materiellen Anforderungen an Projekte, insbesondere die „additionality“, um die Verpflichtung des Verantwortlichen nachzuweisen, dass das Projekt „keine schwerwiegenden nachteiligen Umweltveränderungen verursacht.“²⁹

would occur in the absence of the proposed project“, UN Doc. FCCC/CP/2001/13/Add.2, 18, para. 1.

²⁷ Annex zu Marrakesh Accords Decision 16/CP.7, *ibid.*, 9, para. 3; 14, para. 35; 15, para. 39.

²⁸ Art. 11b Abs. 3 und 4 Richtlinie 2003/87.

²⁹ §§ 3 und 5 ProMechG.

3. Mechanismus für umweltverträgliche Entwicklung (*clean development mechanism – CDM*)

Der Mechanismus besteht darin, dass ein Investor³⁰ aus einem Anlage-I-Staat ein Projekt in einem Nicht-Anlage-I-Staat (mit-)finanziert und sich in Höhe der durch das Projekt eingesparten Emissionen sog. zertifizierte Emissionsreduktionseinheiten (certified emission reduction units – CER) zuweisen lässt. Das Kyoto-Protokoll schreibt wie bei JI „additionality“ des Projekts vor.³¹ Als weitere, im Vergleich zu der JI strengere Voraussetzung werden „reale, meßbare und langfristige Vorteile in bezug auf die Abschwächung der Klimaänderungen“ verlangt.³² Demgegenüber entfällt die Anforderung der „supplementarity“. Es bedarf also keines Nachweises, dass das Gastgeberland eine eigene Klimaschutzpolitik betreibt.

Die Marrakesh-Accords konkretisieren diese Vorgaben. Im Vergleich zum JI-Regime ist die Dichte der Regelungen und der administrativen Ingerenz beim CDM etwas höher. Regeln spezifizieren die Bestimmung der „additionality“, insbesondere die Festlegung der „baseline“, ebenso auch gewisse Anforderungen an die administrative Infrastruktur des Gaststaates des Projekts. Neben der Validierung des Projekts und der Verifizierung seiner Durchführung erfolgt eine Zertifizierung des Ergebnisses, d.h. der eingesparten Emissionen. Ähnlich wie bei der JI wird ein Überwachungsgremium (executive board) und werden unabhängige Expertengruppen (operational entities) geschaffen. Das Überwachungsgremium konkretisiert die Regeln weiter, akkreditiert die Experten und entscheidet bei Zweifeln über die Validierung, Verifizierung und Zertifizierung der Projekte.³³ Eine Expertengruppe wird mit der Validierung der Projekte und der Verifizierung der Durchführung beauftragt. Sie ist auch für die Zertifizierung des Projektergebnisses zuständig.³⁴ Sie tritt damit in gewisser Weise an die Stelle der Zuweisung von ERUs durch den Gaststaat im JI-Regime, eine Zuständigkeit, die dem Gaststaat von CDM-Projekten offenbar nicht zugetraut wird.

Auf EG-Ebene wird das Regelsystem der Marrakesh-Accords wie bei der JI auch bei dem CDM direkt angewendet, d.h. die Vorschriften werden nicht sämtlich durch wiederholende Bestimmungen inkorporiert. Hinzu treten ergänzende Regelungen wie diejenige, dass CER aus Projekten, die ab dem Jahr 2000 erwor-

³⁰ Dies kann wiederum ein Privater oder eine staatliche Stelle sein.

³¹ Art. 12 (5) (c) Kyoto-Protokoll.

³² Art. 12 (5) (b) Kyoto-Protokoll.

³³ Annex zu Marrakesh Accords Decision 17/CP.7, UN Doc. FCCC/CP/2001/13/Add.2, paras. 5, 41, 65.

³⁴ Appendix A zum Annex zu Marrakesh Accords Decision 17/CP.7, *ibid.*, 41.

ben worden sind, in der ersten Verpflichtungsperiode (2008 bis 2012) verwendet werden können.³⁵

Auf mitgliedstaatlicher Ebene wird das System weiter ergänzt. Die Mitgliedstaaten sind auch für den Vollzug zuständig, wobei aber die geschilderten recht erheblichen Einwirkungen des „executive board“ und der „operational entities“ zu beachten sind. Das Projektmechanismengesetz (ProMechG) regelt die Zustimmung des Investorstaates zu den CDM-Projekten. Das Gesetz stellt zusätzlich zur „additionality“ die Voraussetzungen auf, dass das Projekt „keine schwerwiegenden nachteiligen Umweltveränderungen verursacht“, sowie dass es „der nachhaltigen Entwicklung des Gastgeberstaates in wirtschaftlicher, sozialer und ökologischer Hinsicht, insbesondere vorhandenen nationalen Nachhaltigkeitsstrategien, nicht zuwiderläuft“.³⁶

Während CDM-Projekte vom rechtlichen Konzept her bilateral angelegt sind, können sich Investoren auch zu Gemeinschaftsformen zusammenschließen. Am bedeutsamsten ist der Prototype Carbon Fund (PCF), den die Weltbank als private-public partnership von Staaten und Privaten eingerichtet hat. Er organisiert für die Teilnehmer Emissionsreduktions- und Senkenprojekte und erwirtschaftet für sie CERs. Darüber hinaus wird er auch für JI-Projekte tätig und erwirtschaftet dabei ERUs.³⁷

III. Charakterisierung des Regimes

Das beschriebene Regime ist unter staatsrechtlichen Gesichtspunkten durch zwei Prozesse der Entstaatlichung geprägt: den starken Einfluss der völkerrechtlichen Ebene bei der Entwicklung und Implementierung von Lösungskonzepten und die Marktförmigkeit eines Hauptteils des gewählten Instrumentariums.

1. Die Bedeutung der völkerrechtlichen Ebene

Klimaschutz wäre erzielbar, wenn alle Staaten von sich aus Regelungen einführen, die die Verursacher zur Verringerung von Klimagasemissionen veranlassen. Solches Handeln setzt jedoch bei den einzelnen Staaten Pionierbereitschaft voraus. Diese kann politisch, moralisch oder ökonomisch begründet sein, politisch aus Führungsabsicht heraus, moralisch aus der Einsicht in das Notwendige und

³⁵ Art. 11b Abs. 3 und 4 Richtlinie 2003/87.

³⁶ § 8 ProMechG.

³⁷ Siehe www.prototypecarbonfund.org; im Einzelnen Ch. Kreuter-Kirchhof, Neue Kooperationsformen im Umweltvölkerrecht. Die Kyoto-Mechanismen, 2005, 388–401.

ökonomisch daraus, dass das Vorpreschen einen technologischen Vorsprung verschafft. Aber nicht viele Staaten dachten so und wurden autonom aktiv. Um alle Staaten zum Handeln anzutreiben, bedurfte es einer Initiative auf völkerrechtlicher Ebene. Aus dem Entstehungsprozess ist, wie geschildert, ein hochkomplexes und innovatives Mehrebenensystem herausgekommen. Dieses soll im Folgenden unter dem Gesichtspunkt charakterisiert werden, welche Entscheidungen auf welcher Ebene getroffen worden sind und getroffen werden, m.a.W., wie die Staaten einerseits souveräne Rechte in das Gemeinschaftssystem eingebracht haben, andererseits aber auch vom Gemeinschaftssystem profitieren.

Zwei folgenreiche Entscheidungen wurden auf völkerrechtlicher Ebene getroffen: das Bekenntnis zum Prinzip der gemeinsamen, aber unterschiedlichen Verantwortung, das zu einer stärkeren Verpflichtung der Industriestaaten im Vergleich zu den Entwicklungs- und Schwellenländern führt,³⁸ und die Festlegung der meisten Industriestaaten auf eine bestimmte Reduktionsquote für Klimagasemissionen.³⁹ Diese Entscheidungen implizieren, dass die Industrieländer das Klimasystem, oder genauer die Absorptionskapazität der Biosphäre für Klimagase, nicht mehr als freies Gut ansehen, sondern dass sie dieses Gut nur in einem bestimmten Umfang nutzen wollen. Zwar qualifiziert die FCCC dieses Gut nicht als „common good“ oder „common heritage“, sondern als Gut des „common concern of humankind“,⁴⁰ aber das Konzept der „assigned amounts“ denkt in Nutzungsrechten und damit implizit doch in Kategorien eines öffentlichen Gutes. So gesehen kann man formulieren, dass sich die Annex-B-Staaten des Kyoto-Protokolls aus dem Kuchen der Nutzbarkeit des öffentlichen Gutes (sprich: möglicher Emissionen) einen Anteil – nämlich 5,3 Billionen t CO₂eq/a – herausschneiden.⁴¹

Eine weitere grundlegende Entscheidung auf der völkerrechtlichen Ebene ist die dynamische Anlage des Regimes, die es rechtfertigt, es als fortgeschrittenes Beispiel für eine sich entwickelnde internationale Gemeinschaft einzustufen.⁴² Hierzu gehört insbesondere, dass die FCCC von vornherein auf Konkretisierung

³⁸ Siehe im Einzelnen *Kreuter-Kirchhof* (Anm. 37). Der Fonds betreut 24 Projekte. Seit 2007 werden Projekte allerdings nur noch beraten. Zuständig ist die Carbon Finance Unit der Weltbank, siehe www.carbonfinance.org.

³⁹ Art. 3 (1) Kyoto-Protokoll.

⁴⁰ Vgl. den ersten Satz der Erwägungsgründe: „Acknowledging that change in the Earth's climate and its adverse effects are a common concern of humankind“.

⁴¹ Annual compilation and accounting report for Annex B Parties under the Kyoto Protocol, UN Doc. FCCC/KP/CP/9/Rev.1, 27 November 2008, abrufbar unter: unfccc.int/resource/docs/2008/cmp4/eng/09r01.pdf.

⁴² Zu solchen Entwicklungen siehe A. Paulus, *Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht*, 2001, *passim*.

durch Protokolle angelegt war und dass für vereinfachte Verfahren der Beschlussfassung über technische Fragen gesorgt wurde.

Schließlich liegt eine grundlegende Entscheidung auf der völkerrechtlichen Ebene in der Strukturierung und teilweisen Präzisierung der Instrumente zur Erreichung der Quoten. Einerseits werden den Vertragsstaaten in klassischer Manier insbesondere ordnungsrechtliche Maßnahmen abverlangt, andererseits werden in Gestalt der flexiblen Instrumente neue Wege beschritten. Es bedurfte wohl der abgehobenen Szenerie völkerrechtlicher Verhandlungen, um den flexiblen Instrumenten einen derartigen Durchbruch zu verschaffen. Hätten Deutschland oder auch die EU für sich, also ohne Einwirkung der USA, ein Instrument gewählt, wäre mit einiger Sicherheit ein ordnungsrechtliches bevorzugt worden, denn mit einem solchen waren im Bereich der Luftreinhaltung (insbesondere der Reduktion von Schwefeldioxid und Stickoxiden) sowie auch im Bereich der Fluorchlorkohlenwasserstoffe Erfolge erzielt worden.⁴³

Allerdings schreiben weder die FCCC noch das Kyoto-Protokoll noch die Marrakesh Accords die Nutzung flexibler Instrumente zwingend vor. Vielmehr regulieren sie sie nur, sofern ein Vertragsstaat sich für sie entscheidet. Für den Fall der Nutzung der Instrumente setzen das Kyoto-Protokoll und die Marrakesh Accords sehr detaillierte materielle und prozedurale Standards. Zudem sorgen sie für eine Implementationskontrolle mit supranationalen Entscheidungskompetenzen des „executive committee“ und des „enforcement branch“. Einerseits wird durch Einschaltung des „facilitative branch“ Wert auf persuasive Methoden gelegt. Insofern ist das Klimaschutzsystem ein Beispiel für die „new sovereignty“, die *Chayes* und *Handler Chayes* kommen sehen.⁴⁴ Andererseits wird aber auch vor einschneidenden Sanktionen nicht zurückgeschreckt.

Wenn die strategischen Entscheidungen auf völkerrechtlicher Ebene getroffen wurden, was bleibt noch für die regionale und staatliche Ebene übrig? Auf der regionalen Ebene der EU war ein „bubble“ zu organisieren, d.h. die Gesamtmenge von 92 % der Emissionen von 1990, mit den 5 Jahren 2008 bis 2012 multipliziert (das sind 19,6 Mrd t CO_{2eq}/a), war differenzierend auf die einzelnen Mitgliedstaaten zu verteilen – eine angesichts der unterschiedlichen Ausgangslagen und Interessen der Mitgliedstaaten schwierige Aufgabe. Weiterhin trifft die europäische Ebene die Entscheidung, dass für bestimmte Sektoren – Industrie und Energiewirtschaft – die flexiblen Instrumente genutzt werden müssen. Sie gibt auch einen

⁴³ Siehe zum Erfolg dieser Regimes *M. Schreurs*, *Environmental Politics in Japan, Germany, and the United States*, 2002, 92 ff., 116 ff.

⁴⁴ *A. Chayes/A. Handler Chayes*, *The New Sovereignty. Compliance with International Regulatory Agreements*, 1995, 22–28.

Rahmen für die Adressaten und Modalitäten der Zuteilung von Emissionsberechtigungen vor.

Diesen Rahmen füllen die Mitgliedstaaten aus. Sie entscheiden darüber, welcher Teil ihrer Gesamtmenge dem Sektor Energie/Industrie zugeteilt und damit im System der flexiblen Instrumente bearbeitet wird und welcher Teil über den Sektoren Gewerbe/Haushalte/Verkehr zugeteilt und damit eher durch ordnungsrechtliche Maßnahmen bearbeitet wird. Weiterhin konkretisieren sie die Kriterien der Zuteilung von Emissionsberechtigungen. Vor allem aber sind sie für den Vollzug der Regeln zuständig, wobei aber die Ingerenz von europäischen Behörden (wie die Überprüfung des Zuteilungsplans durch die Kommission) und von internationalen Behörden (wie Überwachung von JI- und CDM-Projekten durch das „executive committee“) zu beachten ist.

Insgesamt handelt es sich beim Klimaschutzrecht demnach um eine Art Zwiebel, in der mehrere Schalen übereinanderliegen, mit abnehmender Bedeutung vom völkerrechtlichen Kern über die regionale Mittelschicht bis zur staatlichen Randzone. Der Staat steht vor dem Problem, dass er die Verfügbarkeit einer zentralen Ressource – des Klimas als Bestandteil einer lebberen Umwelt – nicht (mehr) allein garantieren kann, und ist darauf angewiesen, dass sich ein internationales Regime herausbildet, das sich dieses Problems annimmt.⁴⁵ Er muss dafür in Kauf nehmen, dass er durch die höheren Entscheidungsebenen in seiner Handlungsfreiheit stark eingeschränkt wird. Das Verhältnis zu diesen Ebenen ist nicht durch diffuse Relationen, sondern durch klare Hierarchieverhältnisse – nämlich den Vorrang des regionalen und internationalen Rechts – bestimmt.⁴⁶ Andererseits gewinnt der Staat aber an Handlungsmacht insofern, als er in den internationalen und

⁴⁵ Zu dieser funktionalen Sicht einer Analyse der Entwicklung von Staatlichkeit siehe *St. Leibfried/M. Zürn*, Von der nationalen zur post-nationalen Konstellation, in: *St. Leibfried/M. Zürn* (Hrsg.) *Transformationen des Staates?*, 2006, 19–68.

⁴⁶ Insofern ist es vorschnell, wenn manche Autoren wie *G. Teubner* (Des Königs viele Leiber: Die Selbstdekonstruktion der Hierarchie des Rechts, in: *H. Brunkhorst/M. Kettner* (Hrsg.), *Globalisierung und Demokratie*, 2000) für das moderne Recht eine generelle Tendenz zu fragmentierten und widersprüchlichen Teilregimes behaupten, vgl. *M. Herberg*, *Globalisierung und private Selbstregulierung. Umweltschutz in multinationalen Unternehmen*, 2007. Angesichts der Klarheit der Hierarchie im Klimaschutzregime zeigt sich auch, dass ein Kollisionsrecht nicht in allen Fällen von pluralen Rechtsordnungen erforderlich ist, so anscheinend aber *Chr. Joerges*, *Conflict of laws as constitutional form in postnational constellations*, 2008, Manuskript abrufbar unter: www.sfb597.uni-bremen.de/pages/aktTermine2009TagungMPI_TexteSfb.php?SPRACHE=de. Allerdings gibt es bei dem Hierarchieverhältnis des Klimaschutzregimes Probleme der Prüfung der Rechtsebenen an verfassungsrechtlichen Maßstäben der Legitimation und Grundwertebindung. Siehe dazu unten.

europäischen Verhandlungen als Akteur Einfluss ausüben und damit die Verhältnisse in anderen Staaten beeinflussen kann.⁴⁷ Zudem partizipiert er an den Erfolgen des Gesamtsystems, weil sich das Klima nur dann stabilisieren lässt, wenn möglichst viele mitmachen. Schließlich ergeben sich für diejenigen, die hören, was die Stunde geschlagen hat, auch ökonomische Chancen, weil Klimaschutz einen Zukunftsmarkt für neue Technologien darstellt.

2. Die Bedeutung der flexiblen Instrumente

Das Konzept handelbarer Emissionsrechte ist seit seiner Einführung in den USA in den achtziger Jahren von Ökonomen immer wieder auch für Europa propagiert worden.⁴⁸ Nach bescheideneren und kaum praktisch genutzten Varianten im deutschen Immissionsschutzrecht kam es erst im Klimaschutzregime voll zum Zuge.⁴⁹ Die Staatengemeinschaft rekonzipiert das Klima von einem Umweltgut, dessen Beeinträchtigung Grenzen gesetzt werden, zu einer Ressource, die verknappt und in Portionen zugeteilt wird.⁵⁰ Die Staatenwelt einigt sich auf einen Zielwert, der sich an dem ökologisch Gebotenen orientiert. Das Ziel wird über einen künstlichen Markt der Emissionsberechtigungen geschaffen, der den billigsten Vermeider von ökologischen Kosten, den „cheapest cost avoider“⁵¹ suchen hilft. Die Entscheidung für „cap and trade“ ist ein bemerkenswertes Ereignis, weil solche Instrumente bis dato völkerrechtlich noch nie und auf nationaler Ebene nur selten erprobt worden sind. Sie wurden nun ausgerechnet für ein Problem eingeführt, das wohl das dramatischste und am wenigsten fehlerfreundliche der heutigen Menschheit ist. Umso wichtiger ist es, die Wirksamkeit dieses Instrumentariums sorgfältig zu verfolgen.

⁴⁷ Zur Pionierrolle der EU siehe A. Lindenthal, *Leadership im Klimaschutz. Die Rolle der Europäischen Union in der internationalen Umweltpolitik*, 2009.

⁴⁸ H. Bonus, *Neue Wege in der Umweltpolitik*, 1985; D. Cansier, *Umweltökonomie*, 2. Aufl. 1996, 187 ff.; H. Michaelis, *Ökonomische Instrumente in der Umweltpolitik*, 1996, 31 ff.

⁴⁹ Vgl. E. Rehbinder, *Ziele, Grundsätze, Strategien und Instrumente des Umweltschutzes*, in: K. Hansmann/D. Sellner (Hrsg.), *Grundzüge des Umweltrechts*, 2007, 240; J.-P. Voß, *Innovation processes in governance: the development of ‚emissions trading‘ as a new policy instrument*, *Science and Public Policy* 34 (2007), 329–343.

⁵⁰ Grundlegend zu einem solchen Denken in knappen Ressourcen in der Umweltpolitik und den Implikationen für Verteilungsfragen P. Knoepfel, *Environmental Policy Analyses. Learning from the Past for the Future*, 2007, 465 ff.

⁵¹ G. Calabresi, *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, 1970; G. Calabresi/Ph. Bobbitt, *Tragic Choices. The conflict society confronts in the allocation of tragically scarce resources*, 1978.

3. Untersuchungsprogramm

Effektivität und Rechtsstaatlichkeit rechtlicher Konfigurationen sind nicht deckungsgleich. Obwohl Rechtsstaatlichkeit in der Regel auch vernünftige Ergebnisse hervorbringt, kann es sein, dass sie z.B. wegen langer Verfahren oder emotionaler Mehrheiten nur „second-best“-Lösungen erreicht. Umgekehrt genügen effektive Lösungen nicht immer rechtsstaatlichen Anforderungen. Man denke nur an aufgeklärte Diktaturen. Es ist deshalb sinnvoll, Fragen der Rechtsstaatlichkeit von Fragen der Effektivität zu unterscheiden.

Es sollen nun die beiden Hauptfragen gestellt werden, die ein anspruchsvolles Rechtsregime beantworten muss: ob es die ihm gestellten Probleme löst (C.), sowie, ob es Grundwerte verwirklicht und demokratisch legitimiert ist (D.). Die erste Frage betrifft das gewählte Instrumentarium und seine Wirkung. Der hier verfolgten theoretischen Sicht auf Entstaatlichungsphänomene entsprechend interessieren dabei vor allem die flexiblen Instrumente, das „cap and trade“. Die zweite Frage betrifft die Mehrebenenstruktur des Regimes und die besondere Relevanz der internationalen Ebene.

C. Auswirkungen und ihre Erklärung

I. Auswirkungen

Ob das gewählte Instrumentarium den Klimaschutz verbessert hat oder wirkungslos geblieben ist, kann daran gemessen werden, ob es eine Verminderung der CO₂-Emissionen bewirkt hat. Auswirkungen von Rechtsregimen nachzuweisen, ist allerdings ein methodologisch schwieriges Unterfangen, weil Ursachen und Effekte leicht im Rauschen der komplexen Verhältnisse untergehen. Effekte, die nach In-Kraft-Treten einer Norm eingetreten sind, können andere Ursachen haben als die Norm. Umgekehrt weist der Umstand, dass sich die Verhältnisse nach In-Kraft-Treten der Norm nicht geändert haben, nicht unbedingt auf eine mangelnde Wirksamkeit der Norm hin. Es könnte sein, dass der Eintritt der Wirkung durch andere Faktoren wieder abgeschwächt worden ist.

Bevor man angesichts dieser Schwierigkeiten in Agnostizismus verfällt, sollte man sich vor Augen führen, dass die Politik, wenn sie Instrumente erwägt, häufig recht ungeschützt mit Wirkungshypothesen um sich wirft, die in den seltensten Fällen belegt sind. Angesichts dessen ist der Versuch einer Wirkungsanalyse, auch wenn er zu keinen sicheren Aussagen kommt, doch ein Beitrag zu besserer Aufklärung.

Dementsprechend stelle ich dem Rechtsregime der flexiblen Instrumente, das die Emissionen von CO₂ vermindern soll, Daten über die tatsächlich verursachten Emissionen gegenüber. Zunächst sind dies Daten, die sich auf alle CO₂-Emissionen aus den Mitgliedstaaten der EU beziehen. In ihnen sind also alle Quellen enthalten, solche, die dem klassischen Instrumentarium, und solche, die den flexiblen Instrumenten unterliegen. Danach lege ich Daten über diejenigen Sektoren vor, die den flexiblen Instrumenten unterliegen.

Die im Kyoto-Protokoll versprochene Reduzierung auf 95 % der Emissionsmenge von 1990 ist bisher nicht erreicht worden. Allerdings ist dieses Ziel auch erst im Verpflichtungszeitraum 2008 bis 2012 zu erbringen und es könnte sein, dass es noch erreicht wird. Fragt man aber nach einer zwischenzeitlichen Wirksamkeit des Instrumentariums des Kyoto-Komplexes – des klassischen Ordnungs- und Subventionsrechts wie auch der flexiblen Instrumente – lässt sich kaum ein Effekt ausmachen, der auf dieses Instrumentarium zurückzuführen ist. Denn soweit eine Reduktion der Emissionen aus den Annex-B-Staaten feststellbar ist, ist sie hauptsächlich durch den industriellen Wandel in den Transformationsstaaten verursacht worden.

Dies belegt das erste Schaubild. Es zeigt, dass die Transformationsstaaten seit 1990 um 41,3 % unter das Niveau von 1990 fielen, mit aufsteigender Tendenz auf 37 %, während die übrigen Annex-B-Staaten im Durchschnitt auf 10,9 % anstiegen, mit leicht abfallender Tendenz auf 9,9 %. Nur die Addition der schlechten Bilanz der westlichen Staaten mit der (nicht klimatologisch motiviert) guten Bilanz der Transformationsstaaten erlaubt die Aussage, dass alle Annex-B-Staaten zusammen im Jahr 2000 auf 6,9 % fielen und bis zu dem Jahr 2006 auf 4,7 % unter das Niveau des Jahres 1990 gestiegen sind.

Man kann hieraus ableiten, dass das Kyoto-Regime bisher sein selbstgesetztes Ziel nicht erreicht hat. Die jährlichen Emissionsraten der Nicht-Übergangstaaten sind angestiegen, obwohl sie hätten fallen sollen, und die Raten der Übergangstaaten sind zwar erheblich gefallen, jedoch nicht auf Grund des Kyoto-Instrumentariums, sondern wegen des wirtschaftlichen Zusammenbruchs in der Übergangssituation.

Immerhin könnte das Kyoto-Regime aber in den Nicht-Übergangstaaten einen an sich bestehenden noch stärkeren Wachstumstrend bei den jährlichen Emissionsraten abgeschwächt haben. Dies lässt sich durch einen Vergleich zwischen den Staaten, die die Kyoto-Instrumente angenommen haben, und denen, die dies nicht getan haben, untersuchen.

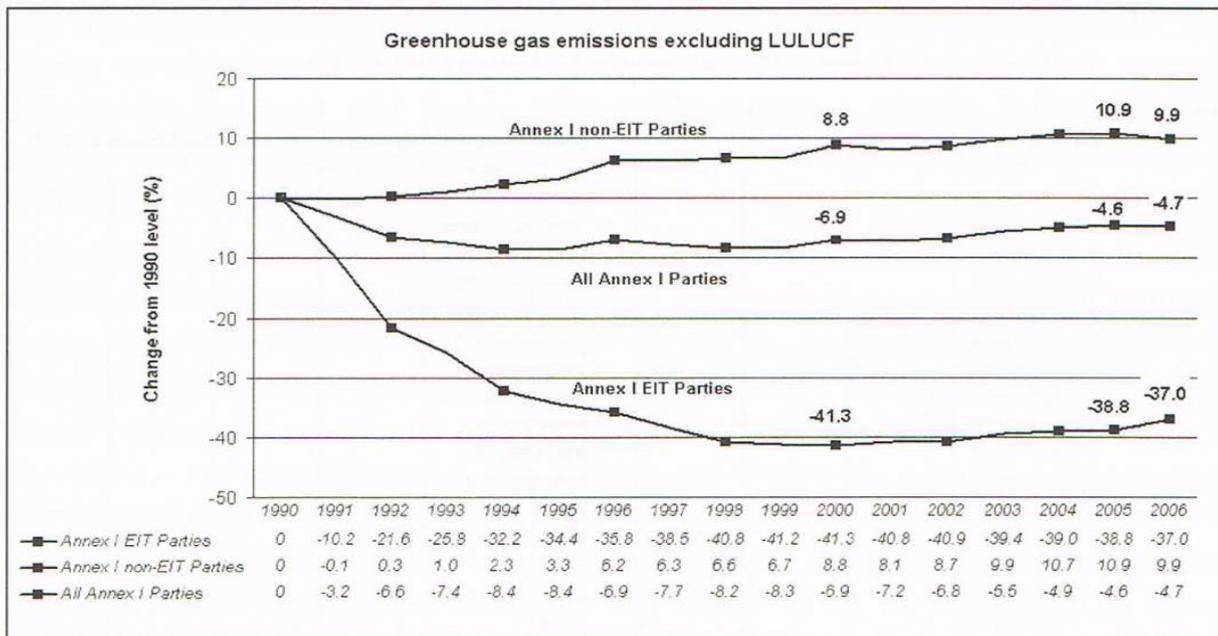


Schaubild 1: Klimagasemissionen der Anlage-I- Staaten⁵²

Wie aus dem zweiten Schaubild ersichtlich, gibt es in der Tat erhebliche Unterschiede zwischen den Annex-B-Staaten des Kyoto-Protokolls, also den Staaten, die die Instrumente des Kyoto-Protokolls anwenden müssen, und den Staaten, bei denen dies nicht der Fall ist, denen also, die als Anlage-I-Staaten der FCCC nur den allgemeineren Verpflichtungen der FCCC unterliegen, nämlich die USA, die Türkei und (bis zu seiner Ratifikation Ende des Jahres 2007) Australien.⁵³ Die USA liegen mit 114,4 % weit über dem von ihnen ursprünglich zugesagten, aber nicht ratifizierten Kyoto-Satz von 93 %.⁵⁴ Exorbitant ist der Abstand der Türkei mit ihren 195,1 % der Menge von 1990. Australien hat sich im Rahmen des Kyoto-Protokolls eine Emissionsquote von 108 % genehmigt, übertrifft diese Marge aber mit 128,8 % erheblich.

⁵² Dokument des Sekretariats der FCCC, abrufbar unter: unfccc.int/files/inc/graphics/image/gif/trends_excluding_2008.gif. EIT bedeutet Transformationsstaaten.

⁵³ Stand der Vertragsstaaten des Kyoto-Protokolls vom 12. Oktober 2008, abrufbar unter: unfccc.int/files/kyoto_protocol/status_of_ratification/application/pdf/kp_ratification.pdf.

⁵⁴ Zu den Hintergründen der Nichtratifizierung des Kyoto-Protokolls durch die USA siehe Th. Giegerich, *The impact of the USA on regime formation and implementation*, in: G. Winter (Hrsg.), *Multilevel Governance of Global Environmental Change. Perspectives from Science, Sociology, and the Law*, 2006, 106–146.

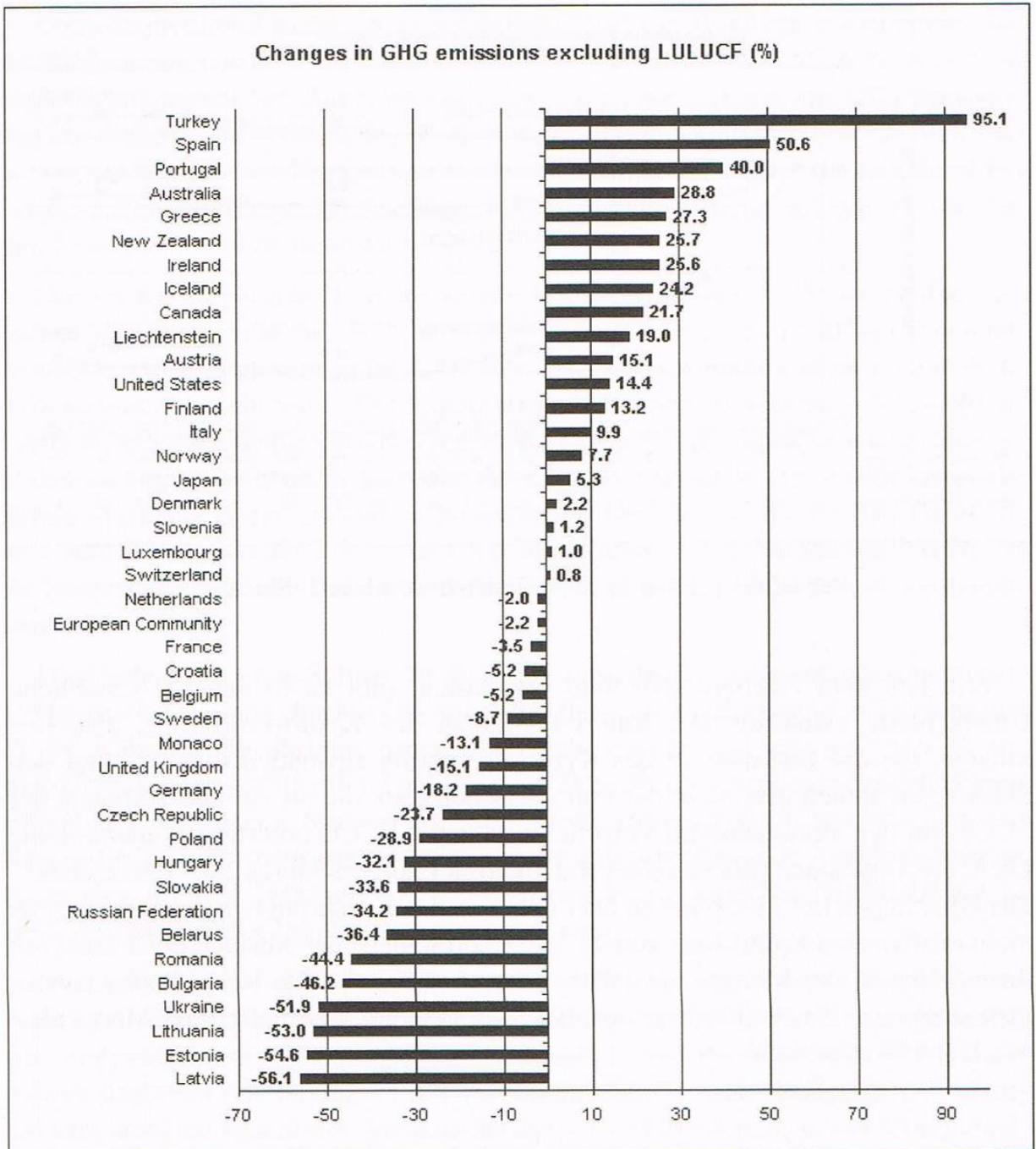


Schaubild 2: Veränderungen der Klimagasemissionen von 1990 bis 2006⁵⁵

Wir können also festhalten, dass die Kyoto-Instrumente den steigenden Trend gebremst haben. Wie Schaubild 2 zeigt, gibt es allerdings erhebliche Unterschiede auch innerhalb der Annex-B-Staaten. Die Europäische Gemeinschaft darf innerhalb ihrer „bubble“ zwar unterschiedliche Quoten der Mitgliedstaaten ausgleichen,

⁵⁵ Dokument des Sekretariats der FCC, abrufbar unter: unfccc.int/files/inc/graphics/image/gif/total_excluding_2008.gif. LULUCF bedeutet land use, land use change and forestry.

und die begünstigten Staaten haben sich tatsächlich auch darauf eingestellt, nur gehen die enormen Steigerungen von Spanien, Portugal, Griechenland, Irland, Österreich, Finnland und Italien über die zulässigen Quoten zum Teil weit hinaus.⁵⁶ Es ist also festzuhalten, dass die Kyoto-Instrumente in manchen Staaten trendabschwächend wirken, in anderen dagegen nicht oder kaum.

Das dritte Schaubild stellt das Verhältnis von Trendabschwächung und Zielverfehlung zusammen, und zwar für die EU-15-Staaten und in Millionen Tonnen. Immerhin wurde der weitere Anstieg, der für die Situation ohne Klimaschutzmaßnahmen angenommen wird (obere gestrichelte Linie), verhindert, was aber, wie soeben dargelegt, zu einem guten Teil auf einen Transformationseffekt – hier den der DDR – zurückzuführen ist. Die Emissionen sind mehr oder weniger auf dem Niveau von 1990 verblieben (mittlere Linie bis 2005). Andererseits wird ab 2005 zwar eine Abnahme prognostiziert (mittlere Linie bis 2012), die 2010 aber keineswegs das Kyoto-Ziel (untere Linie mit fünf Zielpunkten) verwirklicht. Die Kommission hält deshalb eine Verschärfung der Maßnahmen für erforderlich.

Für das Kyoto-Instrumentarium insgesamt ergibt sich nach allem, dass es in manchen Nicht-Übergangstaaten trendabschwächend gewirkt hat, in anderen dagegen nicht. Andererseits hat es den Trend bei weitem noch nicht auf das Kyoto-Ziel hin umgebogen.

Fragt man nun nach dem spezifischen Effekt des Flaggschiffs des Klimaschutzrechts, den flexiblen Mechanismen, so zeigt sich, dass davon in der EU, also in den Staaten, die das Instrumentarium am ernsthaftesten umgesetzt haben, nur eine geringe Wirkung ausgegangen ist. Ich untersuche zunächst die EU-15 und dann Deutschland. Um den Effekt des wendebedingten Industrieverfalls auszuschließen, schlage ich vor, nur die Jahre 2003 bis 2006 zu betrachten. Das sind diejenigen Jahre, auf die das neue Instrumentarium per Vorwirkung (die mit in Betracht zu ziehen ist) oder per Auswirkung Einfluss genommen haben kann.

⁵⁶ Die Kommission kommt in ihrem Bericht von 2007 zu folgender Prognose: „Drei Mitgliedstaaten der EU-15 (Deutschland, Schweden und Vereinigtes Königreich) sind offensichtlich auf gutem Wege, ihre Emissionsziele allein mithilfe ihrer bestehenden nationalen politischen Konzepte und Maßnahmen bis 2010 zu erreichen. Acht weitere Mitgliedstaaten werden ihre Ziele voraussichtlich erreichen, wenn die Kyoto-Mechanismen, Kohlenstoffsenken und die bereits erörterten zusätzlichen nationalen Konzepte und Maßnahmen in ihrer Wirkung erfasst sind. Dieser Analyse zufolge dürften Dänemark, Italien und Spanien ihr Kyoto-Ziel wohl verfehlen“, Mitteilung der Kommission, Fortschritte bei der Umsetzung der Ziele von Kyoto, KOM(2007) 757, 4.

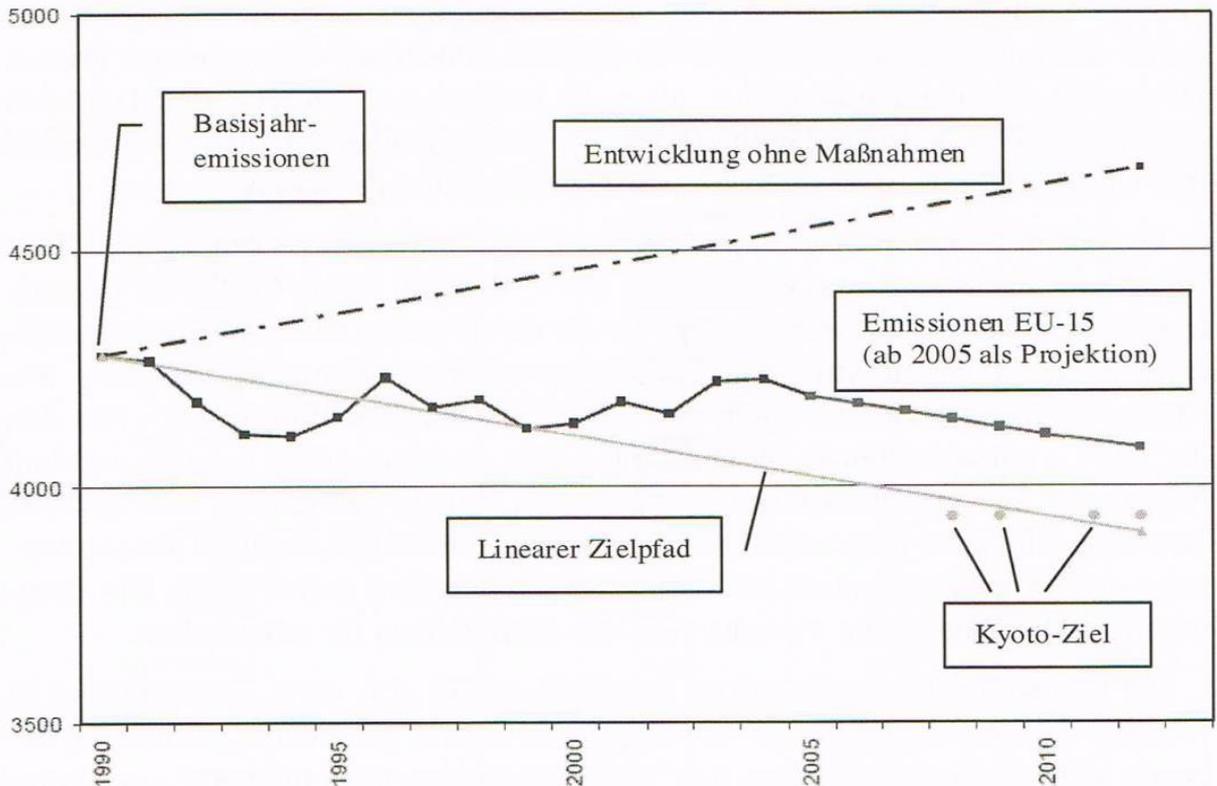


Schaubild 3: Tatsächliche und prognostizierte Emissionen für die EU-15.⁵⁷

EU-15:⁵⁸ In der Energiewirtschaft betragen die Emissionen in 2003 1, 201 Mrd t, in 2004 1,198 Mrd t, in 2005 1,194 Mrd t und in 2006 1,194 Mrd t, d.h. die flexiblen Instrumente verursachten von 2003 bis 2006 eine minimale Reduktion von 7 Mt oder 0,6 %. Für den industriellen Sektor ergeben sich folgende Werte: in 2003 544 Mio t, in 2004 548 Mio t, in 2005 543 Mio t und in 2006 537 Mio t, d.i. eine Verminderung von nur 7 Mio t oder 1,3 % von 2003 bis 2006. Für die Prozesstechnik im industriellen Sektor ergibt sich: in 2003 213 Mio t, in 2004 219 Mio t, in 2005 218 Mio t und in 2006 221 Mio t, d.h. sogar ein Anstieg von 8 Mt oder 3,7 % von 2003 bis 2006.

In Deutschland betragen die Emissionen des Energiesektors in 2005 379 Mio t, in 2006 381 Mio t und in 2007 387 Mio t, d.i. ein Anstieg von 0,5 bzw. 1,8 Mio t. Für den industriellen Sektor sind die Zahlen 95 Mio t für 2005, 97 Mio t für 2006 und 100 Mio t für 2007, das ist ein Anstieg von 1,9 bzw. 2,9 %.⁵⁹

⁵⁷ Mitteilung der Kommission, Fortschritte bei der Umsetzung der Ziele von Kyoto, KOM(2007) 757, 4.

⁵⁸ Alle Daten stammen aus IPCC, Greenhouse Gas Inventory Data, zugänglich unter: unfccc.int/di/DetailedByParty/Event.do?event=go.

⁵⁹ Arbeitsgruppe Emissionshandel zur Bekämpfung des Treibhauseffekts, Jahresbericht der Unterarbeitsgruppe 1, Querschnittsfragen, Januar 2009, 105, abrufbar unter www.bmu.de/files/pdfs/allgemein/application/pdf/jahresbericht__2008_uag1.pdf.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die flexiblen Mechanismen so gut wie keinen Effekt gehabt haben. Das Ergebnis ist umso enttäuschender, wenn man es mit anderen erfolgreicherem Regimes vergleicht. Als Vergleich bietet sich das Regime zur Reduktion von Schwefeldioxid und anderen Gasen an, die den Boden versauern und u.a. Waldsterben verursachen.⁶⁰ Das Regime hat in recht kurzer Zeit Reduktionen ganz anderer Größenordnung hervorgebracht. Dies zeigt ein Vergleich der Schaubilder 3 und 4.

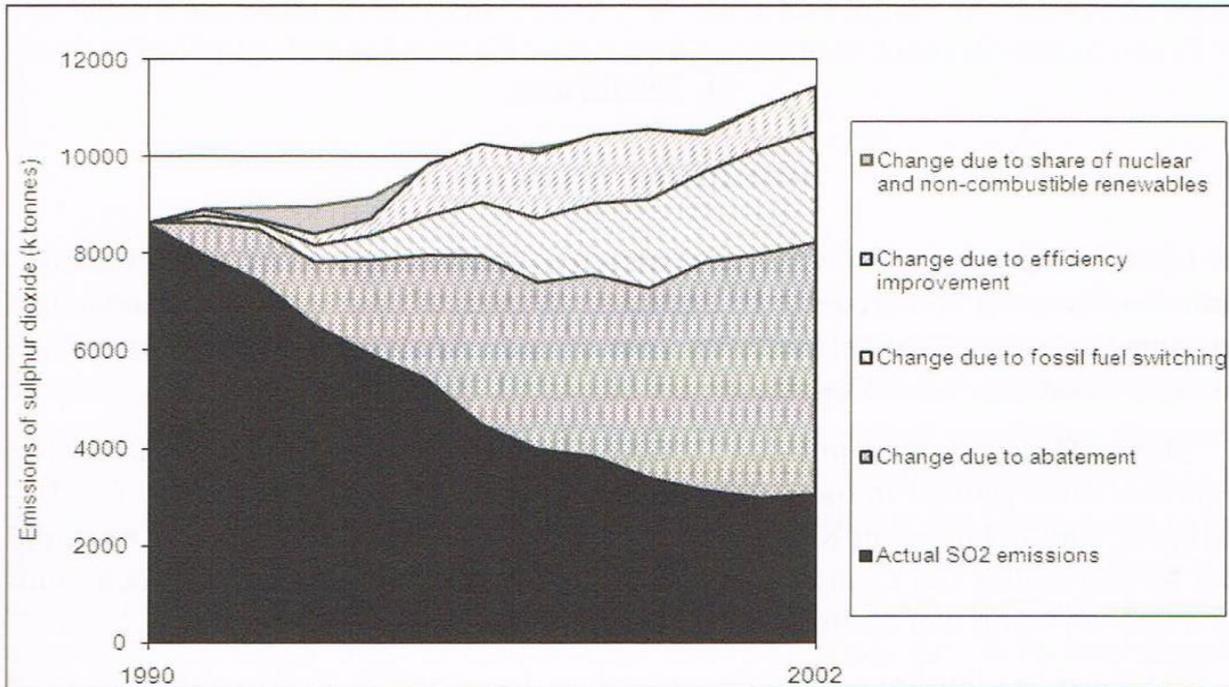


Schaubild 4: Reduktion von SO₂-Emissionen der EU-15 von 1990 bis 2002⁶¹

⁶⁰ Die Haupttappen und -ebenen der Entwicklung des Regimes sind die Folgenden: auf internationaler Ebene: ECE Konvention von 1979 über weitreichende grenzüberschreitende Luftverschmutzung (LRTAP); Protokoll von Helsinki 1985: Reduktion von 30 % bis 1993, baseline 1980; Protokoll von Oslo 1994: differenzierte Quoten, im Durchschnitt Reduktion von 62 % bis 2010, baseline 1980, Gebot nationaler BAT und critical load/level standards; Protokoll von Göteborg 1997: Reduktion von 75 % bis 2010, baseline 1990, spezifiziert BAT and critical load/level standards. Auf europäischer Ebene: EG-Richtlinien 84/830, 96/61, 2000/76, 2001/80 zum Stand der Technik; Richtlinie 96/62 und Tochterrichtlinien über Luftqualitätswerte; Richtlinie 2001/81 über nationale Emissionsgrenzwerte. Auf deutscher Ebene: Bundesimmissionsschutzgesetz mit Grenzwerten und Genehmigungs- und Überwachungssystem, 22. BImSchV mit Grenzwerten.

⁶¹ European Environment Agency, The European environment – State and Outlook 2005, 95.

Allein die Betrachtung der unteren absoluten Menge der Emissionen beweist, wie viel erfolgreicher das SO₂-Regime gewesen ist. Der Ausstoß von SO₂ wurde in zwölf Jahren um ca. 70 % reduziert. Das Schaubild zeigt auch den relativen Erfolg verschiedener technischer Maßnahmen der Umsteuerung (Kernkraft, erneuerbare Energien, Effizienzsteigerung, Umstellung auf umweltverträglichere fossile Energieträger, technische Emissionsvermeidung). Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Reduktion von CO₂-Emissionen technisch schwieriger ist als diejenige von SO₂-Emissionen.

II. Erklärung

1. Allgemeines

Ich konzentriere mich im Folgenden darauf, das Versagen der flexiblen Instrumente (des „cap and trade“) zu erklären. Warum bisher auch die klassischen Instrumente versagt haben, bedürfte einer eigenen Analyse. Diese hätte vor allem auf die Unfähigkeit der Verkehrsemissionspolitik einzugehen.

Meine These ist, dass mit den flexiblen Instrumente ein genuin ökologisches Problem allzu radikal in ökonomische Kategorien übersetzt worden ist. Die Beteiligten sind befangen in Kalkülen der Preisbildung, der Verkäufe und Ankäufe, der Registrierung, der Übertragungen und der Abgabe von Emissionsberechtigungen und verlieren den ökologischen Sinn des Ganzen aus dem Auge.

Zunächst ist allerdings anzuerkennen, dass das gewählte Konzept des „cap and trade“ seiner Idee nach hochelegant und effektiv erscheint: Die Staatenwelt einigt sich auf einen Zielwert, der die ökologische Notwendigkeit widerspiegelt, und das Ziel soll verlässlich, aber zu geringstmöglichen Kosten, d.h. kosteneffizient, erreicht werden. Hierfür wird ein Parallelmarkt der Emissionsberechtigungen geschaffen, der die effizienteste Emissionsreduktion garantiert.

Realiter jedoch war und ist die Kappung, oder mit anderen Worten: das den einzelnen Staaten verfügbare Kontingent, ein Ergebnis eines politischen Aushandlungsprozesses, in dem das ökologisch Notwendige durch unterschiedliche Perzeptionen der Klimaentwicklung, durch unterschiedliche Kalküle über die Kosten und möglicherweise auch Vorteile des Klimawandels und durch unterschiedliche Einschätzungen der Belastbarkeit der Volkswirtschaften relativiert wird.⁶²

⁶² Zu den Hauptargumenten und Strategien in Vorbereitung des Kyoto-Protokolls siehe S. Oberthür/H. E. Ott, *Das Kyoto-Protokoll: internationale Klimapolitik für das 21. Jahrhundert*, 2000.

Dies ist eine Normalität, die sich nur konstatieren, aber kaum verbessern lässt. Kritisch wird sie nur, wenn sie als eine den „trade“ tragende rationale Grundentscheidung ausgegeben wird. In der Tat macht „trade“ ökologisch nur Sinn, wenn „cap“ rational gesetzt ist. Andernfalls läuft das Instrumentarium ins Leere.⁶³ Genau dies ist aber geschehen. Indem sich der Emissionshandel ganz auf seinen ökonomischen Sinn konzentriert, unterstellt er eine Vernunft des „cap“, die nicht gegeben ist (2.). Und nicht nur dies: Er fügt Anreize hinzu, die das System dem ökologischen Ziel so weit entfremden, dass es trotz seiner an sich schon bestehenden Dürftigkeit nicht einmal erreicht wird (3.). Drittens: Es birgt die Gefahr nachteiliger Seiteneffekte (4.). Schließlich: Es verursacht exorbitante Transaktionskosten (5.).

2. Unzutreffende Prämisse

Das System des Emissionshandels unterstellt die Vernunft des Zieles, denn es versucht nicht, über das Ziel hinauszugehen. Würde es das Unzureichende des Zieles erkennen, würde es Mechanismen einbauen, die zu Nachkorrekturen im weiteren Zeitverlauf anreizen. Grenzwerte aus ordnungsrechtlichem Denken haben immer diesen Sinn: dass man sie nicht erreichen, sondern möglichst darunter bleiben soll, weil sie auf lückenhaften Kenntnissen beruhen und deshalb irrtümlich zu großzügig angesetzt sein könnten.⁶⁴ Stattdessen definiert der Emissionshandel die Kappungsgrenze um in ein verfügbares Gut, nämlich die Nutzung der Ressource Klimasystem, und fasst sie als Emissionsberechtigung. Der Bestand an Emissionsberechtigungen wird zu einem ökonomischen Wert, der nicht brachliegen darf. Er wird bis zum letzten Stück in Anspruch genommen, dies sowohl auf der Ebene der Staaten wie der der Einzelakteure. Wer seine Berechtigungen nicht ausnutzt oder durch Verkauf für der Ausnutzung durch andere sorgt, handelt ökonomisch irrational. Ein Unternehmen, das seine Berechtigungen nicht ausnutzt oder

⁶³ Zum Verhältnis der „first order“ und „second order determinations“ über knappe Umweltressourcen siehe *Knoepfel* (Anm. 50), 429 ff., 455 ff., sowie über knappe Ressourcen allgemein siehe *Calabresi/Bobbitt* (Anm. 51). Der hier angesprochene Effekt scheint mir in dieser Literatur zu fehlen.

⁶⁴ Vgl. BVerwG vom 17. Februar 1984, BVerwGE 69, 37, 43, wo es heißt, dass „die geltenden Immissionsgrenzwerte Restrisiken enthalten, die einerseits durch das anzuwendende Messverfahren bedingt sind und andererseits auf den noch lückenhaften Kenntnissen über die Schädlichkeit bestimmter Immissionen, ihre Langzeitwirkung sowie mögliche synergistische Effekte beruhen. Vorsorge ... ist daher jedenfalls dann geboten, wenn hinreichende Gründe für die Annahme bestehen, daß Immissionen *möglicherweise* zu schädlichen Umwelteinwirkungen führen und damit – auch wenn sich entsprechende Ursachenzusammenhänge im einzelnen noch nicht eindeutig feststellen lassen – ein Gefahrenverdacht besteht“.

durch Verkauf für der Ausnutzung durch andere sorgt, handelt ökonomisch irrational; ein Staat, der sich so verhält, handelt politisch unklug.

Eine proaktive Zuteilungspolitik würde auf die Ansammlung einer staatlichen Reserve hinwirken, die möglichst nicht verbraucht wird.⁶⁵ Tatsächlich wird aber der ganze Bestand verteilt.⁶⁶ Zwar gibt es bei Altanlagen einen Erfüllungsfaktor, doch dient dieser der Auffüllung einer Reserve für Neuanlagen. Dass in der zweiten Zuteilungsperiode ein Teil der Emissionsberechtigungen versteigert wird, ändert nichts daran, dass die gesamte Quote in Verkehr gebracht wird. Es werden lediglich zusätzliche Einnahmen für den Staatshaushalt erzielt, die bestenfalls in die Subventionierung von Maßnahmen gesteckt werden, die der Markt eigentlich von sich aus ergreifen müsste.

Ein proaktiver Emissionshandel auf Unternehmensebene würde nach Wegen suchen, um die Akteure zur Übererfüllung anzureizen.⁶⁷ Die Zuteilung an die Altanlagen erfolgte dagegen weitgehend nach dem „grandfathering“-Prinzip, und der durch sog. Erfüllungsfaktoren gesetzte Reduktionszwang ist gering. Neuanlagen und kürzlich modernisierte Altanlagen waren bereits in der ersten Zuteilungsperiode (2005 bis 2007) vom Erfüllungsfaktor befreit; nun gilt die Befreiung für alle Anlagen außer für bestehende Industrieanlagen. Die anderen Anlagen müssen zwar die beste verfügbare Technik verwirklichen, diese wird aber wenig anspruchsvoll orientiert an dem „gewichteten Durchschnitt der Emissionswerte, den die Stromerzeugung in modernen Kraftwerken aufweist, die mit fossilen Kraftstoffen befeuert werden“.⁶⁸ Ein Druck auf die Auswahl emissionsarmer Brennstoffe wird dadurch nicht ausgeübt; ebensowenig wird das Betriebsverhalten beeinflusst; insbesondere aber wird der Fortschritt der Technik nicht systematisch eingefordert, sondern nur relevant, wenn der Preis einer Emissionsberechtigung zufällig über die Kosten der Investition in eine entsprechende Emissionsvermeidung steigt. Energieeffiziente Anlagen der Kraft-Wärme-Koppelung erhalten eine Überzuteilung von Emissionsberechtigungen, die sie technisch nicht benötigen. Wer von vornherein mehr Emissionsberechtigungen beantragt hat als erforderlich, kann diese behalten

⁶⁵ Zu deren Zweck siehe noch unten.

⁶⁶ Nach § 6 (2) und (3) ZuG 2012 dient die Reserve der Deckung der Verwaltungskosten, der Versorgung von Neuanlagen, der Bedienung von gerichtlich erstrittenen zusätzlichen Emissionsberechtigungen und der Finanzierung von staatlichen Zukäufen von Emissionsquoten aus dem Ausland. Einsparung zu Löschungszwecken ist nicht vorgesehen. Im ZuG 2007 findet sich diese Zweckbestimmung noch nicht, entsprach aber der Praxis.

⁶⁷ Dies übersieht *Rehbinder* (Anm. 49), 242, in seiner Verteidigung der Vorsorgeeignung des Emissionshandels.

⁶⁸ Begründung des Gesetzentwurfs zum Zuteilungsgesetz 2007 vom 27. April 2004, BT-Drucks. 15/2966, 22.

und sogar als Kostenpunkt in die Tarif- oder Preisberechnung einsetzen.⁶⁹ Immerhin wurde vom EuG das Ansinnen der Kommission abgewehrt, die Emissionsberechtigungen dem Unternehmen auch für den Fall zu erhalten, dass es die Produktion drosselt;⁷⁰ aber die nicht benötigten Emissionsberechtigungen fließen in die staatliche Reserve und stehen für die Verteilung an Neuanlagen zur Verfügung.

3. Kontraproduktive Effekte

Gewisse Aspekte wirken sogar sogar darauf hin, dass das bescheidene Ziel einer Reduktion auf (in der EU) 92 % von 1992 nicht einmal erreicht wird. Dies liegt vor allem an der Ausgestaltung der CDM-Projekte. Sie ermöglichen, dass Emissionsberechtigungen in das Emissionshandelssystem des Investorstaates importiert und von dessen Gesamtmenge abgezogen werden. In der ersten Zuteilungsperiode war dies in der EU zwar noch nicht zugelassen, in der zweiten ist es aber möglich und wird sich deshalb auf die Zielerreichung auswirken. Die Rechtfertigung für CDM-Projekte ist an sich überzeugend: Die Grenztonne Klimagasemission kann in einem Entwicklungsland mit veralteter Technik kostengünstiger vermieden werden als die Grenztonne in einem technisch fortgeschritteneren Industrieland. Es ist deshalb vernünftig, klimaschützende Investitionen aus privater Hand in Entwicklungsländern dadurch anzureizen, dass per CDM erworbene CER in das Investorland übertragen werden können. Doch bedeutet dies nicht, dass eine solche Übertragung auf die Staatsquote angerechnet werden muss. Es ließe sich denken, dass der individuelle Investor zwar die CER erwirbt, dass der Investorstaat jedoch eine spezielle Quote vorhalten muss, aus der dann die entsprechenden Emissionsberechtigungen ausgeteilt werden. Eine solche Quote für CDM-Maßnahmen müsste der Staat bei der Festlegung der Reduktionsquoten von vornherein und öffentlich ausweisen. Dies würde auch sein entwicklungspolitisches Engagement transparenter machen.

Besonders kontraproduktiv ist, dass nicht nur Individuen, sondern auch Staaten CERs aus CDM-Projekten erwerben können. Dies führt in letzter Konsequenz dazu, dass Staaten sich entscheiden können, ihrer Wirtschaft und Gesellschaft kaum reale Emissionsreduktionen aufzuerlegen und stattdessen in großem Stil CER zu erwerben. Die Emissionsmenge, die über den CDM in das europäische System hineinkommt, ist bemerkenswert groß. Sie wird (allerdings einschließlich Emissionshandel und JI) auf ein Drittel der gesamten Reduktionsmenge der EU

⁶⁹ Davon zu unterscheiden ist der legitime Fall, dass ein Unternehmen in bessere Effektivität investiert und die dadurch eingesparten Emissionsberechtigungen behalten darf.

⁷⁰ EuG Rs T-274/04, Urteil vom 20. September 2004 (*BRD v. Kommission*).

berechnet.⁷¹ Die Summe soll sich in der Kyoto-II-Phase sogar noch erhöhen. Den Effekt, dass kaum noch genuin europäische Emissionsminderungsmaßnahmen vorgenommen werden müssten, will die Kommission dadurch mildern, dass die erworbenen Emissionsrechte auch noch in der weiteren Zukunft genutzt werden können.⁷² Ökonomisch ist all dies nachvollziehbar und konsequent, ökologisch aber fatal. Völkerrechtlich ist es zumindest zweifelhaft. Denn immerhin verpflichtet Art. 3 Abs. 1 des Kyoto-Protokolls die Annex I-Staaten dazu, „ihre“ Emissionen zu reduzieren. Das „ihre“ war bis zur Unterzeichnung des Protokolls so verstanden worden, dass es den territorialen Ursprung der Emissionen bezeichnet. Mit Durchsetzung der ökonomischen Logik wurde das „ihre“ zu einem ökonomischen Bilanzbegriff, der das Resultat von Zurechnungen bezeichnet.⁷³

Ein besonderer Effekt folgt daraus, dass CDM-Maßnahmen die zulässige Emissionsmenge des Staates insgesamt erhöhen⁷⁴ und somit auch diejenigen Sektoren betreffen, die mit klassischen Instrumenten bearbeitet werden sollen. Dadurch wird deren Potential geschwächt. Ein Staat kann also entscheiden, die erworbene Menge etwa dem Verkehrssektor zukommen zu lassen und auf eine Minderung von Kraftfahrzeugemissionen zu verzichten. Diese Flexibilität ver-

⁷¹ 10 Mitgliedstaaten der EU-15 werden die Kyoto-Mechanismen nutzen, um ihre Kyoto-Quote zu erreichen. Sie werden Emissionsrechte für 107,5 Mio Tonnen CO₂-Äquivalent jährlich erwerben. Das sind nicht weniger als 31 % der gesamten Reduktionsmenge der EU-15, die 342 Mio Tonnen beträgt. Siehe Mitteilung der Kommission, Fortschritte bei der Umsetzung der Ziele von Kyoto (gemäß der Entscheidung Nr. 280/2004/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über ein System zur Überwachung der Treibhausgasemissionen in der Gemeinschaft und zur Umsetzung des Kyoto-Protokolls), KOM(2007), 757, 15 f.

⁷² Commission staff working document. Accompanying document to the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2003/87/EC so as to improve and extend the EU greenhouse gas emission allowance trading system, SEC(2007) 52, 138. Falls ein Kyoto-II-Abkommen zustandekommt und die Emissionsminderung um 30 % vereinbart wird (eine Quote, die die EU sich für diesen Fall statt der gegenwärtig beschlossenen 20 % vorgenommen hat), soll der Anteil der zulässigen CER aus CDM-Maßnahmen noch gesteigert werden, so Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG zwecks Verbesserung und Ausweitung des EU Systems für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten, KOM(2008) 16, 12.

⁷³ *H.-J. Luhmann/J. Sterk*, Klimaziele zu Hause erreichen oder wo es am billigsten ist? Der Clean Development Mechanism als klimaregime-interner Investitionsmittelgenerator, *Internationale Politik und Gesellschaft* 2/2008, 107–125, 111.

⁷⁴ Rechtstechnisch präziser müsste man sagen, dass die dem Staat zugeteilte Menge zwar bestehen bleibt, die erworbenen Mengen aber nicht auf sie angerechnet werden.

mindert das politische Verhandlungspotential des Staates gegenüber machtvollen Interessen. Die flexiblen Instrumente infizieren also auch das Ordnungsrecht.

Zweifel ergeben sich zudem aus der bisherigen Praxis der Projektdurchführung. Die Übertragung von CER in den Investorstaat ist nur als „additional“ zu rechtfertigen, wenn das Projekt klimafreundlicher ist als ein Referenzprojekt, welches ohne die Übertragung der CER existiert oder verwirklicht worden wäre. In der Praxis werden als Referenzprojekte jedoch häufig Anlagen mit schlechter Klimabilanz gewählt, so dass es nicht schwer ist, die Überlegenheit des CDM-Projekts zu belegen. Zudem wird nicht verlangt, dass allein durch Verkauf der CER die Rentabilitätsschwelle überschritten werden kann, vielmehr genügt es, wenn der Gewinn gesteigert wird.⁷⁵ Hinzu kommt, dass der Preis für ein CER fast beliebig kalkulierbar ist, weil es für sie keinen Marktpreis gibt. In der Praxis wird er deshalb politisch festgelegt, und zwar weit unter dem Marktpreis einer Tonne CO₂ eq.⁷⁶ Dadurch verbilligt sich der Zukauf von CER im Vergleich zu Handel und JI im Klub der Annex-B-Staaten, mit der Folge eines weiteren Anreizes, Investitionen in Klimaschutz innerhalb des Klubs zu vermeiden.

4. Nachteilige Seiteneffekte

Unbeabsichtigte nachteilige Seiteneffekte können an verschiedenen Stellen des Systems entstehen. Ein solcher Effekt kann daraus entstehen, dass Maßnahmen der Aufforstung und Wiederaufforstung (sog. LULUCF-Maßnahmen⁷⁷) als Senke für CO₂ angerechnet werden.⁷⁸ Es könnte sich dann lohnen, gewachsene Primärwälder mit hoher Biodiversität durch schnellwachsende Plantagen zu ersetzen.⁷⁹

⁷⁵ Vgl. z.B. die Projektbeschreibung des CGN Gansu Anxi Daliang 49.5MW Wind Power Project in China, die den Windpark mit Kohlekraftwerken vergleicht und einen jährlichen Gewinn von 5,95 % errechnet, der durch CER-Verkauf auf 9,06 % gesteigert wird, nachzulesen unter: cdm.unfccc.int/UserManagement/FileStorage/YN154LDIE7MOUTZHGOQAVBX68KWRP3.

⁷⁶ Im genannten Beispiel wird der Preis einer Tonne CO₂ eq mit 8 € kalkuliert.

⁷⁷ Siehe Anm. 55.

⁷⁸ In der EU ist eine solche Anrechnung bisher nicht möglich und auch für die nähere Zukunft nicht vorgesehen (Art. 11a Abs. 3 b Richtlinie 2003/87). Die Begründung hierfür zeigt, dass sich insoweit die ökologische Logik immerhin noch durchgesetzt hat, siehe Commission staff working document (Anm. 72), 57. Nach dem Kyoto-Protokoll sind LULUCF-Maßnahmen jedoch vorgesehen, vgl. Art. 3 Abs. 3 Kyoto-Protokoll.

⁷⁹ Wissenschaftlicher Beirat Globale Umweltveränderungen, Über Kyoto hinaus denken – Klimaschutzstrategien für das 21. Jahrhundert, Sondergutachten 2003, Nr. 5.4.

CDM-Maßnahmen können die Entwicklungsländer demotivieren, eine genuine Klimaschutzpolitik zu realisieren. Entwicklungsländer könnten auf Wartestellung gehen, bis sich CDM-Projekte abzeichnen. Dies ist sogar vom Rechtsregime intendiert oder wird zumindest in Kauf genommen, denn anders als im Fall von JI-Maßnahmen gilt „supplementarity“ (d.h. ein Ergänzungsverhältnis von CDM und Eigenmaßnahmen) bei CDM nicht als Projektvoraussetzung.⁸⁰ Hinsichtlich der JI-Projekte ist das „supplementarity“-Kriterium im Übrigen nicht aus dem Kyoto-Protokoll in die Gemeinschaftsrechtsakte (und dementsprechend auch nicht in die Gesetzgebung der Mitgliedstaaten) übernommen worden. Die EU nimmt anscheinend an, sie habe das Kriterium durch ihre Klimaschutzgesetzgebung bereits erfüllt.⁸¹

Eine weitere Nebenfolge der CDM-Praxis besteht darin, dass diese die ohnehin spärlichen Mittel der Entwicklungshilfe von anderen sozialen und ökologischen Projekten in den Klimaschutz umlenkt. Das ließe sich vermeiden, wenn nur solche CDM-Projekte anerkannt würden, in die keine Entwicklungsgelder fließen. Doch hat sich dies in der Praxis nicht durchgesetzt. Ökonomischer Logik zufolge ist es eben wünschenswert, dass überhaupt Investitionen zustandekommen, gleich ob dadurch andere Politiken erodieren.

5. Transaktionskosten

Es ist inzwischen allgemeine Erkenntnis, dass die Erwartung, mit ökonomischen Instrumenten seien wegen ihrer Marktähnlichkeit weniger Transaktionskosten verbunden, für die flexiblen Mechanismen getrogen hat. Dies gilt zunächst für die unternehmerische Ebene. Emissionen von Klimagasen müssen von den Verantwortlichen gesteuert und gemessen, Emissionsberechtigungen müssen verwaltet, erworben und verkauft werden. Auf der administrativen Ebene ist eine Überwachung der Anlagen erforderlich, wie sie vom Ordnungsrecht her bekannt ist, wenn auch mit anderer Zielsetzung. Geht es im Ordnungsrecht um die Verhinderung von Grenzwertüberschreitungen, so geht es im Emissionshandel um die Sicherung von Zahlungsvorgängen; denn Emissionen sind beliebig zulässig, wenn nur dafür bezahlt wird. Neben die technische Überwachung, die für die korrekte Zählung der Emission sorgt, tritt dabei diejenige der Transaktionen im Rahmen des Emissionshandels sowie von JI- und von CDM-Projekten, ein Aufwand, der im Ordnungsrecht nicht anfällt. Neben Bürokratien in den Unternehmen und der öffentlichen Verwaltung wirkt eine Ebene supranationaler und internationaler Behörden ein, die bezahlt werden muss. Zudem schieben sich zwischen Unterneh-

⁸⁰ Vgl. Art. 12 einerseits, Art. 6 andererseits.

⁸¹ Vgl. oben.

men und Behörden zwei neue Berufsgruppen: die der zertifizierenden Sachverständigen und die der Börsenmakler. Nicht zu vergessen sind auch die Kosten vielfältiger Rechtsstreitigkeiten, die der künstliche Markt der Emissionsberechtigungen provoziert.

6. Zusammenfassung

Insgesamt ist der Misserfolg der flexiblen Mechanismen auf eine allzu radikale Ökonomisierung eines ökologischen Problems zurückzuführen. Ökonomische Folgen ökologischer Regulierung zu berücksichtigen ist seit eh und je üblich und auch zielführend gewesen. Aber der Parallelmarkt der Emissionsberechtigungen, der als Bewältigung der Externalitäten des Primärmarktes – der Produktion und Konsumtion von Gütern – neben diesem geschaffen wurde, hat seinen Code verabsolutiert und lässt seine eigentliche Sachaufgabe, den Klimaschutz, in Vergessenheit geraten. Diese Denkweise war aus dem Kernland der Kommodifizierung, den USA, in die Kyoto-Konzeptionierung importiert worden. Paradoxe Weise hat dieses Land aber das Protokoll nicht ratifiziert, weil ihm auch noch das wenige, was ihm zugemutet worden wäre, immer noch als zu teure Vorleistung erschien.⁸² Ein Hegemon kann sich das leisten. Die anderen waren folgsamer, aber sie folgten einem schlechten Rat.

7. Reform

Much ado about nothing! Was tun, wenn mein Befund richtig ist? Sollten die flexiblen Mechanismen aufgegeben werden? Das wäre jetzt zu früh, weil das Instrumentarium seinen Testlauf noch nicht beendet hat, aber auch, weil zu viele Berufe und Positionen entstanden sind, die von den Unvollkommenheiten des Instrumentariums leben und kaum für seine Abschaffung zu gewinnen wären. Jedenfalls sollte aber ein Programm präziser Evaluation der Auswirkungen der Instrumente aufgelegt werden, damit für Kyoto II, wenn das Instrumentarium absehbar auch bis 2012 nicht greift und die Klimaschäden drängender werden, noch ein Ausstieg organisiert werden kann. Jedenfalls sollten die Annex B-Staaten, die die flexiblen Instrumente noch nicht bei sich eingeführt haben, gewarnt sein.

Das Instrumentarium hat immerhin auch systemintern Potential zu mehr Effektivität. Reformüberlegungen müssten selbstverständlich mit der Forderung beginnen, dass die Ziele anspruchsvoller gesetzt werden müssen. Tatsächlich wird

⁸² In Verteidigung dieser Position R. Stewart/J. B. Wiener, *Reconstructing Climate Policy. Beyond Kyoto*, 2003.

darum in den gegenwärtigen Verhandlungen um Kyoto II gerungen. Es wäre aber illusorisch zu erwarten, dass die von den Staaten akzeptierten Reduktionsquoten sich wirklich an dem ökologisch Gebotenen orientieren. Man sieht es bereits an dem anspruchslosen Satz von 80 % des Basisjahres (entsprechend 20 % Reduktion) bis 2020, den die EU sich als freiwilliges Ziel gesetzt hat. Geboten wären wohl 60 % (entsprechend 40 % Reduktion).

Gerade weil dies so ist, sollten quantifizierte Ziele auch auf rechtlicher Ebene in ein angemessenes Grundverständnis gerückt werden. Es ist verführerisch, sie, wie es das Kyoto-Protokoll formuliert, als zugeteilte Menge, die nicht überschritten werden darf, zu verstehen. Die Umweltressource wird so in eine Verfügungsmasse umdefiniert, die einerseits beschränkt ist, andererseits aber eben auch ausgenutzt werden darf. Damit unterscheidet sich der Ansatz von den klassischen Grenzwerten zum Umweltschutz. Sie setzen eine Obergrenze, die ebenfalls nicht überschritten werden darf, die – das ist das Entscheidende – Kompromisscharakter hat und deshalb so weit wie möglich unterschritten werden soll. Diese Unterschreitung ist ein Hauptanliegen des Vorsorgegebots. Diesen Sinn hat das Bundesverwaltungsgericht zum Ausdruck gebracht, als es feststellte:

Das Vorsorgegebot des § 5 Nr. 2 BImSchG stellt eine Art Gegengewicht zum Kompromißcharakter des in § 5 Nr. 1 BImSchG festgelegten Sicherheitsstandards und der damit verbundenen Risikogrenzen dar; ... [Maßnahmen der Risikovor-sorge] sollen unabhängig von den geltenden Schädlichkeitsgrenzen das an Umweltqualität durchsetzen, was im Hinblick auf ein vorhandenes Potential an Vermeidungstechnologie realisierbar erscheint.⁸³

Bei näherem Besehen kann das Kyoto-Protokoll mit dieser zweiten Lesart in Einklang gebracht werden. Denn Art. 3 stellt die zugeteilten Mengen in einen funktionalen Zusammenhang mit dem Ziel, die Gesamtemissionen um mindestens 5 % unter das Niveau von 1990 zu senken, *mindestens* also, nicht exakt so viel.

Es ist aus diesen Gründen essentiell, dass Elemente der Suche nach zusätzlichen Emissionsreduktionen in das Konzept des „cap and trade“ eingebaut werden können. Dazu gehört, dass die Staaten größere Mengen von Emissionsberechtigungen möglichst bis zur Löschung am Ende jeweiliger Verpflichtungszeiträume zurückhalten. Die Zuteilung sollte von dem „grandfathering“ auf ein anspruchsvolles „benchmarking“ umgestellt werden, mit konsequenter Orientierung an der besten verfügbaren Technik, Pflichtquoten zur Verwendung von Energie aus regenerierbaren Quellen etc. Geschieht dies konsequent, ist die volle Versteigerung der benötigten Kontingente dann vielleicht gar nicht mehr notwendig. Im Hinblick auf den Import von Emissionsrechten aus Entwicklungsländern in Industrieländer sollte

⁸³ BVerwG vom 17. Februar 1984, BVerwGE 69, 37, 43 f.

ein eigens ausgewiesenes und mit Kappung versehenes Kontingent gebildet werden, damit deutlich wird, wieweit die gemeinsame, aber differenzierte Verantwortlichkeit wirklich reicht. Außerdem sollten die CDM-Maßnahmen nur anerkannt werden, wenn sie wirklich „additional“ und darüber hinaus auch „supplementary“ sind.

Letztlich bleibt aber die Skepsis, ob das zu Grunde liegende Konzept der wahren Preise, welches den Umstieg von fossiler zu regenerierbarer Energie über den Preismechanismus organisieren soll, von seiner Grundanlage her zu flexibel und ungezielt operiert. Die großen und schnellen Schritte des Klimaschutzes sind wohl doch eher mit einem Instrumentenmix zu bewerkstelligen, das die neuen Energietechnologien forciert und das Konsumentenverhalten direkter steuert. Das kann eine pragmatische Mischung von Ordnungsrecht, Subventionen, Abgaben und freiwilligen Vereinbarungen vermutlich besser als die Schönheit der flexiblen Instrumente.

D. Rechtsstaatlichkeit

Wie oben ausgeführt, sollte ein Rechtsregime nicht nur Problemlösungskapazität besitzen, sondern auch rechtsstaatlichen Anforderungen genügen. Dies ist nunmehr zu untersuchen. Dabei behandle ich nicht alle Facetten des Regimes, sondern konzentriere mich einerseits auf seine Mehrebenenstruktur und andererseits auf die (mangelnde) Effektivität seines Instrumentariums. Rechtsstaatlichkeit (rule of law) soll hier als Oberbegriff für demokratische Legitimation und die Beachtung von Grundwerten (Grundrechten und Schutzpflichten) verstanden werden.

I. Demokratische Legitimation

Im Verfassungsstaat westlicher Prägung bedeutet demokratische Legitimation, dass staatliche Herrschaft auf einen Wahlakt des Volkes zurückgeführt werden kann. Das Klimaschutzregime kann so gelesen werden, dass es dieser Anforderung genügt: Die einschlägigen nationalen Gesetze wurden von den Parlamenten der beteiligten Staaten beschlossen, die betreffenden Gemeinschaftsrechtsakte ergingen unter Mitentscheidung des Europäischen Parlaments, das Kyoto-Protokoll wurde von demokratisch gewählten Ministern ausgehandelt, ihm wurde, wo verfassungsrechtlich erforderlich, von Parlamenten zugestimmt und die Marrakesh-Accords wurden als Beschluss der Vertragsstaatenkonferenz angenommen.

Der Legitimationsstrang zu den Parlamenten erweist sich jedoch als lang, dünn und der Sache nach fiktiv, wenn man nach der Legitimation der Grundentscheidungen des Klimaschutzsystems fragt. Diese – wie oben ausgeführt die Festlegung von

Reduktionsquoten und die besondere Lastenzuweisung an die Industriestaaten – wurden auf der völkerrechtlichen Ebene getroffen, einer Ebene, deren Verhandlungsergebnis von den Parlamenten nur en bloc angenommen oder abgelehnt werden kann. Im Grunde stand – jedenfalls für die europäischen Parlamente – sogar die Variante Ablehnung nicht mehr offen, weil die in den Verhandlungen sehr aktive EG dadurch ihr Gesicht verloren hätte. Noch länger ist der Legitimationsstrang bis zu den ebenfalls sehr folgenreichen Marrakesh Accords und zu den auf ihrer Grundlage eingerichteten Behörden. Die Accords wurden als Beschluss der Vertragsstaatenkonferenz ohne parlamentarisches Zustimmungsgesetz völkerrechtlich wirksam.⁸⁴ Sie wurden in Deutschland durch das Projektmechanismengesetz in Bezug genommen.⁸⁵ Bereits daran aber, wie intensiv dies geschieht – fast jede Vorschrift des Gesetzes verweist auf die Beschlüsse – kann man ablesen, dass der Spielraum des deutschen Gesetzgebers bei der Umsetzung sehr gering gewesen ist.

Angesichts dieser Entwertung der parlamentarischen Legitimation stellt sich die Frage, ob es Äquivalente gibt und ob diese zu verfassungsrechtlichen Anforderungen stilisiert werden können. Der Blick richtet sich hier auf die Möglichkeiten eines öffentlichen Diskurses und Lernprozesses der Weltgesellschaft sowie die staatlich nicht vermittelte Mitwirkung ihrer Repräsentanten in den völkerrechtlichen Aushandlungsprozessen.⁸⁶ Zentral sind hier zum einen die unzähligen Netzwerke der Wissenschaftler, allen voran das International Panel on Climate Change (IPCC), zum anderen die NGOs, die bereits im Kyoto I-Prozess eine wichtige Rolle spielten, – als Antreiber die Umweltverbände und die Verbände der Klimaschutzwirtschaft, und als Bremser die Verbände der Industrie und Energieversorger.⁸⁷ Ähnlich war es bei den Verhandlungen über die Marrakesh-Accords. Allerdings ist diese Mitwirkung weder auf völkerrechtlicher Ebene vorgeschrieben, noch gibt es bisher verfassungsrechtliche Prinzipien, die dies verlangen.

⁸⁴ Vgl. die entsprechenden Ermächtigungen durch Art. 5 (2), 6 (2), 12(7) und 17 des Kyoto-Protokolls.

⁸⁵ Siehe z.B. §§ 3 (4), 5 (4) ProMechG.

⁸⁶ Zu den Chancen solcher Partizipation im Vergleich verschiedener Politikbereiche siehe *J. Steffek*, Legitimität jenseits des Nationalstaats. Vom exekutiven zum partizipativen Multilateralismus?, in: A. Hurrelmann/St. Leibfried/K. Martens/P.Mayer (Hrsg.), *Zerfasert der Nationalstaat? Die Internationalisierung politischer Verantwortung*, 2008, 179–208; *A. Alkoby*, Globalising a green civil society: in search of conceptual clarity, in: Winter (Anm. 54), 275–304.

⁸⁷ *S. Oberthür/H. E.Ott*, *Das Kyoto-Protokoll: internationale Klimapolitik für das 21. Jahrhundert*, 2000.

Rechtspolitisch wäre es jedenfalls wünschenswert, wenn solche Prinzipien entwickelt werden könnten.⁸⁸

II. Beachtung von Grundwerten

Unter Grundwerten sollen hier Grundrechte Einzelner und staatliche Grundpflichten gegenüber den Einzelnen verstanden werden. Von den Grundrechten werden vor allem die Eigentumsgarantie und der allgemeine Gleichheitssatz tangiert. Es gibt bereits einige Rechtsprechung, die sich dieser Fragen angenommen hat. Nicht immer hat sie allerdings die wirkliche Bedeutung des Klimaschutzregimes erkannt.

1. Eigentum und Unternehmensfreiheit

Die Eigentumsgarantie ist durch das Klimaschutzsystem besonders herausgefordert, weil alte Rechte grundlegend neu definiert werden. Das deutsche Bundesverwaltungsgericht hatte darüber zu entscheiden, ob der Entzug des bisherigen Rechts zu freier Emission von CO₂ eine Enteignung darstellt.⁸⁹ Das Gericht stellt zunächst fest, dass die entsprechende, die Mitgliedstaaten bindende Entscheidung auf EG-Ebene gefällt worden sei und der einschlägige Rechtsakt – die Richtlinie 2003/87 – deshalb am Maßstab der europäischen Grundrechte zu messen sei. Im Zuge der Überlegung, ob es die Frage dem EuGH vorlegen soll, prüft das BVerwG dann die Vereinbarkeit selbst und kommt zu einer Verneinung der Frage. Es gebe kein eigenständiges, etwa durch die Immissionsgenehmigung gewährtes Recht auf Emittieren von CO₂. Emissionen seien Teil des Gewerbebetriebes und damit auch Teil des Eigentumsrechts am Gewerbebetrieb. Dieses werde jedoch nicht entzogen, sondern nur in seiner Nutzung beschränkt. Die Beschränkung sei durch das öffentliche Interesse am Klimaschutz gerechtfertigt, wobei angesichts der kostenlosen Zuteilung von Emissionsberechtigungen das Verhältnismäßigkeitsprinzip gewahrt werde.

Kritisch ist hierzu zu bemerken, dass das Gericht recht formal argumentiert, wenn es die Emissionsfreiheit nicht selbständig, sondern als Teil des größeren

⁸⁸ Siehe zu der entsprechenden Diskussion im staatlichen Rahmen umfassend A. Fisahn, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, 2002, 198 ff. Zur gleichen Problematik im Völkerrecht siehe Paulus (Anm. 42), 99 ff. Zu Mischlösungen siehe G. Winter, Transnational public administration: the case of the „globally harmonized system“, in: O. Dilling/M. Herberg/G. Winter (Hrsg.), Public Law beyond the State, im Erscheinen.

⁸⁹ BVerwG vom 30. Juni 2005, BVerwGE 118, 156 ff.

Ganzen des Gewerbebetriebes ansieht, um auf diese Weise der Einordnung als Rechtsentzug und damit entschädigungspflichtige Enteignung zu entgehen. Bei anderer Betrachtung könnte man von einem fundamentalen Schritt sprechen: Der Gemeingebrauch des Klimas (genauer der Absorptionskapazität der Atmosphäre) wird durch das Klimaschutzrecht abgeschafft, das bisher freie Gut wird zu einem öffentlichen Gut, dessen Nutzung nicht mehr Grundrecht, sondern zugeteiltes Privileg ist. Ein solcher Systemwechsel hätte grundlegendere Ausführungen erforderlich gemacht als die bloße Subsumtion unter den rechtfertigungsfähigen Eingriff in Eigentum. Angesichts der Tatsache, dass in Zukunft noch weitere bisher freie Güter verknappen werden (bewohnbares Land nach einem Meeresspiegelanstieg, fruchtbarer Boden nach Bodenerosion, Trinkwasser nach Trockenheiten etc.) wäre es denkbar gewesen, verfassungsrechtliche Prinzipien für solche grundlegenden „Entwähnungen“ (*Lorenz von Stein*) alter Rechte zu entwickeln.

Allerdings ist die konkrete Ausgestaltung des Klimaschutzregimes zur Zeit noch weit davon entfernt, solche potentiell tiefen Einschnitte auch tatsächlich zu verwirklichen. Wie oben gezeigt, hat es den Betroffenen in der Sache nicht viel Belastungen abverlangt. Das Management des Emissionshandels verursacht aber erhebliche Transaktionskosten. Angesichts dieser Kosten ohne Klimanutzen ist die Annahme des BVerwG, der Eingriff sein aus Klimaschutzgründen gerechtfertigt, in Frage zu stellen. Denn der Eingriff ist nicht geeignet, das Ziel zu erreichen.

Wie steht es mit dem Rechtsschutz, den ein Betroffener im Mehrebenensystem suchen könnte? Zunächst ist festzuhalten, dass die Überprüfung des gemeinschaftsrechtlichen Grundeingriffs wegen des Vorlageverfahrens zum EuGH gesichert ist.⁹⁰ Allerdings ist die Grundentscheidung – die Umwandlung des Klimas als eines freien Gutes zu einem Gut des „common concern“ – auf der völkerrechtlichen Ebene getroffen worden. Für die Überprüfung dieser Entscheidung stehen weder hinreichende Grundrechte bereit, noch haben Einzelne Zugang zum Internationalen Gerichtshof, der allein solche Grundrechte entwickeln und anwenden könnte. Zwar ist durch das Urteil des EuGH in Sachen *Kadi/AlBarakaat* garantiert, dass Völkerrecht am Maßstab der Grundrechte der Vertragsstaaten zu messen ist.⁹¹ Befriedigend ist diese Lösung aber nicht, weil sie die Leistung der Vergemeinschaftung, die in den Abschluss internationaler Abkommen fließt, wieder renationalisiert. Besser wäre es, die internationale Gerichtsbarkeit für Grundrechtsschutz zu öffnen.

⁹⁰ Zu erwägen wäre auch die Zulässigkeit einer Direktklage gegen die Richtlinie, insofern sie den Mitgliedstaaten keinen Umsetzungsspielraum belässt, siehe dazu *B. Mühlbauer*, Emissionshandel – System und öffentlich-rechtlicher Rechtsschutz, 2008, 112–119.

⁹¹ EuGH vom 3. September 2008, Rs C-402/05 P und C-415/05 P (*Kadi u. Al Barakaat v. Rat*).

2. Allgemeiner Gleichheitssatz

In einem Rechtskonzept, das eine Ressource zum öffentlichen Gut macht und ihre Nutzung in Gestalt von Nutzungsberechtigungen verteilt, nimmt es nicht Wunder, wenn der Gleichheitssatz auf eine besondere Probe gestellt wird.

Zwei Entscheidungen mögen als Beispiele dienen. Das Bundesverfassungsgericht⁹² hatte über einen Normenkontrollantrag des Landes Sachsen-Anhalt zu entscheiden. Das Land hatte vorgetragen, die modernisierten Altanlagen, die an sich von dem Erfüllungsfaktor von 3 % befreit sind, seien im Vergleich zu neuen Ersatzanlagen diskriminiert, weil die Befreiung auf eine kürzere Zeit gewährt werde, als es bei Neuanlagen der Fall sei. Das Gericht erkennt zunächst an, dass die beiden Anlagentypen vergleichbar seien und unterschiedlich behandelt würden. Es könne aber legitime Gründe für eine Ungleichbehandlung geben, die weitgehend im Ermessen des Gesetzgebers stünden. Ein solcher Grund sei im vorliegenden Fall gegeben, denn es sei sinnvoll, für den Ersatz von Altanlagen einen besonderen Anreiz zu schaffen.

Der EuGH hatte über eine Vorlagefrage zu entscheiden, nämlich, ob Richtlinie 2003/87 den Gleichheitssatz verletzt, weil die Richtlinie die Stahlindustrie in den Emissionshandel einbezieht, die Chemieindustrie und die Plastik- und Aluminiumindustrie (Nicht-Eisen-Metallindustrie) aber verschont. Der Gerichtshof stellt zunächst ähnlich wie das BVerfG fest, dass die Stahlindustrie einerseits und die Chemieindustrie/Nicht-Eisen-Metallindustrie andererseits vergleichbare Fälle darstellen und rechtlich unterschiedlich behandelt werden. Es könne aber legitime Gründe geben, die die unterschiedliche Behandlung rechtfertigten. Dabei komme dem Gesetzgeber ein erheblicher Gestaltungsspielraum zu. Hinsichtlich der Chemieindustrie sagt der EuGH, sie bestehe aus sehr vielen einzelnen Unternehmen, deren behördliche Administrierung in der ersten, noch probeweisen Phase des neuen Klimaschutzrechts eine Überforderung dargestellt hätte. Hinsichtlich der Nicht-Eisen-Metallindustrie meint er, deren Emissionsbeitrag sei so viel geringer als der der Stahlindustrie, dass sich eine Nichteinbeziehung rechtfertigen lasse.

In kritischer Perspektive ist anzumerken, dass ähnlich wie die Eigentums-garantie auch der Gleichheitssatz von den Gerichten relativ formal gehandhabt wird. Es fehlt ein Durchgang durch den fundamentalen Wandel des zu prüfenden Rechtskonzepts. Bei ordnungsrechtlichen Instrumenten spielt der Gleichheitssatz nur eine geringe Rolle, weil die staatlichen Maßnahmen meist für alle gleichermaßen gelten; Unterschiede gibt es zwar in den Auswirkungen (z.B. weil ein Unternehmen die Auflagen ökonomisch leichter verkraften kann als ein anderes), sie

⁹² BVerfG vom 13. März 2007, BVerfGE 118, 79 ff.

sind aber aus der Unterschiedlichkeit der faktischen Verhältnisse erklärbar und bedürfen, außer in Fällen mittelbarer Diskriminierung, keiner Rechtfertigung. Bei der Zuteilung von Emissionsberechtigungen dreht sich das Verhältnis um. Das Recht muss nun explizit und direkt Unterschiede machen. Dies fordert den Gleichheitssatz in besonderer Weise heraus. Er muss nicht nur Probleme der ungleichen Belastung lösen, sondern auch Probleme der ungleichen Privilegierung. Es wird nicht nur beklagt, dass eine staatliche Maßnahme die Situation verschlechtert, sondern auch, dass man nicht ausreichend privilegiert worden ist. Das mindeste, das in einer solchen Situation verlangt werden muss, ist die Existenz eines Gesamtkonzepts, vor dessen Hintergrund die einzelnen Zuteilungsentscheidungen nachvollziehbar sind.⁹³ Es muss aber auch entschieden werden, ob nur der relative Anteil an der Nutzung der Ressource maßgeblich sein soll oder ob auch Kriterien jenseits dessen zählen, wie etwa die ökonomische Prosperität einer Branche, die Möglichkeit, Lasten an Endkonsumenten durchzureichen, die Bedeutung einer Branche für die Volkswirtschaft etc.

3. Schutzpflichten

Die rechtswissenschaftliche Literatur nimmt den Klimaschutz fast ausschließlich lediglich als potentiellen Eingriff in Grundrechte wahr. Schutzpflichten, zumal in der subjektivierten Form von Rechten auf Klimaschutz, kommen kaum ins Blickfeld.⁹⁴ Allerdings sind solche (subjektivierten) Schutzpflichten im Vergleich zu Grundrechten auch außerhalb des Klimaschutzes wenig entwickelt. Im Bereich der Umweltbeeinträchtigungen beschränken sie sich in Deutschland auf den Schutz von Gesundheit und Eigentum; ein Recht auf Erhaltung der Umwelt wird nicht anerkannt.⁹⁵ Zudem stehen Schutzpflichten durchgängig unter dem Vorbehalt eines besonders weiten Ermessensspielraums der Entscheidungsträger. Gerichte pflegen

⁹³ Vgl. in ordnungsrechtlichem Zusammenhang BVerwG vom 17. Februar 1984, BVerwGE 69, 37, 43 f.

⁹⁴ Siehe z.B. *M. Diehr*, Rechtsschutz im Emissionszertifikate-Handelssystem, 2006; *Mühlbauer* (Anm. 90); *C. Erk*, Die künftige Vereinbarkeit des EEG mit Verfassungs- und Europarecht, 2008. Eine Ausnahme stellt *W. Frenz*, Perspektiven für den Umwelt- und Klimaschutz, EuR Beiheft 1/2009, dar, der aber die verfassungs- und primärrechtlichen Schutzpflichten durch Abwägungsklauseln auf ein Minimum reduziert.

⁹⁵ Vgl. *M. Kloepfer*, Umweltrecht, 3. Aufl. 2004, 130 ff., der zwar immerhin ein Recht auf ein ökologisches Existenzminimum anerkennen will, welches allerdings nicht näher umschrieben wird.

insoweit einen strengen *judicial self restraint*.⁹⁶ Objektiviert Klauseln wie Art. 20a Grundgesetz verweisen auf eine Konkretisierung durch den Gesetzgeber.⁹⁷

Noch bedeutsamer ist jedoch, dass ein wegen mangelnden Klimaschutzes beklagter Mitgliedstaat darauf verweisen könnte, dass die EG die Entscheidung über die mitgliedstaatlichen Quoten und das Instrumentarium weitgehend an sich gezogen hat. Wollte ein Einzelner (z.B. ein Landwirt wegen klimatischer Beeinträchtigung des Landbaus, ein Küstenbewohner wegen Überschwemmung seines Grundstücks, ein Städter wegen Sturmschäden) seinen Staat zu schärferem Klimaschutz zwingen, könnte er national nur auf iSv Art. 176 EGV weitergehende Maßnahmen klagen – ein ziemlich aussichtsloses Unterfangen.

Interessanterweise ist die EU-Ebene reichhaltiger an Schutzpflichten mit Verfassungsstatus als die Ebene der meisten Mitgliedstaaten. Art. 174 EGV⁹⁸ macht vorsorglichen Umweltschutz auf hohem Niveau zu einer materiellen Grundpflicht der EU-Organe und das Integrationsprinzip des Art. 6 EGV erstreckt diese Grundpflicht auf alle Politikbereiche. Dementsprechend könnte man argumentieren, dass das Schutzniveau und die Vorsorge der Ratsentscheidung 2002/358/EG und der Richtlinie 2003/87/EG dem Art. 174 EGV widersprechen oder dass Rechtsakte in anderen Politikbereichen Art. 6 EGV verletzen.

Individuelle Kläger kämen jedoch kaum zum Zuge. Eine Herleitung subjektiver Rechte aus EG-Sekundärrecht würde daran scheitern, dass sie gem. Art. 230 (4) EGV von den angegriffenen Rechtsakten unmittelbar und individuell betroffen sein müssten. Ähnlich verhält es sich mit der Untätigkeitsklage nach Art. 232 (3) EGV. Ein Kläger könnte nur auf Erlass eines an ihn gerichteten Rechtsakts klagen, während er doch Rechtsakte gegen die Verursacher erstrebt. Würden Kläger subjektive Rechte statt aus Sekundärrechtsakten aus den europäischen Grundrechten herleiten wollen, käme immerhin die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art. 8 EMRK in Betracht.⁹⁹ Aber die aus dieser Vorschrift entwickelten umweltbezogenen Grundrechte und Schutzpflichten sind wiederum auf Gesundheit und Sachbesitz (Wohnung) bezogen; sie wurden bisher nicht auf Rechte auf die Erhaltung der Umwelt als solcher erstreckt.

⁹⁶ Siehe z.B. BVerfG vom 14. Januar 1981, BVerfGE 56, 54, 80 f.; BVerfG vom 30. November 1988, BVerfGE 79, 174, 202.

⁹⁷ Vgl. *Kloepfer* (Anm. 95), 123.

⁹⁸ Etwas zurückhaltender formuliert Art. 6 Grundrechtecharta die Verpflichtung zum Umweltschutz.

⁹⁹ EGMR vom 9. Dezember 1994, Nr. 16798/90 (Rdnr. 51), EuGRZ 1995, 530 (533) – *López Ostra v. Spanien*; EGMR (GK) vom 8.7.2003, Nr. 36022/97 (Rdnr. 119), NVwZ 2004, 1465 (1468) – *Hatton u.a. v. Vereinigtes Königreich*.

Auch die internationale Ebene weist Entwicklungen auf, die über den Stand der Verfassungen vieler einzelner Staaten einschließlich Deutschlands hinausgehen. So ist in der FCCC vorsorgender Klimaschutz verbindlich vorgeschrieben, und zwar konkreter die Stabilisierung der Treibhausgaskonzentrationen in der Atmosphäre auf einem Niveau zu erreichen, auf dem eine gefährliche anthropogene Störung des Klimasystems verhindert wird. Es wäre vertretbar zu behaupten, dass das Kyoto-Protokoll die Vorgabe der FCCC verletzt. Nur fehlt es hier erst recht an einer Klagemöglichkeit. Auf internationaler Ebene fehlt es bereits an der Parteifähigkeit der Individuen vor dem IGH. Es wäre wünschenswert, wenn zumindest Verbände den IGH anrufen könnten.

4. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzustellen, dass für die getroffenen Maßnahmen zwar unvollkommene, aber immerhin doch ansatzweise höherrangige Grundrechte und Schutzpflichten bestehen, dass es aber aus verschiedenen Gründen am Zugang der Einzelnen zu Gerichten mangelt: auf nationaler Ebene wegen des geringen Handlungsspielraums, der dieser Ebene verbleibt, auf europäischer Ebene wegen fehlender Klagebefugnis und auf internationaler Ebene noch grundsätzlicher wegen fehlender Parteifähigkeit.

E. Ergebnis

Die Nutzung der internationalen Ebene war für die Lösung des Klimaproblems essentiell. Dieses Problem ist seiner Natur nach eines, das in allen Staaten spürbar und nur durch gemeinsame Anstrengung zu lösen war und bleiben wird. Zwar hätten einzelne Pioniere handeln und andere mitziehen können, doch war die Bereitschaft dafür in einer Situation weltweiter Kostenkonkurrenz kaum vorhanden. Auch die EU als besonders aktiver Spieler war nur bereit, in Gemeinschaft von mindestens 55 Staaten (dem Quorum des In-Kraft-Tretens des Kyoto-Protokolls) voranzugehen. In den Begriffen des politologischen Theoriekanons gesprochen: Es gab einen Problemdruck (funktionalistische Theorie), der einen Prozess der sukzessiven Institutionenbildung in Gang gesetzt hat (institutionalistische Theorie), wobei einige wichtige Spieler wie die USA sich auf Grund (kurzfristig denkender) egoistischer Kosten-Nutzen-Kalküle herausgehalten haben (rational choice-Theorie). Machtpolitik, die den Prozess zu obstruieren versuchte, wie diejenige der Erdöl fördernden Staaten und der traditionell orientierten Industrie, konnten den Prozess nicht wirklich aufhalten (Realismus-Theorie).

Was die internationale Ebene erreicht hat, ist beachtlich: die Etablierung eines Prinzips der gemeinsamen, aber differenzierten Verantwortlichkeit der Staaten (d.h. der vorrangigen Inpflichtnahme der Industriestaaten), die Festlegung der willigen Industriestaaten auf quantifizierte und überprüfbare Reduktionsquoten, der sukzessive Aufbau eines Systems der Einhaltung der Quoten und die (optionale, aber bei Nutzung durchgeregelte) Einführung eines hochinnovativen Instrumentariums – des Emissionshandelssystems. Viele Staaten haben diese Option verwirklicht, und mit besonderer Perfektion die EU.

In abstrakteren Kategorien gesprochen, ist im Klimaschutz eine doppelte Entstaatlichung zu beobachten: die Verlagerung der politischen Entscheidungsprozesse (der „politics“) von den Staaten auf die internationale Ebene, und die Verlagerung der Verhaltenssteuerung (der „policies“) von staatlicher Durchregulierung auf den Markt.

So erfolgreich diese Errungenschaften erscheinen, so fatal ist zugleich ihr Versagen. Das Prinzip der gemeinsamen und differenzierten Verantwortlichkeit wurde nicht wirklich umgesetzt:

- Die Reduktionsquoten waren für den gesetzten Zeitraum von 1997 bis Mitte 2008–2012 (d.h. für 13 Jahre) viel zu anspruchslos, zumal in den Regionen (wie Europa im weitesten Sinn), die sich die Emissionsreduktionen durch den industriellen Zusammenbruch nach 1990 zurechnen konnten.
- Das Instrumentarium – der Emissionshandel – erwies sich (wie hier nachgewiesen) als zugleich ineffektiv und kostspielig. Es war kaum praxiserprobt und wurde dennoch in einem hochgradig fehleranfälligen Politikfeld eingesetzt. Es hat bisher versagt. Das Instrumentarium ist aber verbesserungsfähig. Weil die Festsetzung des „cap“ für Emissionen immer ein politischer Kompromiss sein wird, ist es notwendig, den darauf aufbauenden „trade“ mit Emissionsrechten in einen strengen regulativen Rahmen zu binden, der darauf hinwirkt, dass der kompromisshaft erreichte „cap“ noch unterschritten wird.

Insgesamt ergab sich eine Asynchronität im Verhältnis zwischen dem staatlich-gesellschaftlichen Handeln und der Natur: Langsamkeit des internationalen Mechanismus und bedrohlich-beharrliches Fortschreiten des tatsächlichen Klimawandels.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Über den Tatbestand, dass Verzögerungen umso größere Anstrengungen – und Kosten – verursachen, siehe Wissenschaftlicher Beirat der Bundesregierung Globale Umweltveränderungen (Hrsg.), Kassensturz für den Weltklimavertrag – Der Budgetansatz. Sondergutachten, 2009, 15. Über Inkonsistenzen zeitlicher Entwicklungen siehe allgemein G. Winter, Asynchronien von Gesellschaft, Natur und Recht, GAIA 1/2005, 47–56.

Angesichts dieses Befundes stellt sich die Frage, welche Rolle dabei das Recht gespielt hat und spielt. Zunächst ist das Recht omnipräsent als Gestaltungsmittel: Es trägt die gefundenen Kompromisse als internationaler Vertrag und es setzt sie um als Gesetze, untergesetzliche Normen, Verwaltungsakte und Verträge. Wie aber steht es mit der Beurteilung des Systems am Maßstab grundlegenderer Normen des nationalen, europäischen und internationalen Verfassungsrechts, und insbesondere an den Maßstäben der Demokratie und Grundrechtsbeachtung. Weisen sie darauf hin, dass die gefundene Lösung unzureichend ist? Geht von ihnen ein Druck auf Verbesserung aus? Oder müssen sie selbst umgebaut werden, um der neuen Konfiguration Rechnung zu tragen?

Im Hinblick auf die Demokratieforderung wurde dargelegt, dass eine Rückbindung an Wahlakte der Einzelnen nur in einem fiktiven Sinn möglich ist und dass dies unvermeidlich ist, wenn man den internationalen Prozess beschleunigen will. Vielmehr ist nach anderen Legitimationsmechanismen zu suchen, die einen unmittelbareren Kontakt zu den Interessenten und Betroffenen herstellen. Zu solchen Legitimationsmechanismen gehört insbesondere der weltweite Prozess der Erkenntnisgewinnung durch eine Vielfalt vernetzter Wissenschaftler und Akteure, zunächst des IPCC, daneben die Einwirkung der Verbände der Zivilgesellschaft auf den jeweiligen internationalen Verhandlungsprozess. Lässt sich die verfassungsrechtliche Diskussion auf solche funktionalen Äquivalente ein, wird sie auch eher in der Lage sein, aus der „Entweder-Oder“-Haltung – Ablehnung des autopoietischen Prozesses in toto oder dithyrambische Zustimmung zu ihm – herauszukommen und differenziertere Lösungen zu entwickeln, die den nationalen parlamentarischen Prozess konstruktiv einbaut und ihm eine last resort-Zuständigkeit belässt.

Im Hinblick auf die Beachtung von Grundrechten gibt der Klimaschutz zunächst Anlass, eine neue Problemsituation zu erkennen, mit der die Grundrechte bisher kaum konfrontiert waren, nämlich der Kontingentierung eines knappen Gutes, das traditionell – in bestimmten Grenzen – frei nutzbar ist. Die grundrechtlich geschützte Tätigkeit (hier: die Inanspruchnahme der Absorptionskapazität der Atmosphäre) ist nicht mehr grundsätzlich frei und „sekundär“ staatlichen Grenzen ausgesetzt, sondern sie ist eine vom Gemeinwesen gewährte Vergünstigung. Dies verändert die Position der Emittenten grundlegend: Eine bisher selbstverständliche Betätigung wird aus dem Schutzbereich des Eigentums entfernt und muss nun erworben werden. Da dabei immense Verteilungsaspekte auftreten (kostenlose Zuteilung, Auktion, Verpreisung) wird im selben Zug der Gleichheitssatz unter neuen Anforderungsdruck gestellt. Paradoxerweise ist all dies für die Betreiber zwar bisher noch nicht dramatisch spürbar geworden, weil das Klimaschutzsystem so anspruchslos angelegt war. Doch wird sich dies in Zukunft ändern. Spätestens dann werden sie Sturm laufen.

Dramatischer spürbar ist die Anspruchslosigkeit des Klimaschutzsystems dagegen für diejenigen Personen und die Naturgüter, die durch den Klimawandel geschädigt werden. Sie haben jedoch schon von der Grundausrüstung der staatlichen Schutzpflichten her wenig Einwirkungschancen. Dies gilt in besonderem Maße für diejenigen, die von Emissionen der Industrieländer betroffen sind, aber außerhalb dieser Länder leben, und für die Naturgüter, die nicht auf die Gesundheit Einzelner radiziert werden können.

Selbst wenn die Grundrechte aber „klimagerecht“ neu gedacht werden, indem in der Interessentenperspektive die Abwehr- und Gleichheitsrechte und in der Betroffenenperspektive die Schutzrechte besser justiert werden, fehlt es doch an den prozessualen Mitteln, diese Rechte geltend zu machen. Die Wege zu Gerichten sind national geprägt, in der EU nur unvollkommen auch europäisch, jedenfalls führen sie nicht vom Individuum zu der internationalen Ebene, auf der die zentralen Entscheidungen fallen. Zwar behalten sich die nationalen und europäischen Gerichte eine Art Einlasskontrolle für internationale Ingerenz vor, doch ist diese dem massiven Lösungsdruck des internationalen Konsenses ausgesetzt und insofern vermutlich ebenso fiktiv wie die demokratische Kontrolle, die an den Parlamenten festhält.

Ähnlich wie die Lösung für das Demokratieproblem ist auch die Lösung für das Grundrechtsproblem verstärkt auf der internationalen Ebene zu suchen. Dazu gehört die Setzung von Grundnormen, die nicht nur Staaten, sondern auch Einzelne, und die nicht nur den Menschen, sondern die Natur selbst schützen. Und dazu gehört die Eröffnung von Rechtsschutzmöglichkeiten für Einzelne und für Repräsentanten der Natur. Gelingt dies, könnte sich die Einlasskontrolle der nationalen und europäischen Gerichte sukzessive auf ein Konzept nach Art der „Solange-Rechtsprechung“ des Bundesverfassungsgerichts einlassen, d.h. ein Konzept, dass den Grundrechten und den Gerichten der höheren Ebene die Normalfälle überlässt und nur bei eklatantem Schutzgefälle selbst eingreift.

Resümierend kann nach allem festgehalten werden: Die Entstaatlichung der „politics“ des Klimaschutzes durch Verlagerung auf die internationale Ebene war essentiell. Die Entstaatlichung in den „policies“ durch Propagierung des Emissionshandels war hochriskant und ist fehlgelaufen. Der neue Anlauf zu Kyoto II kommt spät, aber er kann noch einiges retten. Für eine dauerhaft gesellschafts- und umweltverträgliche Gestalt des Klimaschutzregimes bedarf es einer Neujustierung des Demokratiegebots und des Grundrechtsschutzes in der Art, dass das Potential der Eigenlegitimation der internationalen Ebene gestärkt wird und die nationale Ebene sich auf eine Einlasskontrolle für internationale Ingerenz im Sinne eines last resort einstellt.