

# Finanzielle Instrumente zur Herstellung von Wettbewerbsgleichheit auf hohem Umweltschutzniveau im Luftverkehr

von Prof. Dr. Gerd Winter, Universität Bremen<sup>1</sup>

## *1. Entwicklungsphasen des Luftverkehrs und seines Rechts*

In der ersten Phase seiner Entwicklung galt Luftverkehr als staatlich bereitzustellende Infrastruktur. Die Akteure und Anlagen waren staatswirtschaftlich verfasst, die Slots und Verkehrsrechte waren eine Art Monopolrechte in öffentlicher Hand, mit denen diese die Konkurrenz begrenzte und sich im Tauschwege den Zugang zu anderen Flughäfen und auswärtigem Luftraum erschloss. Daneben trat eine dichte staatliche Wirtschaftsaufsicht im Hinblick auf den Bau von Flughäfen, die Genehmigung von Luftverkehrsunternehmen, die Zulassung von Luftfahrzeugen, die Genehmigung von Fluglinien, die Tarifgenehmigung, die Flugsicherung etc.

Partiell wurden diese Ansätze auf der Ebene des internationalen Rechts unterstützt, wobei jedoch Neutralität im Hinblick auf die Frage staatlicher oder marktlicher Formen herrschte. Mit dem Chicagoer Abkommen von 1944 wurde eine multilaterale Organisation, die International Civil Aviation Organisation (ICAO), gegründet, die auf die Vereinheitlichung der technischen Anforderungen an Flugzeuge, der Luftverkehrsregeln und der Zollbestimmungen hinarbeitete.<sup>2</sup> Die Vergabe von Verkehrsrechten wurde dagegen bilateralen zwischenstaatlichen Vereinbarungen überlassen.<sup>3</sup> Der Tarifgestaltung nahm sich ein Großkartell der Luftfahrtunternehmen, die International Air Transport Association (IATA) an.

In der zweiten Phase, einer Zeit der Deregulierung und des Wettbewerbs, wurde vor allem die EWG aktiv, die sich vorher weitgehend zurückgehalten hatte. Zunächst gerieten die Mitgliedstaaten unter den Druck des Wettbewerbsrechts des EWGV (Art. 85 ff.), dessen Anwendbarkeit auf den Luftverkehr der EuGH im Urteil "Nouvelles

---

<sup>1</sup> Der Artikel geht auf meinen Beitrag zu einem Forschungsvorhaben über „Maßnahmen zur verursacherbezogenen Schadstoffreduzierung des zivilen Flugverkehrs“ zurück, das im Auftrag des Umweltbundesamts und unter Federführung des TÜV Rheinland durchgeführt wurde. Ich danke *Andreas Pastowski* vom Wuppertal Institut für Klima, Umwelt, Energie und Rechtsref. *Caroline Winter* für Vorarbeiten.

<sup>2</sup> Abkommen über die Internationale Zivilluftfahrt v. 7. Dezember 1944, BGBl. 1956 II S. 411. S. dort Art. 1 (nationale Lufthoheit), Art. 6 (nationale Verfügung über den internationalen planmäßigen Fluglinienverkehr) und Art. 7 (nationale Verfügung über Beförderung zwischen nationalen Orten [Kabotage]).

<sup>3</sup> Als Beispiel s. das Abkommen zwischen der BRD und Großbritannien v. 22. Juli 1955, BGBl. 1956 II S. 1071, dort Art. 2 zu den Verkehrsrechten und Art. 7 zu den Flugtarifen.

Frontières"<sup>4</sup> bejaht hatte. Der eigentliche Umbau erfolgte aber über drei sekundärrechtliche Maßnahmepakete von 1987, 1990 und 1992/3, die insbesondere die Tarife liberalisierten, Konkurrenten Zugang zu slots verschafften und allen Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft die volle Freiheit für Strecken in der Gemeinschaft sicherten. Verbunden damit war ein sukzessiver Rückzug der öffentlichen Hände aus Flughafen- und Luftfahrtgesellschaften. Weitere Schritte gehen in Richtung auf eine Privatisierung früherer Verwaltungsfunktionen wie der Flugplankoordinierung und Flugsicherung.

Die beschriebenen Phasen hatten, wie gesagt, dasselbe Ziel, nämlich den Ausbau und die Verbesserung der Luftverkehrsdienstleistungen, nur verfolgten sie es mit unterschiedlichen Mitteln. Es besteht kein Zweifel, dass das Ziel in fulminanter Weise erreicht worden ist, und zwar vor allem in der zweiten Phase, die auf Wettbewerb setzte.<sup>5</sup> Mängel, die die Europäische Kommission dennoch weiterhin sieht und derentwegen sie eine neue dritte Phase einleiten möchte, haben vorwiegend mit noch fortbestehenden Wettbewerbsverzerrungen zu tun: Die Bilateralität der Luftverkehrsabkommen zwischen Mitgliedstaaten und Drittstaaten führte dazu, dass zwar Drittlandsunternehmen inzwischen von sehr vielen europäischen Flughäfen Drittlandsflüge starten können, die europäischen Unternehmen solche Flüge jeweils aber nur von ihrem Heimatstaat aus durchführen können. Die Kommission möchte den Verkehr auch insoweit liberalisieren und strebt ein entsprechendes Verhandlungsmandat für den Abschluss von Abkommen für das ganze Gemeinschaftsgebiet an.<sup>6</sup> Skeptisch betrachtet sie auch die Tendenz zu globalen strategischen Allianzen, die über ein Code-sharing zur besseren Auslastung von Flügen beitragen.<sup>7</sup> Sie befürchtet, dass die Vorteile den Kunden nicht weitergereicht werden könnten.

Es bleiben jedoch noch Wettbewerbsverzerrungen bestehen, die der Bearbeitung harren. Es sind dies insbesondere staatliche direkte und indirekte Subventionen für Flughäfen, Luftfahrzeuge und Luftverkehrsdienstleistungen, die den Luftverkehr gegenüber anderen Verkehrsträgern begünstigen. Hinzukommen Vergünstigungen dadurch, dass der Luftverkehr weitgehend von der Tragung der sozialen Kosten freigestellt ist, die er an der Umwelt verursacht. Denn der enorme Wachstumserfolg der beiden ersten Phasen ging auf Kosten der Umwelt, in Gestalt von Flächenverbrauch für Flughäfen, von Lärm für die Anwohner, von Schadstoffbelastung des Bodens und der Luft im Flughafenbereich und von Störungen der Physik und klimatischen Abläufe in der Atmosphäre und Stratosphäre.<sup>8</sup>

<sup>4</sup> Rs. 209 bis 213/84, Slg. 1986, 1425 ff.

<sup>5</sup> Vgl. die Bewertung durch die Kommission in ihrer Mitteilung „Der Luftverkehr in der Gemeinschaft: vom Binnenmarkt zur weltweiten Herausforderung, Kom(1999) 182 endg. v. 20. Mai 1999. S. vorher schon den verhalteneren Erfolgsbericht in der Mitteilung der Kommission „Auswirkungen des dritten Pakets von Maßnahmen zur Liberalisierung des Luftverkehrs“, Kom(96) 514 endg.

<sup>6</sup> Kom(1999) 182 endg. S. 18 f.

<sup>7</sup> Kom(1999) 182 endg. S. 17 f.

<sup>8</sup> S. hierzu den Überblick m. w. N. von G. Winter, Luftverkehr: ein Stiefkind des Umweltschutzes? In: Umwelt und Verkehr, 11. Trierer Kolloquium zum Umwelt- und Technikrecht

Es gab zwar auch rechtliche Vorkehrungen zum Schutz der Umwelt. Im Vordergrund standen zunächst die durch Flugplätze bedingten Natureingriffe und Lärmimmissionen. Einerseits wurde über die planungsrechtlichen Vorschriften des Luftverkehrsgesetzes und des Fluglärmsgesetzes versucht, die konfligierenden Bodennutzungen kompatibel zu machen.<sup>9</sup> Andererseits wurden die Luftfahrzeuge technischen Anforderungen der Schallemissionsbegrenzung unterworfen. Dies geschah auch auf Initiative der ICAO hin, die in Annex 16 vol. I zum Chicagoer Abkommen ab 1971 in mehreren Schritten Regeln zur Geräuschreduktion am Fluggerät aufstellte.<sup>10</sup>

Die Abgasemissionen traten dagegen erst später ins Bewusstsein. Noch heute nimmt § 2 Luftverkehrsgesetz für die Zulassung von Luftfahrzeugen nur die Lärmentstehung, dagegen nicht die Abgasemissionen in Bezug.<sup>11</sup> Die ICAO begann 1981 damit, in Annex 16 vol. 2 abgasbezogene Regeln aufzustellen. Von den hier relevanten Abgasen wurden sukzessive CO und NO<sub>x</sub> erfasst.<sup>12</sup> Die Grenzwerte für NO<sub>x</sub> wurden 1993 um 20 % gesenkt und im März 1999 noch einmal um 16 % (für neue Maschinen ab 2003).<sup>13</sup> Nicht geregelt wurden dagegen Emissionen von Kohlenstoffdioxid und von Wasserdampf, mit der Begründung, sie seien unvermeidbar.<sup>14</sup>

Diese vorwiegend planerischen und technikorientierten Rechtsinstrumente haben jedoch an dem hohen und steigenden Niveau des Flächenverbrauchs und der Abgasemissionen nichts ändern können. Der auch sonst bekannte Teufelskreis, dass der auf die Optimierung der einzelnen Anlage zielende Eingriff durch Mengeneffekte überholt wird, hat auch im Luftverkehr gewirkt.<sup>15</sup>

Zusammenfassend ist die Lage dadurch gekennzeichnet, dass Wettbewerbsmängel und Umweltschäden ein Stück Wegs gemeinsam gehen. Unter Reformgesichtspunkten be-

vom 13. - 15. September 1995, 1996, 107-128; ders., On Integration of Environmental Protection into Air Transport Law, in: Air and Space Law 1996, 132 ff.

<sup>9</sup> Vgl. Luftverkehrsgesetz von 1922, i.d.F. v. 27.3.1999, BGBl. 1999 I S. 551, §§ 6-19; Fluglärmschutzgesetz v. 30. März 1971, BGBl. 1971 I S. 282.

<sup>10</sup> The Convention on International Civil Aviation, Annexes 1 to 18...the first 46 Years, ICAO 1990, S. 36 f.

<sup>11</sup> § 2 Abs. 1 Nr. 4 verlangt als Voraussetzung der Zulassung, daß „die technische Ausrüstung des Luftfahrzeugs so gestaltet ist, daß das durch seinen Betrieb entstehende Geräusch das nach dem jeweiligen Stand der Technik unvermeidbare Maß nicht übersteigt“. Auch die Ermächtigungsgrundlage für Verordnungen zu Bau, Ausrüstung und Betrieb von Luftfahrzeugen, § 32 Abs. 4 LuftVG, erwähnt Energieeinsparung und Abgasvermeidung nicht als Regelungsziele. Sie werden allein den ICAO-Normen überlassen, die nach § 32 Abs. 3 Satz 1 LuftVG in nationale Rechtsverordnungen transponiert werden. Immerhin taucht „eine dem jeweiligen Stand der Technik entsprechende Umweltverträglichkeit“ in § 2 Abs. 1 Nr. 5 der Bauordnung für Luftfahrtgerät v. 16. August 1974, BGBl. I S. 2058, zul. geänd. am 3. August 1998, BGBl. I, S. 2010, auf.

<sup>12</sup> The Convention..., S. 37 f.

<sup>13</sup> ICAO Update March 1999, www.icao.int.

<sup>14</sup> Interim Report of the Committee on Aviation Environmental Protection v. 16. Februar 1995, presented to the 144th ICAO Council Session, Nr. 3.2.3.

<sup>15</sup> So auch die Mitteilung der Europäischen Kommission „Luftverkehr und Umwelt: Wege zu einer nachhaltigen Entwicklung“, Kom(1999) 640 endg., S. 6.

deutet dies, dass ein weiterer Abbau von Wettbewerbsvorteilen zugleich auch wachstumsbremsend und damit umweltschonend wirken würde. Aber aus Umweltschutzperspektive könnte es mit dem bloßen Abbau von Wettbewerbsverzerrungen kein Bewenden haben. Denn die Preiswahrheit ist nicht schon dann erreicht, wenn gleiche Wettbewerbsbedingungen hergestellt sind, sondern erst dann, wenn auch die sozialen Kosten im Preis abgebildet werden. Dies ist nur erreichbar, wenn zum Abbau von Subventionen noch eine Abgabe auf die Schadstoffemissionen hinzukommt, sei es in Form einer entsprechend angehobenen Kerosinsteuer, sei es in Form einer besonderen Emissionsabgabe.

Hieraus ergibt sich die weitere Untersuchung: Zu fragen ist, welche direkten oder indirekten Subventionen für den Luftverkehr noch bestehen, die abgebaut werden könnten, und weiterhin, ob eine Kerosinsteuer mit Umweltschutzkomponente oder eine Emissionsabgabe zulässig wären.

## *II. Abbau direkter und indirekter Subventionen*

### *1. Subventionen für Fluggesellschaften*

Beihilfen der Mitgliedstaaten an Fluggesellschaften bedürfen der Genehmigung durch die Europäische Kommission. Nach den von der Kommission festgelegten Kriterien sind Beihilfen nur zulässig, wenn sie Bestandteil einer Umstrukturierung sind, die das Unternehmen in Stand setzt, ohne Beihilfe zu arbeiten.<sup>16</sup> Nach diesen Kriterien wurden für sieben Luftverkehrsunternehmen, die wegen ineffizienter Flottenstruktur, unrentabler Strecken, hoher Lohnkosten u.a. unrentabel geworden waren, staatliche Beihilfen genehmigt.<sup>17</sup>

Neben direkten stehen indirekte Subventionen. Nach § 8 (2) UStG sind von der Umsatzsteuer freigestellt Umsätze aus Lieferungen, Umbauten, Instandsetzungen, Wartungen, Vercharterungen und Vermietungen von Luftfahrzeugen solcher Unternehmen, die überwiegend grenzüberschreitenden oder ausländischen Beförderungsverkehr betreiben, einschließlich Ausrüstungsgegenstände, Versorgungsgegenstände und Leistungen für den Bedarf der Luftfahrzeuge.

### *2. Subventionen für Flughäfen*

Viele Landesregierungen unterstützen aus regionalpolitischen Gründen den Bau oder Ausbau von Flughäfen.<sup>18</sup> Damit treten sie untereinander in Subventionskonkurrenz.

<sup>16</sup> S. dazu die Leitlinien der Kommission für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf die Zivilluftfahrt, Nov.1994.

<sup>17</sup> Mitteilung der Kommission „Der Luftverkehr in der Gemeinschaft: vom Binnenmarkt zur weltweiten Herausforderung“, Kom(1999) 182 endg., S. 34 ff. S. auch Comité des sages for air transport in the european community, Expanding Horizons, Jan. 94, S.21.

<sup>18</sup> Da dies über unterschiedlichste Haushaltstitel geschieht, sind in den Subventionsberichten der Länder die hier genannten Subventionen nicht aufgeführt. Nur einige Beispiele seien genannt, die das Wuppertal Institut für Klima, Umwelt, Energie in einem nicht veröffentlichten Bericht zusammengestellt hat: Der Bau des neuen Münchener Flughafens wurde von den Gesellschaftern Stadt München und Freistaat Bayern bezahlt. 1993 waren in der Bilanz des Flughafens

Die für eine Abstimmung an sich geeignete Bundesverkehrswegeplanung ist bisher nicht in der Lage gewesen, die Ausbaupläne sinnvoll aufeinander abzustimmen. Zum Beispiel verfolgen Nordrhein-Westfalen, Bayern und Berlin gleichzeitig den Plan, neben Frankfurt ein zweites internationales Drehkreuz einzurichten. Der Bund hat seine koordinierenden Möglichkeiten dadurch geschwächt, dass er die Luftverkehrsverwaltung, die nach Art. 87d GG an sich bundeseigene Verwaltung ist, den Ländern als Auftragsangelegenheit übertragen hat.

Eine Kontrolle durch die Europäische Kommission fehlt, weil Flughäfen als Infrastrukturmaßnahmen in öffentlicher Hand nicht zum Anwendungsbereich der Beihilferegeln gehören. Mit Zunahme von Privatisierung und Kommerzialisierung einer sich herausbildenden „Flughafenwirtschaft“ wird jedoch eine Neuorientierung erforderlich werden.

Eine gewisse planerische Steuerung erfolgt zur Zeit nur über rechtlich unverbindliche Empfehlungen. So hat das Comité des Sages eine Ausrichtung der Infrastrukturverbesserungen nach europäischen statt allein regionalen Interessen gefordert.<sup>19</sup> Ganz im Gegensatz dazu werden Ausbaumaßnahmen von Flughäfen im benachbarten Ausland heute noch als Argumente für weiteren Ausbau angeführt.

### 3. Subventionen für die Luftfahrttechnik

Von 1963 bis 1989 wurden rd. 7,4 Mrd. DM für die Förderung des zivilen Flugzeug- und Triebwerksbaus ausgegeben. Von 1990 bis 1996 wurden hierfür weitere 4,9 Mrd. DM aus dem Bundeshaushalt bereitgestellt. Dies entspricht einer Förderung von

---

fens 2,49 Mrd. "bedingt rückzahlbare Gesellschafterdarlehen" ausgewiesen. Dieser Posten erhöhte sich von 1992 auf 1993 um 350 Mio. DM laufende Betriebsverluste. Der Berlin Schönefeld Flughafen GmbH 332,2 Mio. DM wurden im 1993 Forderungen von der Berlin Brandenburg Flughafen Holding GmbH erlassen. Die Gesellschafter der Holding sind die Stadt Berlin, das Land Brandenburg und die Bundesrepublik Deutschland. Zugunsten der Flughafen Frankfurt/Main AG wurden 1994 400 Mio. DM unverzinsliche Aktionärsdarlehen in Eigenkapital umgewandelt. Die Zahlung der Gesellschafter des Flughafens Frankfurt/Main aus dem Jahre 1994 ermöglichte dem Flughafen, verglichen mit einem gleichhohen Kredit (6% Verzinsung, 20-jährige Tilgung), eine Angebotsverbilligung von ca. 2 DM pro Passagier. Von geplanten Ausbaumaßnahmen der Flugplätze in NRW in Höhe von 52,7 Mio. DM sieht das mittelfristige Investitionsprogramm der Landesregierung 33,6 Mio. DM an Förderung vor. Dies entspricht einer Förderquote von 64%. Den Bau des bestehenden Terminals des Flughafens Köln/Bonn bezuschussten die großen Gesellschafter Stadt Köln, Land NRW und die Bundesrepublik Deutschland bis 1972 mit 146 Mio. DM. Weitere 112 Mio. DM Darlehen wurden 1993 auf Bitte der Betreibergesellschaft einer Rücklage zugeführt. Die Stadt Köln tilgt weiterhin für den Flughafen ein Darlehen in Höhe von 58,7 Mio. DM. Der zugrundeliegende Finanzierungsvertrag ist nicht öffentlich zugänglich, da es sich um einen privatwirtschaftlichen Vertrag der Stadt Köln mit dem Flughafen handelt. Für den Terminalneubau des Flughafens Münster/Osnabrück stellte das Land NRW 1995 65 Mio. DM aus dem Strukturhilfefond des Bundes zur Verfügung. Die verbleibenden 35 Mio. trugen die Gesellschafter des Flughafens (97% öffentliche Körperschaften).

<sup>19</sup> Comité des sages for air transport in the european community, Expanding Horizons, Jan. 94, S.24.

243.000 DM pro Arbeitskraft in der Luft und Raumfahrtindustrie. Der Gesamtumfang der Förderung betrug damit 12,26 Mrd. DM.<sup>20</sup>

1996 lief das Förderprogramm für die Produktion des Airbus aus. Zukünftige geplante Subventionen dienen jetzt dem Zweck, eine eigene europäische Fertigung für zivile Großflugzeuge aufzubauen. Begründet wurden die Subventionen ursprünglich damit, dass auch die Konkurrenten aus den USA Subventionen erhalten. Hierbei sollte es sich um Quersubventionen über Beschaffungs- und Entwicklungsprogramme aus dem militärischen Bereich handeln. Seit dem Rückgang des Dollarkurses wurden die Subventionen damit begründet, dass durch die Zahlungen Wechselkursschwankungen ausgeglichen werden und die europäischen Produzenten so den amerikanischen gleichgestellt werden. Dieser Grund dürfte sich mit dem Fall des Eurokurses erledigt haben.

#### 4. Subventionen für Flugreisen

Die *Bonusmeilen* aus den Vielfliegerprogrammen verschaffen dem Reisenden einen geldwerten privaten Vorteil, auch wenn das Ticket von dritter Seite, insbesondere als Geschäftsreise, bezahlt wird. Dies stellt einen zusätzlichen Anreiz dar, mit dem Flugzeug zu reisen. Zudem muss dieser Vorteil erst bei einem Wert des Tickets von mehr als DM 2400,- versteuert werden. Zum Vergleich: die private Mitbenutzung eines Geschäftswagens muss ohne Minimalschwelle als geldwerter Vorteil versteuert werden.

Reiseleistungen eines Reiseveranstalters sind nach § 25 Abs.1 und Abs. 2 Nr. 2 UStG von der Umsatzsteuer befreit, wenn sie mit grenzüberschreitenden oder ausschließlich im Ausland erbrachten Beförderungen mit Luftfahrzeugen als Reisevorleistungen verbunden sind. Dadurch werden Luftverkehrsreisen im Vergleich zu anderen Reisen begünstigt.

#### 5. De facto-Freistellung von Kurzflügen vom Rabattverbot

Ein mögliches Objekt für rabattrechtliche Eingriffe sind die Kurzflüge bis zu 500 km, die immerhin etwa ein Drittel der Schadstoffemissionen aus dem Flugverkehr im Gebiet der BRD verursachen<sup>21</sup> und ohne größere Einbußen an Bequemlichkeit durch Bahnreisen ersetzt werden könnten. Das Rabattrecht könnte herangezogen werden, um wettbewerbsverzerrende Verbilligungen solcher Flüge zu unterbinden. Merkwürdigerweise fehlt es in Rechtsprechung und Literatur jedoch an einer Erörterung dieser Frage. Die in Betracht kommenden Konkurrenten - einerseits die Deutsche Bahn AG als Anbieter eines alternativen Produkts, andererseits die kleinen Fluggesellschaften als Anbieter desselben Produkts - scheinen diesen Hebel nicht benutzt zu haben. Desgleichen sind anscheinend auch keine rabattrechtlichen Bußgeldverfahren betrieben worden. Ganz abwegig ist es jedoch nicht zu prüfen, ob verbilligte Zubringerflüge einen Rabattverstoß enthalten.

<sup>20</sup> Fünfzehnter Subventionsbericht, BT-Drucksache 13/2230 vom 1. September 1995.

<sup>21</sup> So die Berechnungen des in Fn. 1 erwähnten Gutachtens. Setzt man die NO<sub>x</sub>- und CO<sub>2</sub>-Emissionen aus sämtlichen Flügen über deutschem Territorium pro Jahr (einschließlich Überflüge) gleich 100 und teilt man die Emissionen nach Distanzklassen ein, so ergibt sich, dass auf die Distanzklasse bis 500 km nicht weniger als 35% der NO<sub>x</sub>- und 30% der CO<sub>2</sub>-Emissionen entfallen.

Zweck des Rabattgesetzes ist es, den Preisnachlass als Mittel des Wettbewerbs in wirtschaftlichen Grenzen zu halten; außerdem werden die Preiswahrheit und die Preisklarheit geschützt. § 1 des Gesetzes lautet:

„(1) Werden im geschäftlichen Verkehr Waren des täglichen Bedarfs im Einzelverkauf an den letzten Verbraucher veräußert oder gewerbliche Leistungen des täglichen Bedarfs für den letzten Verbraucher ausgeführt, so dürfen zu Zwecken des Wettbewerbs Preisnachlässe (Rabatte) nur nach Maßgabe der nachfolgenden Vorschriften angekündigt oder gewährt werden.

(2) Als Preisnachlässe im Sinne dieses Gesetzes gelten Nachlässe von den Preisen, die der Unternehmer ankündigt oder allgemein fordert, oder Sonderpreise, die wegen der Zugehörigkeit zu bestimmten Verbraucherkreisen, Berufen, Vereinen oder Gesellschaften eingeräumt werden.“

Preisnachlässe sind nach § 2 nur als Barzahlungsnachlässe (bis zur Höhe von 3 %) oder nach §§ 7 und 8 als Mengennachlässe für größere Mengen einer Ware oder mehrere gewerbliche Leistungen oder für eine gewerbliche Leistung größeren Umfangs zulässig.

„Geschäftlicher Verkehr“ iSd. § 1 Abs.1 RabattG ist jedes Verhalten, das auf die Erfüllung eines beliebigen eigenen Geschäftszwecks gerichtet ist und sich auf den Markt auswirkt. Das Anbieten von billigen Zubringerflügen soll eine Fluglinie attraktiver machen und beeinflusst das Marktverhalten. Nach § 1 Abs. 1 RabattG werden Waren und gewerbliche Leistungen erfasst. Flüge gehören dem Transportgewerbe an und sind gewerbliche Leistungen. Schließlich müssen die gewerblichen Leistungen solche des täglichen Bedarfs sein. Dies ist der Fall, weil das Reisen heute keine Luxusbeschäftigung mehr ist.

Zu dem beteiligten Personenkreis gehören der Letztverbraucher, also der Kunde als Leistungsempfänger, und der Unternehmer, also die Fluggesellschaft. Außerdem muss eine Unternehmeridentität bestehen, d.h., der Verkäufer muss zugleich Rabattgewährender sein. Das Reisebüro scheidet als möglicher separater Verkäufer aus, da es nur der Handelsvertreter der Fluggesellschaft ist. Diese ist damit gleichzeitig Verkäufer und diejenige, die den Rabatt gewährt.

Ein „Preisnachlass“ ist auf zweierlei Weise definiert: Zum einen besteht er in der Differenz zwischen dem von dem Unternehmer angekündigten oder von ihm allgemein geforderten Preis und dem Ausnahmepreis. Dieser Fall könnte hier vorliegen, weil die Anbieter von Zubringerflügen für die Kurzflüge allgemein nur die Normalpreise ankündigen und die Verbilligung der Zubringerflüge nur im individuellen Kundengeschäft anbieten. Selbst wenn die Verbilligung aber angekündigt würde, könnte noch der Tatbestand des Sonderpreises, der wegen der Zugehörigkeit zu bestimmten Verbraucherkreisen etc. gewährt wird, vorliegen. Zweck der rabattrechtlichen Erfassung von Sonderpreisen ist es, eine diskriminierende Behandlung der nicht begünstigten Verbraucherkreise zu verhindern.<sup>22</sup> Ein diskriminierender Sonderpreis in diesem Sinne könnte hier darin gesehen werden, dass die Verbilligung nur denjenigen Reisenden gewährt wird, die einen Weiterflug buchen.

<sup>22</sup> *Baumbach/Hefermehl*, Rabattgesetz § 1 Rdnr. 24

Ein Sonderpreis wird allerdings dann verneint, wenn Leistungen unterschiedlicher Art zu einem einheitlichen Angebot zusammengefasst und nur mit einem Gesamtpreis angeboten werden.<sup>23</sup> Eine solche Verkaufseinheit könnte in dem Gesamtpaket Haupt-/Zubringerflug zu sehen sein. Nun werden auf den Flugscheinen aber die Preise für den Zubringer- und den Weiterflug getrennt ausgewiesen. Deshalb liegt keine Verkaufseinheit vor.

Im Ergebnis ist es also durchaus vertretbar anzunehmen, dass die Verbilligung von Zubringerflügen, soweit sie über 3 % des Normalpreises hinausgeht, aus rabattrechtlichen Gründen unzulässig ist. Dabei ist freilich einzuräumen, dass das Rabattrecht mit seinem rein auf Wettbewerb und Verbraucherschutz gerichteten Ansatz im Grunde nicht das geeignete Instrument ist. Denn einerseits ist es neutral gegenüber der Frage, ob die Flugpreise hoch oder niedrig sind (sie müssen nur gleichmäßig sein), und andererseits steht es insgesamt als Instrument des Wettbewerbs in der Kritik.<sup>24</sup> Das schließt es jedoch nicht aus, *de lege ferenda* Regelungen der Preisgestaltung auszudenken, die neben dem Konkurrenten- und Verbraucherschutz auch den Umweltschutz zum Ziel haben. Denkbar wäre auch eine entsprechende Initiative auf EG-Ebene.

### III. Einführung einer Kerosinsteuer

In Deutschland ist Kerosin gem. § 4 (1)(2) MinÖlStG von der Mineralölsteuer befreit. Dies gilt auch für den Ökosteueranteil der Mineralölsteuer. Darin liegt eine erhebliche Privilegierung des Luftverkehrs gegenüber dem Straßenverkehr. Zwar fehlt es im Luftverkehr, abgesehen vom Flughafenbau, an der Notwendigkeit, Verkehrswege zu errichten. Aber die Mineralölsteuer ist zunächst staatliche Einnahmequelle und wird nicht spezifisch für den Straßenbau erhoben. Auch hat sie eine Umweltschutzkomponente, die für den Luftverkehr gleichermaßen angebracht ist. Im folgenden soll geprüft werden, ob es verfassungs-, gemeinschafts- oder völkerrechtliche Hindernisse gibt, die Steuerbefreiung für Kerosin aufzuheben.

#### 1. Vereinbarkeit mit deutschem Verfassungsrecht

Würde die Kerosinsteuer in deutschem Alleingang eingeführt, müsste sie die abgabenrechtlichen Anforderungen des Grundgesetzes erfüllen.<sup>25</sup> Für die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit ist zunächst eine Einordnung der Kerosinsteuer in die verfassungsrechtlich anerkannten Abgabentypen - Steuern, Sonderabgaben und Gebühren - erforderlich. In Betracht kommt selbstverständlich primär, dass die Kerosin"steuer" eine Steuer im Rechtssinne ist.

Die Steuer ist dadurch charakterisiert, dass der Zweck für die Abgabenerhebung nicht im Ausgleich für eine Gegenleistung der öffentlichen Hand zugunsten des Abgaben-

<sup>23</sup> *Baumbach/Hefermehl*, Rabattgesetz § 1 Rdnr. 32

<sup>24</sup> Vgl. *Baumbach/Hefermehl*, Rabattgesetz, Vorbem. Rdnr. 9.

<sup>25</sup> Bei Einführung durch Gemeinschaftsrecht wären diese Anforderungen nicht maßgeblich, weil sie finanzverfassungsrechtlich, nicht grundrechtlich fundiert sind. Deshalb kommt die Möglichkeit einer Grundrechtskonkurrenz zwischen nationaler und europäischer Ebene nicht in Betracht.

schuldners, sondern abstrakt in der Einnahmeerzielung besteht.<sup>26</sup> Sie kann neben der Finanzierungsfunktion auch Lenkungsfunktion haben<sup>27</sup>, wobei die erstere aber das Hauptanliegen bleiben muss:

„Nur wenn die steuerliche Lenkung nach Gewicht und Auswirkung einer verbindlichen Verhaltensregel nahe kommt, die Finanzfunktion der Steuer also durch eine Verwaltungsfunktion mit Verbotscharakter verdrängt wird, bietet die Besteuerungskompetenz keine ausreichende Rechtsgrundlage (...). Gleiches gilt, wenn das Aufkommen nicht zur Finanzierung von Gemeinlasten verwendet werden soll“<sup>28</sup>

Die Kerosinsteuer ist also auch dann Steuer im Rechtssinn, wenn sie neben der Einnahmeerzielung auch die Verursachung von Umweltbelastungen im Blick hat und das Verbraucherverhalten beeinflussen will.

Soweit es die Zulässigkeit dieser Steuer angeht, muss eine kompetenzrechtliche Basis für den Bund vorliegen. Der Bund besitzt nach Art. 105 Abs. 2 GG die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für Steuern. Vom Typus her würde es sich bei der Kerosinsteuer um eine überörtliche Verbrauchssteuer handeln. Deren Aufkommen steht nach Art. 106 Abs. 1 Nr. 2 GG dem Bund zu.

Man könnte noch erwägen, ob es eine Rolle spielt, dass die Mineralölsteuer ja zu einem großen Teil zur Finanzierung von Straßen dient, während Luftstraßen keine Kosten verursachen und Flughäfen aus Start- und Landegebühen u. ä. finanziert werden. Der spezifische Verwendungszweck bei der Mineralölsteuer ist jedoch für deren Steuereigenschaft eher hinderlich (es wäre nicht abwegig, sie insoweit als Gebühr aufzufassen) und nicht etwa konstitutiv. Finanzverfassungsrechtlich wäre die Erhebung einer Steuer ohne spezifischen Verwendungszweck also gerade systemkonform. Eine unzulässige Ungleichbehandlung ist auch deshalb zu verneinen, weil der Sachzweck der Kerosinsteuer, soweit er besteht, auf die Lenkung des Verbraucherverhaltens bezogen ist. Der gleiche Sachzweck ist aber durchaus auch in der Mineralölsteuer enthalten, denn auch sie soll den Verbrauch beeinflussen.

Zusammenfassend bestehen also keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine Kerosinsteuer.

## 2. Vereinbarkeit mit Gemeinschaftsrecht

Eine Kerosinsteuer im nationalen Alleingang müsste weiterhin mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sein. Heranzuziehen ist vor allem die *Richtlinie 92/81/EWG*.<sup>29</sup> Nach Art. 8 Abs. 1 lit. b dieser Richtlinie ist der gewerbliche Flugzeugverkehr von Verbrauchssteuern für „Mineralöllieferungen zur Verwendung als Kraftstoff für die Luftfahrt mit Ausnahme der privaten nicht gewerblichen Luftfahrt“ zu befreien. Diese Vorgabe hat die Bundesrepublik durch § 4 MinÖlStG umgesetzt. Die Steuerbefreiung

<sup>26</sup> Z.B. BVerfGE 36, 66, 70.

<sup>27</sup> BVerfGE 55, 274, 299.

<sup>28</sup> BVerfGE 98, 106, 118.

<sup>29</sup> Richtlinie 92/81 des Rates zur Harmonisierung der Struktur der Verbrauchssteuern auf Mineralöle, ABl. 316/92 S. 12.

gilt sowohl für Inlandsflüge wie für den grenzüberschreitenden Verkehr. Die Erhebung einer Kerosinsteuer würde deshalb gegen EU-Recht verstoßen. Die genannte Vorschrift der Richtlinie müsste geändert werden. Eine solche Änderung wird auch durch die Richtlinie selbst nahegelegt. Denn Art. 8 Abs. 7 schreibt vor, dass der Rat auf Grund eines bis Ende 1997 vorzulegenden Berichts der Kommission die Befreiung überprüfen soll, und zwar ausdrücklich auch im Hinblick auf die durch die Steuerbefreiung verursachten externen Kosten und die Auswirkungen auf die Umwelt.

Der entsprechende Bericht der Kommission<sup>30</sup> stellt fest, es bestehe „Handlungsbedarf, da Emissionen durch den Luftverkehr einen immer größeren Anteil des Aufkommens an verschiedenen Luftschadstoffen ausmachen“. Die Kommission zieht daraus die Konsequenz, dass die Verbrauchssteuer auf Mineralöl auch auf Flugkerosin erstreckt werden solle, macht dies aber davon abhängig, dass „die internationale Rechtssituation es der Gemeinschaft gestattet, eine solche Steuer auf alle Fluggesellschaften anzuwenden, also auch auf Fluggesellschaften aus Drittländern“. Zu untersuchen ist dementsprechend, ob die EG (bzw. ein einzelner Staat) gehindert ist, eine allgemeingültige Verbrauchssteuer auf die Bunkerung von Kerosin in ihrem Hoheitsgebiet einzuführen.

### 3. Vereinbarkeit mit internationalem Recht

Maßgeblich ist das Abkommen über den internationalen zivilen Luftverkehr (*Chicagoer Abkommen -ChA-*).<sup>31</sup> Es wurde von über 180 Staaten unterzeichnet, darunter alle EU-Mitgliedsstaaten.<sup>32</sup> Ziel des Abkommens, das 1949 in Kraft trat, ist die Förderung des Luftverkehrs. Einen Umweltschutzbezug gibt es nur insofern, als Anhang 16 des Abkommens Bestimmungen zur Lärm- und Abgasemissionsbegrenzung enthält. Jedoch betreffen diese Bestimmungen nur Technikstandards. Sie sehen keine ökonomischen Instrumente zur Abgasreduzierung vor.

Hinsichtlich der Erhebung einer Kerosinsteuer haben Art. 15 ChA und Art. 24 ChA Bedeutung.

Artikel 24 (a) Satz 2 ChA lautet:

„Treibstoffe, Schmieröle, Ersatzteile, übliche Ausrüstungsgegenstände und Bordvorräte, die sich bei Ankunft in dem Hoheitsgebiet eines anderen Vertragsstaats an Bord eines Luftfahrzeugs eines Vertragsstaats befinden und beim Verlassen des Hoheitsgebiets des anderen Staates an Bord geblieben sind, sind von Zollabgaben, Untersuchungsgebühren oder ähnlichen staatlichen oder örtlichen Abgaben und Gebühren befreit.“

„Ähnliche Abgaben“ sind ebenso wie die sprachlichen pendants „similar duties“ und „autres droits“ jeweils Oberbegriffe für verschiedene Kategorien von Zahlungsverpflichtungen. Sie decken auch Steuern mit ab. Dementsprechend wäre eine Kerosinsteuer unzulässig, wenn sie auf dasjenige Kerosin erhoben würde, das sich bei An-

<sup>30</sup> Kom(96) 549 endg.

<sup>31</sup> BGBl. 1956 II S. 412.

<sup>32</sup> vgl. Kom(96) 549 endg., S.8.

kunft auf einem deutschen Flughafen *an Bord befindet* und auch nicht ausgeladen wird.

Nicht unzulässig wäre nach dem Wortlaut der zitierten Bestimmung dagegen eine Kerosinsteuer auf die *Lieferung (Anbordnahme)* von Kerosin. Nun hat der ICAO-Rat allerdings am 14. Dezember 1993 den Beschluss gefasst, dass auch Treibstoff, der nach Landung zum Zwecke des Verbrauchs während des Fluges an Bord genommen wird („taken on board for consumption during the flight“) von Steuern befreit sein soll.<sup>33</sup> Die EU-Mitgliedstaaten haben dem Beschluss anscheinend zugestimmt; die EG hatte Beobachterstatus.<sup>34</sup> Hieraus kann jedoch entgegen der Annahme der EG-Kommission<sup>35</sup> keine völkerrechtliche Verbindlichkeit des Beschlusses des ICAO-Rates abgeleitet werden. Zwar können Beschlüsse des ICAO-Rates nach Zustimmung der Vertragsparteien oder nach Ablauf einer opting-out-Frist verbindlich werden, doch gilt dies nur für Richtlinien zu den in Art. 37 aufgeführten technischen Angelegenheiten, wobei die Richtlinien in Annexe zu der Konvention aufzunehmen sind.<sup>36</sup> Weder gehört aber ein Beschluss des Rates über Steuern zu den in Art. 37 aufgeführten Angelegenheiten, noch ist in dem Beschluss überhaupt von einer Richtlinie die Rede; konsequenterweise ist der Beschluss denn auch nicht in einen Annex aufgenommen worden. Deshalb bleibt es bei dem Ergebnis, dass die Einführung einer nationalen Kerosinsteuer nicht gegen Art. 24 ChA verstoßen würde.

Weiterhin ist Artikel 15 Abs. 3 Satz 2 ChA zu beachten. Er lautet:

„Die Vertragsstaaten erheben keine Gebühren, Taxen oder sonstigen Abgaben für ihr Hoheitsgebiet lediglich für das Recht der Durchreise, Einreise oder Ausreise eines Luftfahrzeugs eines Vertragsstaats oder der an Bord befindlichen Personen oder Güter.“

Mit den „sonstigen Abgaben“ wird hier nur im deutschen Text der Oberbegriff für verschiedene Unterkategorien einschließlich Steuern verwendet, während die englische und französische Fassung mit „other charges“ bzw. „autres redevances“ auch enger als Abgaben mit Ausgleichscharakter für Vorteilszuwendungen verstanden werden könnte. Die Frage ist durch einen Beschluss des ICAO-Rates zwar im ersteren Sinne interpretiert worden.<sup>37</sup> Dies ist jedoch nur als Hinweis anzusehen und kann nicht als verbindliche Interpretation gelten, weil der Rat zu einer solchen nur im Rahmen seiner Streitschlichtungsfunktion befugt ist, während er außerhalb der förmlichen Streitschlichtung nur ermächtigt ist, Angelegenheiten zu „beraten“ („consider“, „exami-

<sup>33</sup> ICAO's Policies on Taxation in the Field of International Air Transport, Doc 8632-C/968, Section (2).

<sup>34</sup> So die Aussage im Bericht der Kommission aufgrund von Art. 8 Abs. 6 der RL 92/81/EWG, Kom(96) 549 endg. S. 8.

<sup>35</sup> Sie spricht in Kom(96) 549 S. 9 von einer „internationalen Verpflichtung“.

<sup>36</sup> R. I. R. Abeyratne, Law Making and Decision Making Powers of the ICAO Council - a Critical Analysis, in: Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht 1992, 387, 389 f.

<sup>37</sup> In der ICAO Council Resolution vom 14. Dezember 1993 heißt es: „The expression ‚customs and other duties‘ shall include ... duties and taxes of all kinds...“. S. im gleichen Sinn P. Mendes de Leon, St. A. Mirmina, Protecting the Environment by Use of Fiscal Measures: Legality and Property, in: Journal of Air Law and Commerce 1997, 791, 797.

ner“).<sup>38</sup> Selbst wenn aber der weitere Begriff zugrundegelegt würde, wäre Art. 15 Abs. 3 ChA auf die hier diskutierte Kerosinsteuer aus einem anderen Grunde nicht anwendbar. Die Bestimmung verbietet Abgaben nämlich „lediglich für das Recht der Durchreise (...)“. Die Kerosinsteuer wird aber für einen ganz anderen Tatbestand erhoben, nämlich den Verbrauch des Kerosins. Demnach ist sie mit dem ChA vereinbar.

Neben dem ChA gibt es jedoch eine Vielzahl *bilateraler Abkommen*, die normalerweise die Erhebung von Steuern auf den in einem Vertragsstaat an Bord genommenen Kraftstoff untersagen. Die Kommission ist der Meinung, diese Abkommen müssten sämtlich neuverhandelt und geändert werden, wenn die Befreiung von der Kerosinsteuer aufgehoben werden soll.<sup>39</sup> Manche Abkommen enthalten jedoch eine Klausel, nach der multilaterale Abkommen vorgehen, sofern beide Vertragspartner auch Vertragsparteien des multilateralen Abkommens sind.<sup>40</sup> Eine entsprechende Ergänzung des ChA würde die Kerosinsteuerbefreiung der bilateralen Abkommen also verdrängen. Derselbe Effekt träte aber auch ohne die genannte Klausel nach allgemeinen völkerrechtlichen Regeln der Vertragsänderung ein.<sup>41</sup>

Neben dem Weg über das ChA bleibt derjenige über Gemeinschaftsrecht. Eine gemeinschaftsrechtliche Abschaffung der Kerosinsteuerbefreiung würde die entsprechenden Klauseln in den inter-se Abkommen der EG-Mitgliedstaaten unwirksam machen. Für die Abkommen mit Drittstaaten ergäbe sich eine Neuverhandlungspflicht.<sup>42</sup>

Schließlich wäre zu klären, ob die Vertragsstaaten hinsichtlich der Steuerbefreiung nicht ein teilweises Rücktrittsrecht wegen grundlegender Änderung der Umstände geltendmachen können.<sup>43</sup> Die wechselseitige Steuerbefreiung ist traditionell eine Art Verrechnung von Ansprüchen, die zwischen Staaten als solchen entstehen. In der Phase des privatisierten Flugverkehrs passt sie nicht mehr. Denn schließlich käme auch niemand auf den Gedanken, z.B. die Umsatzsteuer auf Benzin im grenzüberschreitenden Autoverkehr abzuschaffen, weil sich Ein- und Ausreisen mehr oder weniger die Waage hielten.

#### IV. Emissionsabgabe

Neben oder anstelle der Kerosinsteuer könnte auch eine Abgabe auf die Emissionen von Luftfahrzeugen eingeführt werden. Zu prüfen ist, ob dies verfassungs-, gemeinschafts- und völkerrechtlich Bestand hätte.

<sup>38</sup> Art. 84 ChA. Ebenso *Abeyratne*, ZLW 1992, 387, 393.

<sup>39</sup> Vgl. Mitteilung der Kommission „Besteuerung von Flugkraftstoff“, Kom(2000) 110 endg. S. 4 f.

<sup>40</sup> Als neueres Beispiel s. das Abkommen zwischen der BRD und der Republik Bosnien und Herzegowina vom 23. Juli 1996, BGBl. II S. 1139 ff., Art. 17.

<sup>41</sup> Art. 30 Abs. 3 des Wiener Vertragsrechtsübereinkommens (WVÜ).

<sup>42</sup> Art. 307 Abs. EGV.

<sup>43</sup> Art. 62 WVÜ.

### 1. Vereinbarkeit mit Verfassungsrecht

Die verfassungsrechtlichen Maßstäbe sind unterschiedlich, je nachdem, welcher Typus von Abgabe vorliegt. Deshalb ist zunächst zu untersuchen, um welche Art Abgabe es sich bei der Emissionsabgabe handelt.

In Betracht kommt zunächst die Steuer. Es wurde bereits oben dargelegt, dass die Steuer durch die Merkmale der Voraussetzungslosigkeit (d.h. des Fehlens einer Gegenleistung seitens der öffentlichen Hand) und des Zwecks der Einnahmeerzielung gekennzeichnet ist, wobei neben diesen Zweck auch Sachzwecke wie insbesondere eine Verhaltenslenkung treten können.

Die Emissionssteuer entspricht diesen Merkmalen nicht. Selbst wenn man berücksichtigt, dass Steuern auch Lenkungs- oder andere Sachzwecke (z.B. Zwecke des Vorteilsausgleichs) verfolgen können, dürfen diese Zwecke die Abgabe doch nicht dominieren. So hat das BVerfG bei Prüfung der baden-württembergischen und hessischen Wasserentnahmeabgabe (sog. Wasserpfeffig) angenommen, dass es sich dabei wegen der Gegenleistungsabhängigkeit um eine nicht-steuerliche Abgabe handele, obwohl das Aufkommen durchaus auch der Einnahmeerzielung diene.<sup>44</sup>

Eine Einordnung als Steuer widerspräche auch der Begrifflichkeit, die in internationalen Abkommen und Organisationen, insbesondere der ICAO, gebräuchlich ist. Man unterscheidet auch dort zwischen Abgaben, die primär der staatlichen Einnahmeerzielung dienen - sie werden englisch als *taxes* bezeichnet - und solchen, die Ausgleich für eine Gegenleistung oder einen angerichteten Schaden sind - sie heißen englisch *charges*.<sup>45</sup> Emissionsabgaben werden meist als *emission charges* bezeichnet. Unter diesem Aspekt wäre es verwirrend, wenn das deutsche Recht, ohne selbst zwingend dazu veranlasst zu sein, die Emissionsabgabe als Steuer ansehen würde.

Ist die Emissionsabgabe somit keine Steuer, so fällt sie in die Kategorie der nicht-steuerlichen Abgaben. Das BVerfG hat unter ihnen seit der Entscheidung vom 10.12.1980 scharf zwischen Vorzugslasten (Gebühren und Beiträgen) und Sonderabgaben unterschieden. Dabei ergab sich die methodologische *crux*, dass die Kriterien der begrifflichen Einordnung dieselben wie die der Zulässigkeit waren. In der Wasserpfeffig-Entscheidung vermeidet das Gericht dagegen eine Katalogisierung nach Begrifflichkeiten. Sein Ausgangspunkt ist vielmehr, dass jede nicht-steuerliche Abgabe eine Bedrohung des Steuerstaatsprinzips sei, d.h. des Prinzips, dass sich der Staat möglichst aus Steuern finanzieren solle. Hieraus folgert es, dass sich nicht-steuerliche Abgaben auf eine besondere sachliche Legitimation stützen können müssen. Sodann zählt es vier mögliche Legitimationsgründe auf. Diesen korrespondieren zwar bestimmte Bezeichnungen des jeweiligen Abgabentyps, doch ist die Namensgebung Folge, nicht Ausgangspunkt der Typologie. Die vier Rechtfertigungsgründe sind die folgenden<sup>46</sup>:

(1) Die Abgabe stellt einen Ausgleich für den aus einer öffentlichen Leistung gewonnenen Vorteil dar; (sie wird allgemein als Vorzugslast bezeichnet).

<sup>44</sup> BVerfGE 93, 319, 346.

<sup>45</sup> Vgl. R. I. R. Abeyratne, Recent Developments in Taxation of Air Transport - the ICAO-IATA Symbiosis, in: *Air and Space Law* 1995, 48, 51 f.

<sup>46</sup> BVerfGE 93, 319, 343 f.

(2) Die Abgabe beruht auf der Inanspruchnahme eines ausdrücklichen Kompetenztitels (wie Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG), der auf die Regelung der Finanzierung der in ihm bezeichneten Sachaufgabe bezogen ist.

(3) Die Abgabe zieht Personen, die in spezifischer Sachnähe zu einer Sachaufgabe stehen, zu deren Finanzierung heran; sie wird - auch vom BVerfG - als Sonderabgabe bezeichnet.

(4) Die Abgabe hat eine Antriebs- und/oder Ausgleichsfunktion; (nach der früheren Rechtsprechung fiel sie ebenfalls in die Kategorie der Sonderabgaben, während ihr nach der neuen Linie wohl ein eigener Name gegeben werden kann, und zwar nahe- liegenderweise der der Lenkungs- bzw. Ausgleichsabgabe).

Welchen Legitimationstyp das Gericht für den Wasserpfennig heranzieht, ist nicht ganz eindeutig, doch ergibt sich aus dem Zusammenhang, dass es den vierten Typ der Lenkungs- und Ausgleichsabgabe im Auge hat.<sup>47</sup> Die sachliche Legitimation (die sozusagen die Aushöhlung des Steuerstaatsprinzips vermeiden hilft) findet es in der Abschöpfung des Sondervorteils derjenigen, die ein öffentliches Gut wie das Wasser nutzen. Daneben deutet es an, dass auch eine Lenkungsfunktion eine sachliche Legitimation darstellen könne.<sup>48</sup>

Den Rechtfertigungsgrund der Vorteilsabschöpfung präzisiert das Gericht dann weiter dahin, dass die Höhe der Abgabe den Wert der öffentlichen Leistung nicht übersteigen dürfe. Offen bleibt, ob Ausgleichsabgaben nur für erlaubnispflichtige Nutzungen (so verhielt es sich mit dem Wasserpfennig) zulässig sind, d.h. für solche Umweltgüter, die einem Bewirtschaftungsregime unterworfen sind, oder ob sie auch auf nicht bewirtschaftete Umweltgüter erstreckt werden könnten.

Wendet man diesen neuesten Stand der Abgabenrechtsprechung auf die Emissionsabgabe an, so ergibt sich:

Als Abgabe nicht-steuerlicher Art bedarf die Emissionsabgabe einer besonderen Rechtfertigung vor dem steuerstaatlichen Grundsatz, dass sich der Staat grundsätzlich aus Steuern finanzieren und bei der Erschließung weiterer Einnahmequellen zurückhalten soll. Von den denkbaren, vom BVerfG anerkannten Legitimationsgründen kommen die Fälle (2) (die für einen spezifischen Sachzweck ausdrücklich vorgesehene Sonderfinanzierung) und (3) (die Sonderabgabe eines einer Sachaufgabe nahestehenden Personenkreises) nicht in Betracht. So bleiben die Kandidaten (1) (Ausgleich für eine staatliche Gegenleistung) und (4) (Verhaltenslenkung und/oder Ausgleich).

Eine Entscheidung zwischen (1) und (4) ist nicht unbedingt nötig, dient aber der Klarheit und soll deshalb auch hier erfolgen. Da im Fall (1), der die Gebühr kennzeichnet, es traditionell eine Dienstleistung oder ein Produkt der Verwaltung ist, für die etwas bezahlt wird, bedürfte es einer Ausweitung oder Ausdifferenzierung des Typus, um die

<sup>47</sup> Dies ist in der Literatur zum genannten Urteil sehr umstritten. Viele bevorzugen die Zuordnung zur Gebühr und nehmen das Urteil als eines, das das Konzept der Gebühr erweitert. So *D. Murswiek*, Die Ressourcennutzungsgebühr, *Natur und Recht* 1994, 170 ff. Ausführlich dazu und mit gleicher Lösung zuletzt *U. Sacksofski*, *Umweltschutz durch nicht-steuerliche Abgaben* i. E., 8. Kapitel.

<sup>48</sup> BVerfGE 93, 319, 345.

Inanspruchnahme von Umweltgütern mit zu erfassen. Damit verlöre der Gebührenbegriff jedoch an Prägnanz. Deshalb liegt es näher, auf den Fall (4) zurückzugreifen. Dieser ist noch offen für eine sinnvolle Ausgestaltung in die Richtung der Inanspruchnahme öffentlicher Güter, und er hat den Vorteil, dass bei ihm die Kombination mit dem Lenkungszweck systematisch angelegt ist, während sie bei der Gebühr nur als Abweichung vom Normalfall der reinen Kompensation für Gegenleistungen verortet werden könnte.

Ist die Emissionsabgabe somit ein Fall einer Rechtfertigung mit dem Ausgleichs- und Lenkungszweck (der die Bezeichnung der Abgabe als Lenkungs- und Ausgleichsabgabe anbietet), so ist nach den konkreteren Anforderungen dieses Rechtfertigungstypus zu fragen.

Wie geschildert, war im Wasserpfeffnigurteil offengelassen worden, ob gefordert werden müsse, dass die Nutzung des Umweltgutes erlaubnispflichtig gemacht worden ist, mit der Folge, dass die Abgabe als Kompensation für die Nutzungsgestattung erscheint, oder ob auch die faktische Inanspruchnahme eines solchen Gutes als öffentliche Leistung angesehen werden kann. Im Fall der Abgabe für Luftverkehrsemissionen sind zwar Genehmigungspflichten für die Zulassung von Luftfahrzeugen vorgesehen, bei denen gemäß den ICAO-Anforderungen auch das Emissionsverhalten geprüft wird, aber als Gestattung von Luftverschmutzung kann dies nicht gelten. Wir haben es also mit einer „faktischen“ Nutzung der Luft als Trägermedium für Abgase zu tun. Es scheint ziemlich sicher, dass das BVerfG auch diese Variante als Rechtfertigungsgrund ansehen würde. Denn bereits im Wasserpfeffnig-Fall war es so, dass für die Wasserentnahme zwar eine Erlaubnis eingeholt werden musste, die Berechnung des Entgelts aber nach der faktischen Entnahme (einschließlich der die Erlaubnis übersteigenden) erfolgte.

Eine weitere Anforderung des BVerfG bei Ausgleichsabgaben ist, dass die Abgabe „den Wert der öffentlichen Leistung nicht übersteigt“. Denn:

„Andernfalls würde die Abgabe insoweit - wie die Steuer - „voraussetzungslos“ erhoben. Sie diene dann nicht mehr nur der Abschöpfung eines dem Abgabeschuldner zugewandten Vorteils, sondern griffe zugleich auf seine allgemeine Leistungsfähigkeit im Blick auf die Finanzierung von Gemeinlasten zu.“<sup>49</sup>

Was dieser „Wert“ der öffentlichen Leistung sein könnte, ist allerdings noch unklar. Das BVerfG scheint den Wert des Vorteils auf Seiten des Vorteilsnehmers im Auge zu haben. Aber ist dies der Preis, den der Markt hergibt? Oder sind es die Kosten, die die Beschaffung des Rohstoffs verursacht - dann schlösse sich ein Zirkel, weil der Preis für das Wasser durch den Preis für das Wasser bestimmt würde. Ist hier noch vieles nachzuarbeiten, so gilt dies erst recht für solche Fälle, in denen der Ausgleich nicht der Vorteilsabschöpfung dient, sondern der Wiedergutmachung eines Schadens, der mit der öffentlichen Leistung verbunden ist. Dies trat beim Wasserpfeffnig noch nicht in den Vordergrund, stände aber spätestens dann an, wenn Grundwasserabsenkungen und damit Gefährdungen des Naturhaushalts zu befürchten wären. Im Fall der Abgabe auf Luftverkehrsemissionen besteht dieser Schaden in der Beeinflussung des Klimas

<sup>49</sup> BVerfGE 93, 319, 347.

und dem Beitrag zur Zerstörung der Ozonschicht. Unterstellt man, dass solche Schädigungen sozusagen als negativer Wert der öffentlichen Gegenleistung angesetzt werden könnten, so ist anzunehmen, dass die hier vorgeschlagenen Abgabesätze das enorme Ausmaß der zu betrachtenden Schäden (selbst noch wenn sie durch einen Ungewissheitsfaktor dividiert würden) keineswegs überschreiten.

Ein anderer, vielleicht näherliegender Begründungsstrang geht vom Lenkungszweck der Emissionsabgabe aus. Das BVerfG hatte einen solchen Zweck nur en passant als möglichen Rechtfertigungsgrund erwähnt.<sup>50</sup> In der Entscheidung zu dem wohl deutlichsten Fall einer Lenkungsabgabe - der Schwerbehindertenabgabe - hatte das Gericht früher bereits eine Richtung angezeigt, nämlich das Vorliegen eines gewichtigen öffentlichen Sachinteresses, das die Lenkung trägt, und die Effektivität der Lenkungsmaßnahme.<sup>51</sup> Allerdings hatte das Gericht diese Kriterien (neben der Erforderlichkeit und Angemessenheit) im Rahmen der Prüfung der Grundrechtsmäßigkeit der Abgabe verwendet. Man könnte sie jedoch auf den Rahmen der finanzverfassungsrechtlichen Rechtfertigung übertragen.

Geht man so vor, so wäre für die hier vorgeschlagene Emissionsabgabe zu fragen, ob sie ein gewichtiges öffentliches Interesse verfolgt und zu dessen Erreichung geeignet ist. Der Schutz des Klimas und der Ozonschicht ist ohne Zweifel ein solches Interesse.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass die Emissionsabgabe unter finanzverfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden wäre.

Die erörterte sachliche Legitimation der Abgabe ist zugleich auch Rechtfertigungsgrund für den Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Luftverkehrsunternehmen sowie - unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitssatzes - für die Differenzierung der Behandlung von Abgabeschuldnern und allgemein Steuerpflichtigen. Deshalb liegt auch ein Grundrechtsverstoß nicht vor.

Schließlich ist auch eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes gegeben. Sie folgt aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG (Kompetenz zur Luftreinhaltung).

## 2. Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht

Denkbar wäre zunächst eine Kollision mit EG-Abgabenrecht, das auf die *umweltrechtlichen Kompetenzgrundlagen* des EGV (Art. 175 Abs. 2) gestützt ist. In Betracht zu ziehen ist hier die gemeinschaftsrechtliche CO<sub>2</sub>-Abgabe.<sup>52</sup> Sie ist jedoch noch nicht geltendes Recht.

Zu prüfen ist weiter das abgabenrechtliche *Diskriminierungsverbot* nach Art. 90 EGV. Es bestimmt, dass Waren aus anderen Mitgliedstaaten weder unmittelbar noch mittelbar mit höheren inländischen Abgaben belastet werden dürfen als gleichartige inländische Produkte. „Abgaben“ umfassen dabei Steuern wie auch nicht-steuerliche, mit Ge-

<sup>50</sup> BVerfGE 93, 319, 345: „Es kann dahinstehen, ob dies bereits aus der Lenkungsfunktion dieser Abgaben folgt“

<sup>51</sup> BVerfGE 57, 139, 158 ff.

<sup>52</sup> KOM (97)9 endg., vom 26.3.97, S.1.

genleistungen verbundene Abgaben.<sup>53</sup> Wegen der Produktbezogenheit dieser Vorschrift fällt eine Luftverkehrsabgabe, die an Emissionen anknüpft, jedoch schon tatbestandlich nicht unter die Anwendung von Art. 90 EGV n.F.<sup>54</sup> Im übrigen diskriminiert die Emissionsabgabe nicht zwischen ausländischen und inländischen Tatbeständen.

Schließlich kommt ein Verstoß gegen EG-Abgabenrecht in Betracht, das auf die allgemeine Harmonisierungskompetenz für Abgaben nach Art. 93 EGV gestützt ist, insbesondere ein Verstoß gegen das oben besprochene Gebot der Mineralölsteuerbefreiung nach Art. 8 Abs. 1 lit. b der *Richtlinie* 92/81/EWG. Nach Art. 93 können die "Umsatzsteuern, die Verbrauchssteuern und sonstigen indirekten Steuern" harmonisiert werden. Der Begriff der Steuern in Art. 93 ist enger als der der Abgaben in Art. 90. Er umfasst nicht die parafiskalischen Abgaben<sup>55</sup>, denn „Steuern“ sind im Gemeinschaftsrecht ähnlich wie im deutschen Recht definiert als „Geldleistungen, die ein steuererhebungsberechtigtes Gemeinwesen zum Zwecke der Erzielung von Einnahmen ohne Gegenleistung erhebt“.<sup>56</sup> Die Emissionsabgabe könnte also nicht von Gemeinschaftssekundärrecht, das auf Art. 95 gestützt würde, erfasst werden. Dementsprechend gehört sie auch nicht zum Anwendungsbereich der Richtlinie 92/81.

Dieses Ergebnis wird jedoch durch das Urteil des EuGH vom 10. Juni 1999<sup>57</sup> in Zweifel gestellt. In dieser Entscheidung ging es um die in Schweden von 1988 bis 1996 erhobene Abgabe auf inländische Flüge. Die Abgabe bestand aus zwei Komponenten, nämlich eines Betrags von 1 Krone pro kg verbrauchten Treibstoffs und eines Betrags von 12 Kronen pro kg emittierten CO und NOx. Die Bezugsdaten der Abgabe wurden nicht nach der Realität des Einzelfalles gemessen, sondern auf der Basis von Durchschnittswerten für bestimmte Flugzeugtypen und Flüge berechnet.

Generalanwalt *Fennelly* unterschied in seinen Schlussanträgen zwischen einer echten Verbrauchssteuer und einer auf Emissionsvermeidung zielenden Abgabe, die sozusagen nur zum Schein auf den Verbrauch bezogen wird, weil dieser die Emissionen indiziert. Nur die erstere werde vom Verbot des Art. 8 Abs. 1 lit. b erfasst RL 92/81. Die letztere falle dagegen nicht in den Anwendungsbereich des genannten Verbots, wobei er freilich nicht ganz klar macht, ob diese Kompetenzreserve aus Art. 3 Abs. 2 der Rahmenrichtlinie für die RL 92/81, der Ratsrichtlinie 92/12/EWG, resultiert, die „andere indirekte Steuern für besondere Zwecke“ ausnimmt, oder ob die Emissionsabgabe von vornherein gar nicht in den Anwendungsbereich der Verbrauchssteuerrichtlinien 92/12 und 92/81 fällt. Wichtiges Kriterium sei dabei, ob die Abgabe „genuinely and significantly advance an environmental object“ (im Fall: „of encouraging the use of less

<sup>53</sup> Sie werden auch als parafiskalische Abgaben bezeichnet. *Voß* in Grabitx/Hilf, EGV, Art. 95 Rdnr. 21; Als Beispiel s. den Beitrag zu einem Fonds zur Förderung der Landwirtschaft, EuGH v. 22. März 1977, Rs. 78/76, Slg. 1977, 595.

<sup>54</sup> R. Breuer, Umweltrechtliche und wirtschaftslenkende Abgaben im europäischen Binnenmarkt, DVBl. 1992, 485, 495.

<sup>55</sup> *Voß* in Grabitx/Hilf, EGV Art. 95 Rdnr. 21.

<sup>56</sup> *Voß* in Grabitx/Hilf, EGV, vor Art. 95 Rdnr. 2.

<sup>57</sup> Rs. C-346/97 (Braathens Sverige AB), noch nicht in Slg.

polluting aircraft<sup>58</sup>). Der Generalanwalt meinte, es komme den nationalen Stellen zu entscheiden, welcher Fall vorliege.<sup>59</sup>

Legt man die Auffassung des Generalanwalts zugrunde, so verstößt die hier diskutierte Emissionsabgabe nicht gegen das genannte Verbot, weil ein „genuine and significant advancement of an environmental goal“ gegeben ist.

Der Gerichtshof verfolgt in seinem Urteil dagegen einen anderen Ansatz. Er fragt nicht nach Zwecken, sondern „kausal“ nach dem Tatbestand, auf den die Abgabe bezogen werde. Dies sei der Verbrauch von Kerosin. Daran ändere auch nichts, dass letztlich die Emission erfasst und mit Abgabe belegt werden solle, denn die Emission sei untrennbar Resultat des Verbrauchs von Kerosin:

„Moreover, ... there is a direct and inseverable link between fuel consumption and the polluting substances referred to in the 1988 Law which are emitted in the course of such consumption, so that the tax at issue, as regards both the part calculated by reference to the emissions of hydrocarbons and nitric oxide and the part determined by reference to fuel consumption, which relates to carbon dioxide emissions, must be regarded as levied on consumption of the fuel itself for the purposes of Directives 92/12 and 92/81.“<sup>60</sup>

Nach dieser Auffassung wäre eine nach dem Kerosinverbrauch berechnete Emissionsabgabe. Insofern würde sie wohl ebenfalls unter das Verdikt des EuGH fallen.

Das Urteil des EuGH gibt Anlass zu Kritik. Es stellt sich einseitig auf die Position der Herstellung gleicher Bedingungen im Binnenmarkt und dehnt die in dieser Tradition stehenden Verbrauchssteuerrichtlinien auf Tatbestände aus, die aus völlig anderen Politikzielen, nämlich dem Umweltschutz, motiviert sind. Der Generalanwalt hatte diese Problematik erkannt und eine entsprechende Unterscheidung vorgeschlagen. Allerdings hätte er klarer machen können, dass eine Emissionsabgabe gar nicht erst in den Anwendungsbereich der Verbrauchssteuerrichtlinien fällt, also nicht einmal der Kompetenzreserve für indirekte Steuern nach Art. 3 Abs. 2 RL 92/12 bedarf. Denn bei ihr handelt es sich nicht um eine Steuer, sondern um eine nicht-steuerliche Abgabe.

Der EuGH verfolgt dagegen einen Ansatz, der merkwürdig technizistisch an den Zusammenhang von Emission und Kerosinverbrauch anknüpft. Nach dieser Logik dürfte auch keine Start- und Landegebühr für Flugzeuge erhoben werden, weil ein Flugzeug nicht starten und landen kann, ohne Kerosin zu verbrauchen. Der Ansatz ist blind für die jeweils verfolgten Politikziele und damit juristisch-methodisch nicht *lege artis*.

Eine primärrechtskonforme Auslegung hätte dreierlei hinzugefügt: Zum einen den Blick in die Rechtsgrundlage des Art. 93 (ex 99) EGV: Er hätte gezeigt, dass Regelungen für Emissionsabgaben auf diese Grundlage gar nicht gestützt werden dürfen, und dementsprechend auch nicht Regelungen, die entsprechende nationale Maßnahmen präkludieren (Grundlage wäre vielmehr Art. 175 (ex 130s) EGV). Zum anderen hätte die Integrationsklausel des Art.6 (ex 3c, ex 130r) EGV herangezogen werden müssen,

<sup>58</sup> Schlussanträge vom 12. November 1999, Nr. 29.

<sup>59</sup> Schlussanträge vom 12. November 1999, Nr. 15.

<sup>60</sup> Urteil vom 10. Juni 1999, Nr. 23.

die verlangt, dass die Erfordernisse des Umweltschutzes bei der Festlegung und Durchführung der anderen Gemeinschaftspolitiken einzubeziehen sind. Drittens ist es unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität angreifbar, dass eine Richtlinie, die einen begrenzten Steuertatbestand erfasst (nämlich die Verbrauchssteuer auf Kerosin), so weit ausgelegt wird, dass nationale Gesetzgebung zu allen anderen finanziellen Instrumenten ausgeschlossen wird, sobald sie auf den Verbrauch von Kerosin durch den Luftverkehr bezogen sind.

Trotz dieser möglichen Kritik ist hinzunehmen, dass das Urteil nun einmal vorliegt. Wollte man auf nationaler Ebene dennoch eine Emissionsabgabe einführen, blieben drei Wege:

- eine Änderung der RL 92/81 in die Wege zu leiten, die für die Emissionsabgabe explizit eine Rückausnahme von dem Verbot vorsieht,
- die Emissionsabgabe so auszugestalten, dass die Verbindung zum Kerosinverbrauch gelöst wird, etwa in der Art, dass die Abgabe auf die zurückgelegten und zu erwartenden Flugkilometer erhoben und allein nach der Anreizwirkung für die Luftverkehrsunternehmen und Dienstleistungskonsumenten kalkuliert wird, oder
- an der vorgeschlagenen Abgabe festzuhalten und ein neues Verfahren vor dem EuGH in Kauf zu nehmen, in dem versucht wird, auf der Grundlage der oben skizzierten Argumentation den EuGH zum Überdenken seiner Position zu bewegen.

### 3. Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht

Da die hier diskutierte Emissionsabgabe aus Anlass der Landung eines Flugzeugs auf einem Flughafen erhoben werden soll, stellt sich die Frage der Vereinbarkeit mit Art. 15 Abs. 1 und 2 ChA, der die Benutzung von Flughäfen regelt. Die Vorschrift lautet:

„Jeder Flughafen in einem Vertragsstaat, der den inländischen Luftfahrzeugen zur öffentlichen Benutzung zur Verfügung steht, steht vorbehaltlich der Bestimmungen des Artikels 68 unter einheitlichen Bedingungen gleicherweise den Luftfahrzeugen aller anderen Vertragsstaaten offen...

Alle Gebühren die von einem Vertragsstaat für die Benutzung der Flughäfen und Luftfahrteinrichtungen durch Luftfahrzeuge eines anderen Vertragsstaats erhoben werden oder deren Erhebung von einem Vertragsstaat zugelassen wird, dürfen

a) ...

b) für Luftfahrzeuge, die im planmäßigen internationalen Fluglinienverkehr verwendet werden, nicht höher sein als die Gebühren, die inländische Luftfahrzeuge, die in einem gleichartigen internationalen Fluglinienverkehr verwendet werden, bezahlen würden.“

Absatz 1 enthält ein Diskriminierungsverbot hinsichtlich der Bedingungen, unter denen Flugplätze benutzt werden dürfen. Dieses Verbot ist in einer Schiedsgerichtsentscheidung so ausgelegt worden, dass es nicht nur gegen formale, sondern auch gegen

faktische Ungleichbehandlung schütze.<sup>61</sup> Im vorliegenden Fall der Emissionsabgabe liegt jedoch weder eine formale noch eine faktische Diskriminierung vor. Alle Flughafenutzer würden nur für die tatsächlich geflogene Strecke belastet. Dass dies diejenigen stärker trafe, die überwiegend Langstreckenflüge durchführen, liegt in der Sache und hat keinen diskriminierenden Charakter.

Über den Nichtdiskriminierungsgrundsatz hinaus ist aus Art. 15 Abs. 2 ChA eine Art Äquivalenzprinzip abgeleitet worden. Die Abgabe müsse „cost-related“ sein. Dies sei bei Emissionsabgaben, die über die messbare Belastung des Flughafenbereichs hinausgehen, nicht der Fall:

Proposals have been made with a view to imposing what could be called „punitive damages“ on airlines in order to prevent them from operating severely damaging aircraft, or to reduce the operation of „normally“ polluting aircraft. It seems that the imposition of such „punitive damages“ would not meet the criterion of „cost-related“, although environmentally conscious policy makers promote the adoption of a balanced approach.<sup>62</sup>

Es mag richtig sein, für Art. 15 Abs. 2 ChA eine solche Anforderung der „cost-relatedness“ zu stellen. Denn die Vorschrift regelt die Zulässigkeit von Abgaben (in der englischen Fassung: charges, in der deutschen: Gebühren) *für die Benutzung* der Flughäfen etc. Unrichtig ist es jedoch, daraus abzuleiten, dass auch solche Abgaben unter diese Anforderung fallen, die nur *aus Anlass* der Flughafenbenutzung, aber für einen ganz anderen Zweck als die Benutzung erhoben werden.

Eine bestimmte Sorte von solchen anderen Abgaben, nämlich die Abgabe für Verkehrsrechte, wird in Art. 15 Abs. 3 Satz 2 ChA erfasst. Er wurde bereits oben zitiert:

„Die Vertragsstaaten erheben keine Gebühren, Taxen oder sonstigen Abgaben für ihr Hoheitsgebiet lediglich für das Recht der Durchreise, Einreise oder Ausreise eines Luftfahrzeugs eines Vertragsstaats oder der an Bord befindlichen Personen oder Güter.“

Wie bereits ausgeführt, deckt der Ausdruck „Abgaben“ auch solche nicht-steuerlicher Art, etwa auch eine Lenkungs- oder Ausgleichsabgabe. Das Verbot des Art. 15 Abs. 3 ChA bezieht sich aber nur auf solche Abgaben, die „lediglich für das Recht der Durchreise ...“ erhoben werden. Nicht verboten sind danach zum Beispiel Gebühren für die Personenkontrolle. Ein solcher anderer Grund, der über den bloßen Verkehrsvorgang hinausweist, ist die Umweltbelastung durch Emissionen.<sup>63</sup> Zwar hat man diese zur Zeit des Vertragsschlusses sicherlich noch nicht im Auge gehabt, aber es ist gerade der Sinn

<sup>61</sup> S. den Schiedsspruch im Streit zwischen den USA und dem Vereinigten Königreich über die Flughafengebühr für Heathrow, dargestellt bei *Mendes de Leon*, *Air and Space Law* 1997, 131, 133 f.

<sup>62</sup> *P. Mendes de Leon*, *Aviation and the Environment: Changing Perceptions*, in: *Air and Space Law*, 1997, 131, 135.

<sup>63</sup> Ebenso *Winter*, *Umwelt und Verkehr* 1996 (FN 2), S 125 f.; *Mendes de Leon/ Mirmina*, *J. of Air Law and Commerce*, 1997, 794. Anderer Ansicht *Mendes de Leon*, *Air and Space Law*, 1997, 131, 136, der aber die Gegenleistungsbeziehung, die Art. 15 Abs. 3 Satz 2 ChA zwischen Abgabe und Verkehrsrecht herstellt, übersieht.

abstrahierender Formulierungen wie der zitierten, dass sie neue historische Phänomene in sich aufnehmen können. Dabei darf der Sinn freilich nicht verkehrt werden. Das ist aber auch nicht der Fall, denn der Zweck der Vorschrift war darauf gerichtet zu verhindern, dass die Vertragsstaaten ihre Luft- und Landeshoheit als Geldquelle benutzen und dabei womöglich ihre eigene Wirtschaft protegieren. Die Emissionsabgabe hat damit nichts zu tun.

Im Ergebnis ist die Einführung der hier vorgeschlagenen Emissionsabgabe also mit dem Chicagoer Abkommen vereinbar. Dieses Ergebnis wird auch durch die Stellungnahmen des ICAO-Rates nicht widerlegt. Der Rat hat sich zwar wiederholt gegen Emissionsabgaben ausgesprochen, und noch die ICAO-Konferenz von 1994 hat beschlossen, dass

„the imposition of taxes on the sale or use of international air transport was an impediment to the sound economical and orderly development of international air transport operations.“<sup>64</sup>

Doch sind diese Stellungnahmen bereits dem Wortlaut nach bloße politische Empfehlungen. Sie besitzen nicht den potentiell verbindlichen Charakter, den Richtlinien oder streitschlichtende Interpretationen des ICAO-Rates annehmen können.

Es liegt auf der Hand, dass statt nationaler Maßnahmen eine weltweite Einführung von Emissionsabgaben (vielleicht in Verbindung mit einer Speisung der Global Environmental Facility aus dem Aufkommen) weniger wettbewerbshindernd wäre. Das Aufkommen müsste wegen seines Umweltschutzzweckes für Umweltschutzmaßnahmen (etwa eine Verbesserung der Flugtechnik, aber auch etwa zur Bekämpfung und Entschädigung von Folgen des Klimawandels) zur Verfügung gestellt werden. Am besten fließe es der Global Environmental Facility zu.

Die Aussichten eines weltweiten Vorgehens sind jedoch nicht vielversprechend. Die Sachverständigenkommission des ICAO-Rates, die für die Ausarbeitung von umweltpolitischen Vorschlägen eingesetzt worden ist, das Committee on Aviation Environmental Protection (CAEP), ist seit vielen Jahren damit beauftragt, Vorschläge zu Emissionsabgaben zu entwickeln. Der ICAO-Rat fand 1996 eine weltweite Emissionsabgabe „not to be practicable at this time“ und hat seine Meinung bisher nicht geändert. Nationale Emissionsabgaben nimmt er hin, besteht aber auf einer engen Zweckverwendung für die Luftfahrt selbst.<sup>65</sup> CAEP könnte nach seinem Auftrag darüber hinausgehen, hat bisher jedoch keine konkreten Vorschläge vorgelegt.<sup>66</sup>

Durch diese Kombination aus Inanspruchnahme der Regelungskompetenz und Nicht-handeln, die nun schon viele Jahre währt, wird der Prozess nur aufgehalten. Dies sollte

<sup>64</sup> Zitiert bei *Mendes de Leon/ Mirmina, J. of Air Law and Commerce* 1997, 791, 808.

<sup>65</sup> In Council Resolution on Environmental Charges and Taxes vom 9. Dezember 1996 heißt es hierzu: „The Council ...4. Strongly recommends that any environmental levies on air transport which States may introduce should be in the form of charges rather than taxes and that the funds collected should be applied in the first instance to mitigating the environmental impact of aircraft engine emissions, ...“

<sup>66</sup> Vgl. den Bericht des Executive Committee der ICAO-Versammlung über die Ergebnisse von CAEP für die 32. Sitzung der Versammlung, [www.icao.int/icao/en/env/a32report](http://www.icao.int/icao/en/env/a32report).

Anlass sein zu überlegen, die entsprechenden internationalen Schritte in den Rahmen der Konventionen und Organisationen zum Umweltschutz, insbesondere der Klimakonvention, zu verlegen.<sup>67</sup> Daneben erscheinen jedoch auch regionale Maßnahmen wegen ihres Potentials, schulend zu wirken, als angebracht. In Betracht kommt dabei die hier diskutierte Maßnahme auf deutscher Ebene, aber auch eine solche auf EG-Ebene. Die Kompetenz dafür wäre mit Art. 175 EGV gegeben.

#### V. Zusammenfassung

Das Luftverkehrsrecht hat sich in zwei Phasen entwickelt. Die erste war durch staatswirtschaftliche Organisationsformen und intensive Regulierung gekennzeichnet, die zweite durch Deregulierung und die Ermöglichung und Gestaltung von Wettbewerb, der jedoch von intensiver Subventionierung flankiert blieb. Hauptziel beider Phasen war die Organisierung des Wachstums der Luftverkehrsleistungen. Dies geht zu Lasten anderer Verkehrsträger, aber auch zu Lasten der Umwelt.

Es stellt sich die Frage, ob es eine dritte Phase geben wird, in der die Privilegierungen des Luftverkehrs abgebaut und Wettbewerbsbedingungen hergestellt werden, in denen die Preise neben den betrieblichen Kosten zugleich auch die ökologische Belastung widerspiegeln. Der Beitrag erörtert verfassungs-, europa- und völkerrechtliche Möglichkeiten und Grenzen, dieses Ziel mit finanziellen Anreizen, insbesondere einem Abbau von Subventionen für Fluggesellschaften, Flughäfen, Luftfahrttechnik und Flugreisen, einer Beseitigung von unlauteren Rabatten, einer Kerosinsteuer und einer Emissionsabgabe zu erreichen.

Zur Kerosinsteuer ergibt sich, dass ihre Einführung auf nationaler oder europäischer Ebene mit dem Abkommen von Chicago über die internationale Zivilluftfahrt vereinbar wäre. Allerdings stehen Befreiungsklauseln in den bilateralen Luftverkehrsabkommen im Wege, die am einfachsten durch eine Änderung des Chicago-Abkommens verdrängt werden könnten. Denkbar wären Rücktritte von den bilateralen Abkommen unter Berufung auf veränderte Umstände.

Zur Emissionsabgabe ergibt sich, dass sie verfassungsrechtlich als Lenkungs- und Ausgleichsabgabe zulässig wäre. Gemeinschaftsrechtlich verletzt sie nach dem - kritikwürdigen - Braathens Sverige-Urteil des EuGH von 1999 das Befreiungsgebot für Flugkerosin, wenn der Kerosinverbrauch, nicht aber, wenn die Flugstrecke als Bemessungsgrundlage genommen wird. Eine Emissionsabgabe verstößt auch nicht gegen das Chicago-Abkommen.

#### Summary

Two waves have shaped air transport law: that of State organisation and intense regulation, followed by that of market organisation flanked with massive state subsidies. Both waves have had in common the overriding concern to foster the growth of air

<sup>67</sup> Vgl. zu der Frage des Forums Winter, Umwelt und Verkehr 1996 (FN 2), S.124 f.; für ein Umweltabkommen im ICAO-Rahmen dagegen Mendes de Leon, Air and Space Law 1997, 131, 140.

transport. This has discriminated against the other transport means and caused environmental hazards.

The question poses itself, if a third wave will develop where prices mirror both the economic and environmental costs of air transport. For attaining this goal subsidies might be abandoned, rebates for short distance flights forbidden, the consumption of kerosine taxed, and aircraft emissions charged with a levy. In the article constitutional, Community and international law is explored as to the potential and limits for taking such measures.

With regard to the kerosine tax it is argued that the tax if introduced by a state or the EC would be compatible with the Chicago Convention on civil air transport. Clauses in bilateral conventions preventing kerosin tax would be overridden by a multilateral approach in the Chicago framework. Alternatively, one may consider unilateral withdrawal on the ground of substantial change of circumstances.

With regard to the emission charge it is argued that this charge is compatible even with the restrictive constitutional criteria the German constitutional court has developed. The emission charge would violate the Community repeal of the kerosin tax on the basis of the ECJ's reasoning in the Braathens Sverige judgment. The charge could however be designed such that this verdict is avoided. The charge is also compatible with the Chicago Convention.