

Urs Marti

Europäischer Emissionshandel im Luftverkehr – eine juristische Würdigung aus schweizerischer Sicht

Am 13. Januar 2009 wurde im Amtsblatt der EU die Richtlinie 2008/101/EG verabschiedet, wodurch ab dem Jahre 2012 alle Airlines, deren Luftfahrzeuge in der EU starten oder landen werden, in das europäische System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten einbezogen werden. Für die Schweiz stellt sich die Frage der Verpflichtung zur Übernahme und Umsetzung dieser Neuregelung. In diesem Zusammenhang können teilweise erstmals interessante juristische Probleme zum sachlichen Anwendungsbereich des Luftverkehrsabkommens einerseits und zum übernommenen Sekundärrecht andererseits anhand eines konkreten europäischen Erlasses diskutiert werden.

Rechtsgebiet(e): Verkehrsrecht

Zitiervorschlag: Urs Marti, Europäischer Emissionshandel im Luftverkehr – eine juristische Würdigung aus schweizerischer Sicht, in: Jusletter 2. März 2009

Inhaltsübersicht

- I. Ausgangslage
 1. Emissionshandelssysteme
 2. Einbezug des Luftverkehrs in den europäischen Emissionshandel
 3. Breite Kritik
 4. Auswirkungen auf die Schweiz?
- II. Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr («Luftverkehrsabkommen»)
 1. Entstehungsgeschichte
 2. Rechtsnatur und Vertragsparteien
 3. Übernahme des neuen Sekundärrechts
 4. Anwendungsbereich
 - 4.1 In örtlicher und sachlicher Hinsicht
 - 4.2 Auslegung im Allgemeinen
 - 4.3 Auslegung im Besonderen
 5. Fazit
- III. Auswirkungen bei einer Umsetzung der Richtlinie 2008/01/EG
 1. Einleitung
 2. Anwendungsbereich des übernommenen Sekundärrechts
 3. Rechtsauffassung der Europäischen Kommission
 4. Kritische Würdigung
- IV. Fazit

I. Ausgangslage

1. Emissionshandelssysteme

[Rz 1] Das per 1. Januar 2005 errichtete European Union Emission Trading Scheme (EU ETS)¹ ist ein Politikinstrument der EU, um die im Kyoto-Protokoll² vereinbarten Klimaschutzziele zu erreichen, d.h. die Treibhausgasemissionen im Zeitraum zwischen 2008 und 2012 um acht Prozent gegenüber 1990 zu verringern. Das EU ETS verfolgt dabei den sog. Cap and Trade-Ansatz. Dies bedeutet, dass für das gesamte Handelssystem eine Höchstmenge (Cap) an erlaubten Gesamtemissionen festgelegt wird, welche in der Folge in Emissionsrechte heruntergebrochen auf die Anlagenbetreiber³ alloziert werden. Fortan können die verpflichteten Anlagenbetreiber nur noch über ihr Cap hinaus emittieren, wenn sie im Umfang dieser Emissionen über zusätzliche «Verschmutzungsrechte» verfügen. Der Handel mit Emissionsrechten findet in einem elektronischen System statt. Rechtlich fusst er auf der sog. Emissionshandelsrichtlinie.⁴

¹ Weiterführende Informationen zum EU ETS.

² SR 0.814.011. Weiterführende Information zum Kyoto-Protokoll auf der Website der UNFCCC.

³ Unter dem EU ETS können rund 12'000 grosse CO₂-Verursacher Emissionsrechte erwerben und verkaufen. Unternehmen aus den Sektoren Kraftwerke, Erdölraffinerien, Zement-, Stahl- und Glasproduzenten müssen obligatorisch teilnehmen, da sie zusammen gegen 50% aller europäischen CO₂-Emissionen oder etwa 8% aller globalen CO₂-Emissionen ausstossen.

⁴ 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 275/32 vom 25. Oktober 2003).

[Rz 2] Die Schweiz hat sich im Rahmen des Kyoto-Protokolls⁵ – gleich wie die EU – ebenfalls dazu verpflichtet, ihre Treibhausgasemissionen im Schnitt der Jahre 2008-2012 um 8% auf den Stand von 92% gegenüber 1990 zu reduzieren. Um dieses Ziel zu erreichen, sieht das (schweizerische) CO₂-Gesetz⁶ verschiedene Instrumente vor. Dazu gehören neben den priorisierten freiwilligen Massnahmen von Wirtschaft und Privaten auch der Emissionsrechtehandel und ähnliche sog. flexible Mechanismen.⁷ Dementsprechend verfügt die Schweiz seit dem 1. Januar 2008 über ein eigenes Emissionsrechtehandelssystem. Dessen rechtliche Grundlagen finden sich im Kyoto-Protokoll⁸ selbst, im CO₂-Gesetz,⁹ in der CO₂-Verordnung¹⁰ und in der CO₂-Anrechnungsverordnung.¹¹ Die Verteilung der Emissionsrechte an die von der CO₂-Abgabe befreiten Unternehmen erfolgt durch das Bundesamt für Umwelt (BAFU). Das Nationale Emissionshandelsregister, ein Online-Buchungssystem, dient als Umsetzungsplattform und sichert die genaue Verbuchung von Vergabe, Guthaben, Übertragung, Erwerb, Löschung und Rückgabe von Emissionsgutschriften.¹²

[Rz 3] Die europäische Emissionshandelsrichtlinie sieht vor, dass die EU-Mitgliedstaaten mit Drittländern, die das Kyoto-Protokoll ratifiziert haben, ein Abkommen zur gegenseitigen Anerkennung der Emissionsrechte abschliessen können.¹³ Die Schweiz verfolgt indes (noch) keine konkreten Pläne, sich dem EU ETS anzuschliessen, da sie – so das BAFU – «zunächst die Voraussetzungen für einen funktionierenden CO₂-Markt schaffen [muss]», was «auf Basis der bestehenden Rechtsgrundlagen nur bei Einführung einer genügend hohen CO₂-Abgabe» der Fall sein werde.¹⁴

⁵ Siehe Fn 2.

⁶ Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die Reduktion der CO₂-Emissionen (SR 641.71).

⁷ Neben dem Emissionsrechtehandel zählen die Gemeinsamen Massnahmen (Joint Implementation, JI) und der Mechanismus für umweltverträgliche Entwicklung (Clean Development Mechanism, CDM) zu den flexiblen Massnahmen des Kyoto-Protokolls. Alle flexiblen Massnahmen erlauben den Staaten, Emissionen aus Treibhausgasen in anderen Ländern zu tieferen Kosten als im Inland zu reduzieren. Die Industriestaaten müssen jedoch einen grossen Teil ihrer Reduktionsverpflichtungen durch inländische Massnahmen erfüllen, d.h. die flexiblen Mechanismen dürfen nur ergänzend genutzt werden (sog. Supplementaritäts-Regel).

⁸ Siehe Fn 2.

⁹ Siehe Fn 6.

¹⁰ Verordnung vom 8. Juni 2007 über die CO₂-Abgabe (SR 641.712).

¹¹ Verordnung vom 22. Juni 2005 über die Anrechnung der im Ausland erzielten Emissionsverminderungen (SR 641.711.1).

¹² Weiterführende Informationen zum Emissionshandel in der Schweiz finden sich auf einer vom BAFU dazu erstellten Webseite.

¹³ Vgl. die Erwägungsgründe 17 und 18 der Emissionshandelsrichtlinie (Fn 4).

¹⁴ Vgl. Emissionshandel in der EU, Website des BAFU.

2. Einbezug des Luftverkehrs in den europäischen Emissionshandel

[Rz 4] Am 8. Juli 2008 hat das Europäische Parlament in zweiter Lesung mit überwältigender Mehrheit eine neue Richtlinie zur Änderung der Emissionshandelsrichtlinie verabschiedet, welche den Luftverkehr ab dem Jahre 2012 in das EU ETS einbeziehen wird.¹⁵ Am 8. Oktober 2008 hat der Rat der Europäischen Union die neue Richtlinie verabschiedet.¹⁶ Die Rechtsverbindlichkeit herstellende Publikation der neuen Richtlinie, die mit vollem Namen «Richtlinie 2008/101/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG zwecks Einbeziehung des Luftverkehrs in das System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft» heisst, erfolgte am 13. Januar 2009 im Amtsblatt der Europäischen Union.¹⁷

[Rz 5] Ziel der neuen Richtlinie 2008/101/EG zur Änderung der (Mutter-)Richtlinie 2003/87/EG ist es, «die dem Luftverkehr zurechenbaren Klimaauswirkungen durch Einbeziehung der Emissionen aus dem Luftverkehr in das Gemeinschaftssystem zu verringern».¹⁸ Zu diesem Zweck sollen die CO₂-Emissionen aus Luftverkehrstätigkeiten zunächst bis Ende 2012 auf 97% und ab 2013 auf 95% der sog. historischen Luftverkehrsemissionen der Jahre 2004 bis 2006 (Cap) reduziert werden.¹⁹ Um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden, sollen grundsätzlich sämtliche CO₂-Emissionen von Luftfahrzeugen, die in der EU starten oder landen, in den Emissionshandel einbezogen werden.²⁰ Auch amerikanische, asiatische oder arabische Airlines werden somit für ihre Interkontinentalflüge in und aus den EU-Mitgliedstaaten ab dem Jahre 2012 Emissionszertifikate vorweisen müssen, die sie zum CO₂-Ausstoss berechtigen.

[Rz 6] Bevor der Luftverkehr per 2012 in den Handel mit Emissionszertifikaten einbezogen werden kann, muss die Europäische Kommission noch eine Methode festlegen, nach der die Zertifikate den Luftfahrzeugbetreibern zugeteilt

werden. Vorgesehen ist, 85% der Zertifikate kostenlos den Luftfahrzeugbetreibern zuzuteilen und die restlichen 15% zu versteigern.²¹ Der Steigerungserlös fliesst an die Mitgliedstaaten zurück, um den Klimawandel zu bekämpfen, nach umweltfreundlicheren Luftfahrzeugen zu forschen und andere, emissionsärmere Transportsysteme zu fördern.

3. Breite Kritik

[Rz 7] Die neue Richtlinie zum Einbezug des Luftverkehrs in den europäischen Emissionshandel ist in Luftfahrtkreisen bereits auf breite und überaus harsche Kritik gestossen. Exemplarisch hierfür ist die von der IATA²² geübte Kritik zu nennen, wonach die Neuregelung (i) einen falschen, da unilateralen und extraterritorialen Ansatz verfolge, (ii) falsche Rahmenbedingungen aufstelle, die keine Gewähr dafür böten, dass die Mitgliedstaaten die Steigerungserlöse dereinst tatsächlich zur Förderung von Umweltprogrammen eingesetzt würden und (iii) zum falschen Zeitpunkt erfolge, da die Airlines bereits mit hohen Kerosinpreisen kämpfen würden.²³ (iv) Schliesslich verstosse die europäische Neuregelung gegen Art. 1 des Chicagoer Abkommens von 1944²⁴ und Art. 2 des Kyoto Protokolls.²⁵

4. Auswirkungen auf die Schweiz?

[Rz 8] Die Schweiz ist (noch) nicht Mitglied der EU. Gleichwohl ist das europäische Sekundärrecht (Verordnungen und Richtlinien) im schweizerischen Rechtsalltag wegen der immer engeren wirtschaftlichen Verflechtungen der Schweiz zu ihren europäischen Nachbarn von grosser Bedeutung. Entsprechend hat die Schweiz ihre Beziehungen zur EU mittlerweile durch ein umfangreiches Vertragswerk von bilateralen Abkommen²⁶ geregelt, wovon eines den Luftverkehr²⁷ betrifft.

[Rz 9] Vor diesem Hintergrund soll nachfolgend untersucht

¹⁵ Legislative Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 8. Juli 2008 zu dem Gemeinsamen Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG zwecks Einbeziehung des Luftverkehrs in das System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft (5058/2008 – C6-0177/2008 – 2006/0304 [COD]).

¹⁶ Council Conclusion on «Inclusion of the aviation sector in the EU ETS – participation of third countries», Pressemitteilung des Rates der Europäischen Union vom 9. Oktober 2008 zur 2895. Sitzung des Rates für Verkehr, Telekommunikation und Energie.

¹⁷ ABl. L 8/3 vom 13. Januar 2009.

¹⁸ Erwägungsgrund 14 (Fn 17).

¹⁹ Art. 3c (Fn 15). Für neue Marktteilnehmer ist gemäss Art. 3f eine Sonderreserve an Zertifikaten vorgesehen.

²⁰ Erwägungsgrund 16 (Fn 17). Ausnahmen sind bspw. für Militärflüge in Militärflugzeugen, Zoll- und Polizeiflüge, Flüge im Rahmen von Such- und Rettungseinsätzen, Flüge im humanitären Einsatz oder für Ambulanzflüge in medizinischen Notfällen vorgesehen.

²¹ Art. 3d (Fn 17).

²² International Air Transport Association.

²³ «European ETS Vote: The Wrong Answer», Pressemitteilung der IATA vom 7. Juli 2008.

²⁴ Art. 1 des Chicagoer Abkommens von 1944 (SR 0.748.0) lautet: «The contracting States recognize that every State has complete and exclusive sovereignty over the airspace above its territory».

²⁵ Art. 2 Ziff. 2 des Kyoto Protokolls von 1997 (SR 0.814.011) lautet: «The Parties (...) shall pursue limitation or reduction of emissions of greenhouse gases not controlled by the Montreal Protocol [on Substances that Deplete the Ozone Layer, adopted on September 16, 1987] from aviation (...), working through the International Civil Aviation Organization (...).»

²⁶ Zu nennen sind insbesondere das Freihandelsabkommen von 1972 (SR 0.632.401), das Versicherungsabkommen von 1989 (SR 0.961.1), die bilateralen Abkommen I von 1999 und die bilateralen Abkommen II von 2004.

²⁷ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr vom 21. Juni 1999 (SR 0.748.127.192.68).

werden, ob und wie weit die Schweiz aufgrund des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der EG über den Luftverkehr vom 21. Juni 1999 dazu verpflichtet ist, den Luftverkehr dem europäischen Emissionshandel zu unterstellen.

II. Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr («Luftverkehrsabkommen»)

1. Entstehungsgeschichte

[Rz 10] Der Luftverkehr in der Schweiz ist grösstenteils grenzüberschreitend. Es liegt daher nahe, dass die Schweiz Wege suchte, um am seit 1993 nahezu vollständig liberalisierten europäischen Luftverkehrsmarkt zu partizipieren.²⁸ Das EWR-Abkommen wäre eine Möglichkeit gewesen, den schweizerischen Luftverkehr umfassend in den liberalisierten europäischen Luftverkehrsmarkt zu integrieren. Da es jedoch von Volk und Ständen am 6. Dezember 1992 verworfen wurde, musste die Schweiz andere (juristische) Wege suchen, um die negativen wirtschaftlichen Folgen ihrer Nichtpartizipation zu mildern. Bereits Ende 1993 nahm die Schweiz mit ebendiesem Ziel Gespräche mit der EG auf. Diese Gespräche mündeten nach langwierigen Verhandlungen²⁹ im Jahre 1999 unter anderem in einem Luftverkehrsabkommen, das von Volk und Ständen am 21. Mai 2000 im Rahmen der Bilateralen I angenommen wurde und per 1. Juni 2002 in Kraft trat.³⁰

2. Rechtsnatur und Vertragsparteien

[Rz 11] Rechtlich handelt es sich beim Luftverkehrsabkommen

um einen bilateralen, völkerrechtlichen Vertrag³¹ zwischen der Schweiz und der EG.³² Anders als bei den übrigen sektoriellen Abkommen im Rahmen der Bilateralen I ist das Luftverkehrsabkommen ein partielles Integrationsabkommen, da die Schweiz in dessen Anhang das gesamte relevante europäische Sekundärrecht im Bereich des Luftverkehrs übernommen hat. Darüber hinaus hat die Schweiz auch die im sachlichen Anwendungsbereich des Luftverkehrsabkommens ergangenen Urteile, Beschlüsse und Entscheidungen des EuG, des EuGH beziehungsweise der Europäischen Kommission übernommen, soweit diese vor der Unterzeichnung des Luftverkehrsabkommens am 21. Juni 1999 ergangen sind.³³ Zutreffenderweise spricht die Botschaft deswegen von einer «Ausdehnung des europäischen Himmels über die Schweiz».³⁴ Die Schweiz hat mit anderen Worten mit dem Luftverkehrsabkommen in etwa die gleichen Bestimmungen auf dem Gebiete des Luftverkehrs übernommen, wie bei einem echten EU-Beitritt (sog. «Als-ob-Status»)³⁵.

3. Übernahme des neuen Sekundärrechts

[Rz 12] Das im Anhang des Luftverkehrsabkommens aufgeführte Sekundärrecht und die Rechtsprechung dazu entwickeln sich ständig weiter. Aus diesem Grunde sieht das Luftverkehrsabkommen einen Mechanismus vor, solchen Veränderungen Rechnung zu tragen. Konkret haben die Vertragsparteien einen Gemischten Ausschuss³⁶ eingesetzt, der sich jeweils gegen Ende Jahr trifft, um Fragen zur Anwendung des Luftverkehrsabkommens zu besprechen und über die Aufnahme neuen Sekundärrechts zu befinden. Innerstaatlich ist dies als Delegation von Rechtssetzungsbefugnissen an den Bundesrat zu qualifizieren.³⁷ Dieser wiederum erteilt den schweizerischen Vertretern im Gemischten Ausschuss verbindliche Instruktionen.³⁸

[Rz 13] Obwohl das Luftverkehrsabkommen das Recht jeder Vertragspartei unberührt lässt, unter Beachtung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung Rechtsvorschriften zu einem vom Luftverkehrsabkommen geregelten Sachverhalt

²⁸ Im Zentrum des per 1993 in Kraft gesetzten dritten Liberalisierungspakets stehen Vorschriften zur Gewährung des diskriminierungsfreien Zugangs zu den Berufen des Luftverkehrs (Verordnung [EWG] 2407/92 über die Erteilung von Betriebsgenehmigungen an Luftfahrtunternehmen, ABl. 1992 Nr. L 240/1), zur Öffnung des objektiven Zugangs zu Flugstrecken (Verordnung [EWG] 2408/92 über den Zugang von Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft zu Strecken des innergemeinschaftlichen Flugverkehrs, ABl. 1992 Nr. L 240/8) sowie zur Befreiung der Flugpreise von staatlicher Einflussnahme (Verordnung [EWG] 2409/92 über die Flugpreise und Luftfrachtraten, ABl. 1992 Nr. L 240/15). Vgl. auch SILVIA GRUNDMANN, Marktöffnung im Luftverkehr: hoheitliche Eintrittsbarrieren in den USA und in der EG, Baden-Baden 1999, S. 134 ff.; CHRISTIAN JUNG, Die Marktordnung des Luftverkehrs – Zeit für neue Strukturen in einem liberalisierten Umfeld, in: ZLW 1998, S. 308 ff.

²⁹ Zu Inhalt und Struktur der Verhandlung siehe ANDRÉ AUER, Das Abkommen über den Luftverkehr: eine politische Würdigung, in: DANIEL FELDER/CHRISTINE KADDOUS (Hrsg.), Bilaterale Abkommen Schweiz – EU (Erste Analysen), Genève 2001, S. 436 ff.

³⁰ BBl 2000 3773.

³¹ DANIEL THÜRER/CAROLINE HILLEMANN, Abkommen über den Luftverkehr, in: DANIEL THÜRER/ROLF H. WEBER/ROGER ZÄCH (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Ein Handbuch, 2. Aufl., Zürich 2007, S. 39.

³² Vertragspartei der Schweiz war die rechtsfähige EG und nicht die EU, deren Rechtsfähigkeit in der Lehre umstritten ist. Dazu TOBIAS JAAG, Europarecht, Die europäischen Institutionen aus schweizerischer Sicht, Zürich/Basel/Genf 2003, Rz. 1206.

³³ Art. 1 Abs. 2 Luftverkehrsabkommen.

³⁴ BBl 1999 6128, S. 6254. Nicht so die Europäische Kommission, welche im Luftverkehrsabkommen lediglich ein sich wechselseitiges Einräumen von Verkehrsrechten erblickt (Fn 59).

³⁵ JOACHIM BENTZIEN, Das Abkommen zwischen der EG und der Schweiz über den Luftverkehr, in: ZLW 2000, S. 467 ff., S. 470.

³⁶ Art. 21 f. Luftverkehrsabkommen.

³⁷ Art. 24 Abs. 2 des Parlamentsgesetzes (ParlG, SR 171.10).

³⁸ Art. 48a Abs. 1 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG, SR 172.010).

einseitig zu ändern,³⁹ ist die Schweiz nicht völlig frei zu entscheiden, ob sie neues Sekundärrecht auf dem Gebiete des Luftverkehrs übernehmen will oder nicht. So verfügt der Gemischte Ausschuss (notfalls) über die Kompetenz, nach einer Änderung von europäischen Rechtsvorschriften mittels Massnahmen «das ordnungsgemässe Funktionieren [des] Abkommens zu gewährleisten».⁴⁰ Dem ist anzufügen, dass sich seit dem Inkrafttreten des Luftverkehrsabkommens wiederholt gezeigt hat, dass die Europäische Kommission von der Schweiz die vollständige Übernahme neuer europäischer Rechtsvorschriften auf dem Gebiet des Luftverkehrs erwartet. Sie will dadurch Wettbewerbsvorteile ausschliessen, welche die Schweiz durch die Nichtübernahme neuen Sekundärrechts erlangen könnte.⁴¹

4. Anwendungsbereich

4.1 In örtlicher und sachlicher Hinsicht

[Rz 14] Das Luftverkehrsabkommen gilt einerseits für die Gebiete, in denen der Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft angewendet wird und andererseits für das Hoheitsgebiet der Schweiz (Art. 34). Sachlich legt es «Regeln im Bereich der Zivilluftfahrt fest» (Art. 1 Abs. 1), um dadurch «die Vorschriften für den Luftverkehr innerhalb Europas einander anzugleichen» (1. Satz der Präambel). Art. 2 verdeutlicht, dass die Bestimmungen des Luftverkehrsabkommens und dessen Anhang insoweit gelten sollen, wie sie «den Luftverkehr oder unmittelbar damit zusammenhängende Angelegenheiten wie im Anhang aufgeführt betreffen».

[Rz 15] Aufgrund der hier vor zitierten Bestimmungen hängt die Frage nach der Verpflichtung der Schweiz zur Unterstellung des Luftverkehrs unter das EU ETS entscheidend davon ab, ob die neue Richtlinie 2008/101/EG zur Änderung der (Mutter-)Richtlinie 2003/87/EG überhaupt in den «Bereich der Zivilluftfahrt» fällt beziehungsweise eine «den Luftverkehr oder unmittelbar damit zusammenhängende Angelegenheit» betrifft.

4.2 Auslegung im Allgemeinen

[Rz 16] Die Auslegung von Staatsverträgen richtet sich nach schweizerischem (Rechts-)Verständnis nach den Grundsätzen des Wiener Vertragsrechtsübereinkommens (VRK).⁴² Dieses legt in Art. 31 Abs. 1 VRK fest, dass ein «Vertrag (...) nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der ge-

wöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen [ist]». Dabei bildet der Wortlaut den massgeblichen Ausgangspunkt der Auslegung. Der historischen Auslegungsmethode kommt demgegenüber lediglich eine subsidiäre Bedeutung zu (Art. 32 VRK).⁴³

[Rz 17] In der EU hat sich für die Auslegung von Assoziierungsabkommen die Rechtsauffassung durchgesetzt, diese würden aufgrund ihres stark an das europäische Recht angelehnten Inhaltes kein eigentliches Völkerrecht mehr darstellen, sondern wiesen einen Charakter *sui generis* auf. Aus Sicht der Europäischen Kommission führt dies dazu, die Auslegung weniger stark am Wortlaut als vielmehr an den teleologischen Auslegungsgrundsätzen des EuGH und dessen Doktrin zum «*effet utile*»⁴⁴ zu orientieren. Demzufolge darf ein Auslegungsergebnis nicht dazu führen, dass ein Assoziierungsabkommen seiner Wirksamkeit beraubt wird. Stattdessen ist jenes Auslegungsergebnis zu wählen, welches dem Vertragszweck am Besten zum Durchbruch verhilft.⁴⁵ Die *effet utile*-Auslegung unterscheidet sich von der teleologischen Auslegung somit dadurch, dass der Zweck einer Norm beschreibt, was sie erreichen will bzw. welchem Ziel sie dienen soll. Die praktische Wirksamkeit einer Vorschrift geht darüber hinaus, weil sie gewährleistet, dass die Norm dieses Ziel tatsächlich erreicht.⁴⁶

4.3 Auslegung im Besonderen

[Rz 18] Das Luftverkehrsabkommen definiert den «Bereich der Zivilluftfahrt» nicht. Aufgrund seiner Präambel, wonach es eine Angleichung der Vorschriften für den Luftverkehr innerhalb Europas bezweckt, ergibt sich immerhin, dass es eine Harmonisierung der *verkehrsrechtlichen* und *-technischen* Vorschriften in der Zivilluftfahrt anstrebt. Dazu gehören beispielsweise Fragen der Flugsicherung oder Fragen der Zuweisung von Slots.⁴⁷ Folgerichtig entstanden die allermeisten der von der Schweiz übernommenen europäischen Sekundärrechtserlasse innerhalb der Europäischen Kom-

³⁹ Art. 23 Abs. 1 Luftverkehrsabkommen.

⁴⁰ Art. 23 Abs. 4 Luftverkehrsabkommen.

⁴¹ Vgl. REGULA DETTLING-OTT, Die Anwendbarkeit des sektoriellen Luftverkehrsabkommens zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft, in: ASDA/SVRL-Bulletin Heft Nr. 139/140, 1/2006 und 2/2006, S. 40.

⁴² Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge, SR 0.111.

⁴³ Zur Auslegung neu auch THOMAS COTTIER/NICOLAS DIEBOLD, Warenverkehr und Freizügigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Bilateralen Abkommen, in: Jusletter vom 2. Februar 2009.

⁴⁴ Ausführlich SIBYLLE SEYR, Der *effet utile* in der Rechtsprechung des EuGH, Berlin 2008.

⁴⁵ THOMAS COTTIER/ERIK EVTIMOV, Das sektorielle Abkommen der Schweiz mit der EG: Anwendung und Rechtsschutz, in: ZBJV 2003, S. 106 m.w.H.

⁴⁶ SEYR, Fn 44, S. 367.

⁴⁷ Ein Slot, auch Zeitnische genannt, bezeichnet ein Zeitfenster, während dem eine Fluggesellschaft einen Flughafen zum Starten oder Landen eines Luftfahrzeugs benutzen kann. In der EU und der Schweiz ist die Slotvergabe in der Verordnung (EWG) Nr. 95/93 des Rates vom 18.01.1993 über gemeinsame Regeln für die Zuweisung von Zeitnischen auf Flughäfen in der Gemeinschaft (ABl. L 14/1 vom 22. Januar 1993) geregelt, zuletzt ergänzt durch die Verordnung (EG) Nr. 793/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 (ABl. L 38/50 vom 30. April 2004).

mission unter Federführung der Generaldirektion Energie und Verkehr.

[Rz 19] Demgegenüber bezweckt die neue Richtlinie 2008/101/EG zur Änderung der Emissionshandelsrichtlinie gemäss ihrem 14. Erwägungsgrund «die dem Luftverkehr zurechenbaren Klimaauswirkungen (...) zu verringern». Abstrakter ausgedrückt soll damit der Anwendungsbereich der bestehenden (Mutter-)Richtlinie 2003/87/EG,⁴⁸ die Regeln zum Schutz der Umwelt aufstellt, auf den Verkehrsträger Luftfahrzeug ausgedehnt werden. An den umweltpolitischen Zielsetzungen der Richtlinie 2003/87/EG wird sich durch die Einbindung des Luftverkehrs freilich nichts ändern. Konsequenterweise entstanden daher sowohl die Emissionshandelsrichtlinie als auch die neue Richtlinie 2008/101/EG zur Einbindung des Luftverkehrs in das EU ETS innerhalb der Europäischen Kommission unter Federführung der Generaldirektion Umwelt.

[Rz 20] Die unterschiedlichen Zielsetzungen und die unterschiedliche (Kommissions-)Herkunft des von der Schweiz übernommenen Sekundärrechts im Luftverkehr einerseits und der Richtlinien 2008/101/EG und 2003/87/EG andererseits legen den Schluss nahe, dass die letztgenannten europäischen Richtlinien nicht vom sachlichen Anwendungsbereich des Luftverkehrsabkommens gedeckt sind. Dies nachdem sie keine Regeln im Bereich der Zivilluftfahrt, sondern Regeln im Bereich des Umweltschutzes aufstellen. Trotzdem ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Emissionshandelsrichtlinie in ihrer geänderten Fassung bald einmal auch den Verkehrsträger Luftfahrzeug betreffen wird. Ob dieser Berührungspunkt allerdings ausreicht, damit eine unmittelbar mit dem Luftverkehr zusammenhängende Angelegenheit im Sinne von Art. 2 des Luftverkehrsabkommens vorliegt und die Schweiz deswegen ihren innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Luftverkehr nach Massgabe der Richtlinie 2008/101/EG dem EU ETS wird unterstellen müssen, bleibt äusserst fraglich, denn:

[Rz 21] Die Schweiz hat zwar bereits Richtlinien zum Schutz vor Lärmemissionen von Luftfahrzeugen in den Anhang zum Luftverkehrsabkommen übernommen,⁴⁹ was dazu verleiten könnte, europäisches Sekundärrecht zum Schutz der Umwelt – soweit den Verkehrsträger Luftfahrzeug betreffend

– generell unter den Anwendungsbereich des Luftverkehrsabkommens subsumieren zu wollen. Diese Ansicht würde jedoch ausser Acht lassen, dass die fraglichen Richtlinien zum Schutz vor Lärmemissionen mit Ausnahme der Richtlinie 2002/30/EG⁵⁰ keine originär europäischen Regelungen aufstellten. Sie halten die EU-Staaten vielmehr dazu an, die internationalen Vorschriften gemäss Annex 16 («Environmental Protection») des Chicagoer Abkommens von 1944⁵¹ umzusetzen. Annex 16 ist in der Schweiz bereits am 4. April 1947 in Kraft getreten. Folglich bewirkte die Übernahme der fraglichen europäischen Richtlinien mit Ausnahme der Richtlinie 2002/30/EG keinen zusätzlichen Schutz der Menschen in der Schweiz vor luftfahrzeugbedingten Lärmemissionen. Weitere europäische Erlasse im Bereich des Umweltschutzes hat die Schweiz gestützt auf das Luftverkehrsabkommen nicht übernommen.

[Rz 22] Schliesslich erscheint der isolierte Einbezug des innerschweizerischen und grenzüberschreitenden Luftverkehrs in das EU ETS auch deshalb abwegig, weil die Schweiz auch deren (Mutter-)Richtlinie 2003/87/EG nicht übernommen und sich dem EU ETS nicht angeschlossen hat, obwohl ihr diese Möglichkeit auch als Nichtmitglied der EU offen stünde (vgl. Ziff. I./1. hiervor). Zwar untersagen weder die neue Richtlinie 2008/101/EG noch die ursprüngliche Richtlinie 2003/87/EG Drittstaaten ausdrücklich, sich lediglich hinsichtlich bestimmter Industriezweige oder Verkehrsträger dem EU ETS unterstellen zu können. Aufgrund der beträchtlichen administrativen Hürden und finanziellen Aufwendungen eines derart komplexen Unterfangens dürfte es aber unwahrscheinlich sein, dass es zwischen der Schweiz und der EU je zu einer auf den Luftverkehr beschränkten Unterstellung unter das EU ETS kommen dürfte.

[Rz 23] Vor diesem Hintergrund kann mit guten Gründen davon ausgegangen werden, dass weder die Emissionshandelsrichtlinie noch die neue Richtlinie 2008/101/EG zu deren Änderung vom sachlichen Anwendungsbereich des Luftverkehrsabkommens gedeckt ist. Dies nachdem diese beiden Richtlinien keine Regeln im «Bereich der Zivilluftfahrt» im Sinne von Art. 1 Abs. 1 des Luftverkehrsabkommens aufstellen, sondern Regeln im Bereich des Umweltschutzes. Daran vermag auch eine effet utile-Auslegung des Luftverkehrsabkommens nichts zu ändern, denn: Die Nichtunterstellung des innerschweizerischen und des grenzüberschreitenden Luftverkehrs unter das EU ETS wird kaum Einfluss auf die praktische Wirksamkeit des Luftverkehrsabkommens haben. Für Flüge zwischen Punkten in der Schweiz und der EU werden Airlines ab 2012 nämlich ohnehin Emissionszertifikate vorweisen müssen, da die Richtlinie 2008/101/EG daran anknüpft, ob ein Luftfahrzeug in der EU startet oder landet.⁵²

⁴⁸ 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 275/32 vom 25. Oktober 2003).

⁴⁹ Richtlinie 2002/30/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. März 2002 über Regeln und Verfahren für lärmbedingte Betriebsbeschränkungen auf Flughäfen der Gemeinschaft (ABl. EG L 85/40 vom 28. März 2002), die Richtlinie 80/51/EWG des Rates zur Verringerung der Schallemissionen von Unterschallluftfahrzeugen, geändert durch die Richtlinie 83/206/EWG (ABl. L 117/15 vom 4. Mai 1983) sowie die Richtlinie Nr. 89/629 des Rates vom 4. Dezember 1989 zur Begrenzung der Schallemission von zivilen Unterschallstrahlflugzeugen (ABl. EG L 363 vom 13. Dezember 1989).

⁵⁰ Siehe Fn 49.

⁵¹ Siehe Fn 24.

⁵² Der Anwendungsbereich der Richtlinie 2008/101/EG zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG wird beispielsweise dazu führen, dass eine Airline

Die Nichtunterstellung des schweizerischen Luftverkehrs unter das EU ETS würde somit lediglich – aber immerhin – dazu führen, dass für innerschweizerische Flüge (bspw. Zürich – Genf) und interkontinentale Flüge (bspw. Zürich – New York) keine «Verschmutzungsrechte» erforderlich wären.

5. Fazit

[Rz 24] Festzuhalten ist dreierlei: (i) Die Schweiz ist aufgrund des Luftverkehrsabkommens nicht dazu verpflichtet, ihren gesamten Luftverkehr dem EU ETS zu unterstellen. (ii) Der Bundesrat und die schweizerischen Vertreter im Gemischten Ausschuss verfügen im Luftverkehrsabkommen über keine Delegationsnorm, welche sie dazu berechtigt, den schweizerischen Luftverkehr dem EU ETS zu unterstellen. (iii) Der Luftverkehr zwischen der Schweiz und den EU-Staaten wird losgelöst vom Verhalten der Schweiz vom EU ETS tangiert werden, da die Richtlinie 2008/101/EG daran anknüpft, ob ein Luftfahrzeug in der EU startet oder landet (vgl. Ziff. 1./2. hiervor).

III. Auswirkungen bei einer Umsetzung der Richtlinie 2008/01/EG

1. Einleitung

[Rz 25] Ungeachtet der hiervor vertretenen Rechtsauffassung sollen nachfolgend gleichwohl die Auswirkungen einer schweizerischen Umsetzung der Richtlinie 2008/101/EG beleuchtet werden. Dieses Vorgehen drängt sich umso mehr auf, als ein Sprecher des Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation bereits im Juli 2007 hat verlauten lassen, dass die Schweiz dem europäischen Emissionshandel im Luftverkehr sehr offen gegenüber stehe und «aller Voraussicht nach mitmachen [werde]». ⁵³ Gleichzeitig kann damit eine weitere, juristisch nicht restlos geklärte Problematik untersucht werden: die Frage nach dem Anwendungsbereich des übernommenen Sekundärrechts.

2. Anwendungsbereich des übernommenen Sekundärrechts

[Rz 26] Während das Luftverkehrsabkommen selber nur die Beziehungen zwischen der Schweiz und der EG regelt, ist

das materielle europäische Luftrecht in den Verordnungen und Richtlinien enthalten, auf die der Anhang des Luftverkehrsabkommens verweist. Alle diese Sekundärrechtserlasse enthalten ihrerseits Bestimmungen zu ihrem Anwendungsbereich und regeln dabei oft auch die Beziehungen zu Drittstaaten. Für die Schweiz als Nichtmitglied der EU stellt sich vor diesem Hintergrund die Frage, ob sie das übernommene Sekundärrecht im Bereich der Zivilluftfahrt nur im Verhältnis zu den EU-Staaten oder gegenüber sämtlichen Staaten (bspw. den USA) anzuwenden hat. Dass dies keineswegs eine akademische Frage ist, sollen zwei Beispiele verdeutlichen.

[Rz 27] Sofern das von der Schweiz übernommene Sekundärrecht ausschliesslich auf jene Strecken anwendbar ist, für die sie und die EG sich im Luftverkehrsabkommen gegenseitig Verkehrsrechte ⁵⁴ eingeräumt haben, wären bei einer (schweizerischen) Umsetzung der Richtlinie 2008/101/EG ausschliesslich Flüge zwischen Punkten in der Schweiz und der EU dem europäischen Emissionsrecht unterworfen. Innerschweizerische Flüge (bspw. Genf – Zürich) fielen dagegen ausser Betracht, da das Luftverkehrsabkommen das Recht zur Kabotage ⁵⁵ (noch) nicht vorsieht. Interkontinentale Flüge in die Schweiz (bspw. New York – Zürich) und aus der Schweiz (bspw. Zürich – Dubai) fielen ebenfalls nicht unter den europäischen Emissionsrecht, obwohl diese Flüge die Hoheitsgebiete von EU-Staaten ohne Landung überfliegen müssen. Dies nachdem die Richtlinie 2008/101/EG einzig und alleine daran anknüpft, ob ein Flug auf einem Flughafen im Hoheitsgebiet eines EU-Staates abgeht oder endet.

[Rz 28] Ein weiteres anschauliches Beispiel zum Problem des Anwendungsbereichs von übernommenem Sekundärrecht

für einen Flug von Australien nach England für CO₂-Emissionen wird bezahlen müssen, die sie grösstenteils ausserhalb des Gebietes der EU-Mitgliedstaaten verursacht hat. Das EU ETS wird mithin vor allem bei Interkontinentalverbindungen Lebenssachverhalte erfassen, die sich überwiegend ausserhalb der Luftsäulen über den Hoheitsgebieten der EU-Mitgliedstaaten zutragen. Diese extraterritoriale Wirkung ist unter anderem vor dem Hintergrund von Art. 1 des Chicagoer Abkommens von 1944 (SR 0.748.0) problematisch. Vgl. dazu die Kritik der IATA in Fn 23.

⁵³ «EU führt Emissionshandel im Luftverkehr ein», NZZ Online vom 9. Juli 2008.

⁵⁴ Verkehrsrechte werden in sog. Freiheiten («freedoms of the air») eingeteilt. In Anlehnung an die Vereinbarung über den Transit internationaler Luftverkehrslinien («Transitübereinkommen», SR 0.748.111.2) unterscheidet man die folgenden Freiheiten: 1. Freiheit: Das Recht, das Hoheitsgebiet eines anderen Staates ohne Landung zu überfliegen (Überflugsrecht). 2. Freiheit: Das Recht, im Hoheitsgebiet eines anderen Staates zu nichtgewerblichen Zwecken (z.B. Reparaturen) zu landen (Technische Rechte). 3. Freiheit: Das Recht, Passagiere, Post und Fracht aus dem Heimatstaat in einen anderen Staat zu befördern (Direktverkehr). 4. Freiheit: Das Recht, Passagiere, Post und Fracht aus einem anderen Staat in den Heimatstaat zu befördern (Direktverkehr). 5. Freiheit: Das Recht, Passagiere, Post und Fracht auf einem Flug, der im Heimatstaat beginnt, zwischen zwei anderen Staaten zu befördern (Unterwegsverkehr). 6. Freiheit: Das Recht, Passagiere, Post und Fracht auf zwei verschiedenen Flügen von einem anderen Staat via den Heimatstaat in einen Drittstaat zu befördern (Transitverkehr). 7. Freiheit: Das Recht, Passagiere, Post und Fracht auf einem Flug zwischen zwei Drittstaaten zu befördern (Exterritorialverkehr). 8. Freiheit: Das Recht, Passagiere, Post und Fracht innerhalb eines Drittstaates zu befördern, aber in Verbindung mit dem Heimatstaat («cabotage»). 9. Freiheit: Das Recht, Passagiere, Post und Fracht ohne Verbindung zum Heimatstaat innerhalb eines Drittstaates zu befördern («stand alone cabotage»).

⁵⁵ Vgl. zum Begriff Fn 54.

stellt die Verordnung (EG) Nr. 261/2004⁵⁶ dar. Dieser in der Praxis kurz als Fluggastrechteverordnung⁵⁷ betitelt erlass gewährt Fluggästen, die von einem Flughafen im Gebiete eines EU-Staates aus einen Flug in einen Drittstaat antreten wollen, bei Annullierung ihres Fluges einen Anspruch auf Ausrichtung einer Ausgleichszahlung. Aus schweizerischer Sicht stellt sich damit die Frage, ob Fluggästen im Falle einer Annullierung ihres Fluges in einen Drittstaat (bspw. Zürich – New York) ebenfalls Anspruch auf Ausgleichszahlungen nach Massgabe der Fluggastrechteverordnung haben.

[Rz 29] Die mit dem Luftverkehrsabkommen angestrebte «Ausdehnung des europäischen Himmels über die Schweiz»⁵⁸ legt den Schluss nahe, dass die Schweiz das übernommene Sekundärrecht im Bereich des Luftverkehrs auch gegenüber Drittstaaten anzuwenden hat. Dem scheint allerdings die Rechtsauffassung der Europäischen Kommission entgegenzustehen.

3. Rechtsauffassung der Europäischen Kommission

[Rz 30] In ihrer Entscheidung 2004/12/EG vom 5. Dezember 2004⁵⁹ erhielt die Europäische Kommission im Zusammenhang mit den von Deutschland einseitig verhängten Anflugbeschränkungen⁶⁰ für den Flughafen Zürich bereits einmal die Gelegenheit, um sich zum Anwendungsbereich des Luftverkehrsabkommens und zur von der Schweiz übernommenen Verordnung (EWG) 2408/92⁶¹ zu äussern. Die Kom-

mission stellte sich dabei unter Hinweis darauf, dass «die Schweiz (...) nicht am Luftverkehrsbinnenmarkt teil[nehme]» auf den Standpunkt, das «[Luftverkehrs-]Abkommen [sehe] derzeit nur einen Austausch von Verkehrsrechten vor».⁶² Diese seien jedoch «[a]ngesichts des Anwendungsbereichs des Abkommens (...) auf die Ausübung von Verkehrsrechten zwischen der Schweiz und der Gemeinschaft beschränkt, unter Ausschluss von Flügen innerhalb der Gemeinschaft, innerhalb der Schweiz und zwischen der Schweiz und Drittländern sowie zwischen der Gemeinschaft und Drittländern». Derzeit ist das Verfahren beim EuG hängig.⁶³

[Rz 31] Die Erwägungen der Kommission legen den Schluss nahe, den Anwendungsbereich des von der Schweiz übernommenen Sekundärrechts auf jene Strecken zu beschränken, für die sich die Vertragsparteien gegenseitig Verkehrsrechte eingeräumt haben. Übertragen auf den europäischen Emissionsrechtehandel im Luftverkehr hiesse dies für die Schweiz, dass einzig Flüge zwischen der Schweiz und den EU-Staaten unter das EU ETS fielen. Innerschweizerische Flüge blieben dagegen vom EU ETS ebenso unberührt wie Interkontinentalflüge in die Schweiz und aus der Schweiz. Dadurch würden schweizerische Hubs⁶⁴ aller Voraussicht nach einen Standortvorteil gegenüber europäischen (Konkurrenz-)Hubs erhalten, ist nämlich davon auszugehen, dass die Airlines die emissionshandelsbedingten Mehrkosten auf jene Fluggäste überwälzen werden, welche die dem EU ETS unterliegenden Luftbeförderungen in Anspruch nehmen.

4 Kritische Würdigung

[Rz 32] Die Kommission reduziert das Luftverkehrsabkommen in ihrem zum Fluglärmstreit mit Deutschland ergangenen Entscheid⁶⁵ nicht zuletzt aus politischen Gründen auf ein klassisches bilaterales Luftverkehrsabkommen,⁶⁶ in dem sich die Vertragsparteien gegenseitig Verkehrsrechte einräumen.

⁵⁶ Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Februar 2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder grosser Verspätung von Flügen (ABl. EG Nr. L 46/1 vom 17. Februar 2004).

⁵⁷ Die in der Praxis ebenfalls verwendeten Kurzbezeichnungen «Überbuchungs-Verordnung», «Denied-Boarding-Verordnung» und «EG-Ausgleichsverordnung» sollten vermieden werden. Dies nachdem die Fluggastrechteverordnung neben der Überbuchung auch die Tatbestände der Annullierung und der grossen Verspätung regelt. Weiter gewährt sie den Fluggästen neben Ausgleichsleistungen auch Unterstützungsleistungen, Informationsrechte und ein Recht auf Rückbeförderung. Die Kurzbezeichnung «Fluggastrechteverordnung» ist daher am präzisesten.

⁵⁸ BBl 1999 6128, S. 6254. Nicht so die Europäische Kommission, welche im Luftverkehrsabkommen lediglich ein sich wechselseitiges Einräumen von Verkehrsrechten erblickt (Fn 59).

⁵⁹ Entscheidung 2004/12/EG der Europäischen Kommission vom 5. Dezember 2004 zu einem Verfahren bezüglich der Anwendung von Artikel 18 (2), erster Satz, des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über den Luftverkehr und der Verordnung (EWG) Nr. 2408/92 des Rates, (Sache TREN/AMA/11/03 – Deutsche Massnahmen bezüglich An-/Abflügen zum/vom Flughafen Zürich, Aktenzeichen K(2003) 4472 [ABl. EG Nr. 4/13 vom 8. Januar 2004]).

⁶⁰ Die damalige 213. Durchführungsverordnung zur deutschen Luftverkehrs-Ordnung ist mittlerweile durch die 220. Durchführungsverordnung zur Luftverkehrs-Ordnung (Festlegung von Flugverfahren für An- und Abflüge nach Instrumentenflugregeln zum und vom Flughafen Zürich) vom 10. März 2005 abgelöst worden (sog. DVO 3).

⁶¹ Verordnung (EWG) 2408/92 über den Zugang von Luftfahrtunternehmen

der Gemeinschaft zu Strecken des innergemeinschaftlichen Flugverkehrs (ABl. 1992 Nr. L 240/8).

⁶² Siehe Fn 59, Erw. 35.

⁶³ Vgl. Beschluss des EuGH (Erste Kammer) vom 7. Juli 2006 (Aktenzeichen T-319/05) zur Klage der Schweizerischen Eidgenossenschaft auf Nichtigerklärung der Entscheidung 2004/12/EG der Kommission vom 5. Dezember 2003.

⁶⁴ Unter Hub bzw. (Luftfahrt-)Drehkreuz versteht man einen «Umsteigeflughafen» einer Fluggesellschaft oder einer Allianz zwischen Kurz-, Mittel- bzw. Langstreckenflügen. Hierbei werden Passagiere und Güter zunächst zum Drehkreuz geflogen, um von dort mit Passagieren und Gütern aus anderen Richtungen (aber mit dem gleichen Ziel) zum Bestimmungsort weiterzufliegen (sog. Hub-and-Spoke-Verfahren). Im allgemeinen Sprachgebrauch wird Hub oft gleichbedeutend mit Verkehrsknotenpunkt oder Drehscheibe benutzt.

⁶⁵ Siehe Fn 59.

⁶⁶ Die Literatur verwendet oft einen engen Begriff des «bilateralen Luftverkehrsabkommens». Demnach sind darunter diejenigen völkerrechtlichen Vereinbarungen zwischen zwei Staaten zu verstehen, worin diese den Linienverkehr untereinander regeln. Vgl. GÜNTER HEUBERGER, Die Luftverkehrsabkommen der Schweiz, Diss. Zürich 1992, S. 121.

Wie aber bereits unter Ziff. II./2. hiervoor dargelegt wurde, ist das Luftverkehrsabkommen weit mehr: Das Luftverkehrsabkommen ist ein partielles Integrationsabkommen, mit dem die Schweiz das gesamte relevante Sekundärrecht im Bereich des Luftverkehrs übernommen und damit eine «Ausdehnung des europäischen Himmels über die Schweiz» herbeigeführt hat.⁶⁷ Mit der Übernahme hat die Schweiz aber gleichzeitig auch die Bestimmungen akzeptiert, welche den Geltungsbereich des Sekundärrechts regeln und dabei bisweilen auch die Beziehungen zu Drittstaaten tangieren. Folglich ist die Schweiz der EG gegenüber verpflichtet, das übernommene Sekundärrecht im Verhältnis zu Drittstaaten anzuwenden. Nur so ist die Schweiz im Bereich der Zivilluftfahrt – wie vom Luftverkehrsabkommen bezweckt – einem EU-Staat weitestgehend gleichgestellt (sog. «Als-ob-Status»)⁶⁸

[Rz 33] Die hiervoor vertretene Rechtsauffassung lässt sich ohne Weiteres mit dem Grundsatz vereinbaren, wonach die EU die Schweiz nicht in Bezug auf ihre Beziehungen zu Drittstaaten verpflichten kann.⁶⁹ Dass die Schweiz das übernommene Sekundärrecht im Verhältnis zu Drittstaaten anwenden muss, tangiert ihre Kompetenz zur Regelung ihrer Beziehungen zu Drittstaaten nämlich nicht, sondern ist als Konsequenz des (freiwillig) akzeptierten Geltungsbereichs des übernommenen Sekundärrechts hinzunehmen. Wenn die Schweiz somit – aus welchen Gründen auch immer – den Luftverkehr gestützt auf die Richtlinie 2008/101/EG zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG ins EU ETS integrieren würde, müsste sie auch innerschweizerische Flüge und Interkontinentalflüge dem EU ETS unterstellen. Alles andere liefe auf Wettbewerbsverzerrungen unter den europäischen Hubs hinaus.

IV. Fazit

[Rz 34] Die Richtlinie 2008/101/EG zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG zwecks Einbindung des Luftverkehrs in das europäische System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten stellt keine Regeln im Bereich der Zivilluftfahrt, sondern Regeln im Bereich des Umweltschutzes auf. Sie fällt daher nicht in den sachlichen Anwendungsbereich des Luftverkehrsabkommens. Folglich ist die Schweiz trotz des Luftverkehrsabkommens mit der EG nicht dazu verpflichtet,

die europäische Neuregelung zur Einbindung des Luftverkehrs in den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten zu übernehmen und im Landesrecht umzusetzen. Gleichzeitig können sich weder der Bundesrat, geschweige denn die schweizerischen Vertreter im Gemischten Ausschuss auf eine Delegationsnorm im Luftverkehrsabkommen abstützen, die sie zur Unterstellung des Luftverkehrs unter das EU ETS ermächtigt. Gleichwohl steht zu vermuten, dass die schweizerische Politik andere Wege suchen wird, um die Schweiz im Luftverkehr früher oder später vollumfänglich in den europäischen Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten zu integrieren.

Urs Marti ist Rechtsanwalt bei Kellerhals Anwälte in Bern.

* * *

⁶⁷ So die Botschaft zu den Bilateralen I, siehe Fn 34.

⁶⁸ BENTZIEN, Fn 35, S. 470.

⁶⁹ Das Luftverkehrsabkommen beliess der Schweiz die Kompetenz, mit Drittstaaten autonom über den Abschluss von bilateralen Luftverkehrsabkommen zu verhandeln. Den Mitgliedstaaten ist es demgegenüber untersagt, mit Drittstaaten Luftverkehrsabkommen abzuschliessen, worin nur jene Fluggesellschaften zur Ausübung von Verkehrsrechten berechtigt werden, welche im Eigentum von Staatsangehörigen eines der beiden Vertragsstaaten stehen. Vgl. EuGH-Urteile vom 5. November 2002 gegen Belgien (C-471/98), Dänemark (C-467/98), Deutschland (C-476/98), Finnland (C-469/98), Grossbritannien (C-466/98), Luxemburg (C-472/98), Österreich (C-475/98) und Schweden (C-468/98).