

Rechtsgutachten

zur Einführung eines CO₂-Grenzausgleichsmechanismus in der Schweiz

30. November 2022

erstattet dem Bundesamt für Umwelt BAFU, 3003 Bern*

von

Thomas Cottier, Prof. Dr. iur. Dr. h.c. mult, LL.M., Fürsprecher, Senior Research Fellow, World Trade Institute, Universität Bern, 3006 Bern,

Ilaria Espa, Prof. Dr. iur, Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Università de la Svizzera Italiana, 6900 Lugano, Senior Research Fellow, World Trade Institute, Universität Bern, und

Kateryna Holzer, Dr. iur., Dr. oec., Senior Research Fellow, Center for Climate Change, Energy and Environmental Law of the University of Eastern Finland, 80100 Joensuu – Dr. Holzer ist wohnhaft in 3098 Schliern b. Köniz.

Executive Summary

Der Vorschlag der CBAM Verordnung der EU verknüpft den Grenzausgleich mit dem binnenmarktrechtlichen System des Emissionshandels (EHS). CBAM kann WTO rechtlich kompatibel ausgestaltet werden, wenn sichergestellt ist, dass die Belastung durch CBAM im Ergebnis nicht höher ist als durch das binnenrechtliche bzw. schweizerische EHS. Die UN-Klimarahmenkonvention wie das Pariser Abkommen verlangen dabei, dass die Entwicklungsländer im Rahmen der gemeinsamen aber differenziellen Verantwortung eine besondere Behandlung erfahren, die sich durch finanzielle Beiträge an den Strukturwandel sowie durch den Transfer von nachhaltigen Technologien und das dazu erforderliche Wissen umsetzen lässt. Im Verhältnis zur EU erweist sich ein Ausgleichsmechanismus der Schweiz als sinnvolle Ergänzung zur Verknüpfung der Emissionshandelssysteme. Er muss nicht gleich ausgestaltet, aber zeitlich synchron auf die EU abgestimmt werden. Die Regelung kann auf Art. 133 BV gestützt werden und wird vorzugsweise gemeinsam mit dem EHS in einem separaten Bundesgesetz mit entsprechenden Ausführungsbestimmungen erlassen. Schnittstellen mit der EU können in einem revidierten Abkommen zum Emissionshandel geregelt werden.

* Die Verfasser danken Maurus Bärlocher, Bettina Kast und Sandra Wieser, (alle BAFU), Brigitta Imeli, Martin Lanz und Andreas Schläpfer (alle SECO) bestens für wertvolle Anregungen und Kommentare zum Entwurf des Gutachtens vom 14.10.22.

Inhaltsverzeichnis

I. Fragestellung und Auftrag	3
II. Rechtsnatur des Grenzausgleichs CBAM	4
A. Der Vorschlag der EU Kommission	4
B. Unklare Rechtsnatur	5
III. Vereinbarkeit mit dem Recht der WTO und bestehenden Freihandelsabkommen	5
A. WTO-Recht	5
1. Steuerausgleich, Produktregulierung oder zollgleiche Abgabe?	5
2. Produktions- und Herstellungsverfahren (PPMs).....	7
3. Meistbegünstigung	7
4. Inländerbehandlung	8
5. Verbot mengenmässiger Beschränkungen.....	8
6. Anerkennung von Non-trade Concerns und Ausnahmebestimmungen.....	9
7. Anforderungen an die Lizenzierung	11
8. Auswirkungen des TBT-Abkommens.....	11
9. Anforderungen des Abkommens über Subventionen und Ausgleichsmassnahmen	12
10. Verpflichtung zu Technologie-transfer an ärmste Länder	13
B. Die Wirkung von Freihandelsabkommen mit Drittstaaten	13
IV. Vereinbarkeit mit UNFCCC und dem Pariser Abkommen	14
A. Beitrag an die Reduktion von CO ₂ Emissionen.....	14
B. Gemeinsame, aber unterschiedliche Verantwortlichkeit	14
C. Spielraum für finanzielle Unterstützung und Technologietransfer	15
V. Verhältnis zum Recht der bilateralen Beziehungen mit der EU	16
A. Die Verknüpfung der EHS Systeme der EU und der Schweiz	16
B. Freier Warenverkehr	16
C. Waren mit Ursprung in Drittstaaten.....	17
VI. Umsetzung im schweizerischen Recht	18
A. Verknüpfung mit EHS	18
B. Verfassungsrechtliche Grundlage	19
C. Regelungen auf Gesetzesstufe	20
D. Anpassungen im EHS der Schweiz	21
E. Notwendige Elemente des EU CBAM Rechts.....	21
F. Spielräume der schweizerischen Rechtssetzung	22
G. Mögliche Verankerungen	22
H. Mögliche Anpassungen des EHS Vertrages	24
VII. Zusammenfassung und Risikoeinschätzung	24

Annex I: The EU CBAM Proposal and WTO Law (Beilage, 43 Seiten)

Annex II: The EU CBAM Proposal, UNFCCC and the Paris Agreement (Beilage, 12 Seiten)

I. Fragestellung und Auftrag

Gemäss Vertrag vom 12. August 2022 sind Fragestellung und Auftrag wie folgt umschrieben:

«Die EU-Kommission hat im Juli 2021 zur Senkung der Treibhausgasemissionen bis 2030 gegenüber 1990 um mindestens 55 Prozent eine Reihe von Legislativvorschlägen vorgelegt. Darin enthalten ist eine Verschärfung des Emissionshandelssystems (EHS), welche unter anderem eine Erhöhung des Absenkpades und die schrittweise Reduktion der kostenlosen Zuteilung von Emissionsrechten vorsieht. Ein Grenzausgleichsmechanismus (CBAM) soll in diesem "Fit-for-55"-Paket die Verschärfungen der klimapolitischen Instrumente begleiten, insbesondere um die Verlagerung der Produktion in Länder, die weniger strenge Vorschriften zum Ausstoss von Treibhausgasemissionen haben, zu verhindern (sog. Carbon Leakage). Die Schweiz soll aufgrund der seit Anfang 2020 bestehenden Verknüpfung der EHS der Schweiz und der EU (Linking-Abkommen) vom EU-CBAM ausgenommen werden. In diesem Zusammenhang stellen sich verschiedene Fragen, so insb. welchen Spielraum die Schweiz bei einer allfälligen Einführung eines CBAM hinsichtlich dessen Umsetzung besitzt.

1. Rechtliche Einordnung und Vereinbarkeit mit internationalem Recht:
 - a) Wie ist der CBAM rechtlich zu qualifizieren?
 - b) Ist die Einführung eines CBAM (insb. auch analog dem CBAM in der EU) in der Schweiz vereinbar mit:
 - i. dem internationalen Wirtschaftsrecht gemäss der WTO-Rechtsordnung insbesondere in Bezug auf das Übereinkommen über Subvention und Ausgleichsmassnahmen (SR 0.632.20 Anhang 1A.13), das Übereinkommen über technische Handelshemmnisse (SR 0.632.231.41) sowie das Abkommen über die Vergabe von Lizenzen;
 - ii. der UN-Klimarahmenkonvention (United Nations Framework Convention on Climate Change, UNFCCC) und insb. dem Übereinkommen von Paris (Klimaübereinkommen);
 - iii. den Verpflichtungen aus Verträgen der Schweiz mit der Europäischen Union (insb. mit dem Linking-Abkommen) und mit den EFTA-Staaten?
 - c) Was ist bei der Verwendung der Einnahmen, die im Zusammenhang mit einem CBAM erfolgen, in Bezug auf das internationale Wirtschaftsrecht zu beachten?
2. Umsetzungen in der Schweiz:
 - a) Welches sind die Kernelemente der EU-Regulierung zum CBAM, welche auf Gesetzesebene festgehalten werden müssten?
 - b) Welche Bestandteile der EU-Regulierung müssten wir mindestens übernehmen, damit ein CH-CBAM vollzugstechnisch mit dem EU-CBAM kompatibel wäre?
 - c) Hat die Schweiz nach internationalem Recht bei der Regulierung einen darüberhinausgehenden Spielraum?
 - d) In welchem Erlass würde ein Schweizer CBAM am besten geregelt? Wie könnte ein Regulierungsvorschlag aussehen?

- e) Bedarf die Übernahme des CBAM ins Schweizer Recht eines bilateralen Abkommens mit der EU oder kann sie autonom umgesetzt werden?»

Das Gutachten beschränkt sich entsprechend auf rechtliche Fragen. Die Risiken von *Carbon Leakage* in der Schweiz und von Auslagerungen betroffener Industrien werden nicht untersucht, ebenso wenig die zu erwartenden Auswirkungen auf die betroffene Industrie in der Schweiz und Drittstaaten auf Grund bestehender und potentieller Handelsbeziehungen.

II. Rechtsnatur des Grenzausgleichs CBAM

A. Der Vorschlag der EU Kommission

1. Der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung einer CO₂-Grenzausgleichssystems vom 17.4.2021 [COM(2021) 564 final] sieht für eine Reihe in Annex I definierten Gütern (Zement, elektrischer Strom, Düngemittel, Eisen und Stahl, Aluminium) eine über die Zollbelastung hinausgehende CBAM Abgabe (*Carbon Border Adjustment Mechanism*) vor zum Ausgleich der im Rahmen des europäischen Emissionshandelssystems (EMS) anfallenden Zusatzbelastungen auf der Herstellung gleichartiger Produkte innerhalb der Europäischen Union, des Europäischen Wirtschaftsraums (Island, Liechtenstein, Norwegen) sowie der Schweiz und den in Anhang II aufgeführten Enklaven.
2. Importeure von unter den CBAM fallenden Produkten werden verpflichtet, nach Massgabe der in die EU eingeführten Mengen jährlich sog. CBAM Zertifikate zu erwerben, deren Preis auf den im Rahmen des Emissionshandelssystems bestehenden Ansätzen und Belastungen beruht. Die Importeure können dabei im Herstellungsland geleistete finanzielle Beiträge an die Reduktion von CO₂ Emissionen in Abzug bringen, um Doppelbelastungen zu vermeiden. Die Kosten des CBAM Zertifikates werden je nach Marktlage vom Konsumenten, dem Importeur oder dem Hersteller getragen oder unter ihnen aufgeteilt. Die damit verbundene Verteuerung des Produktes gleicht die auf inländischen gleichartigen Produkten erforderlichen Bezug von Emissionsrechten aus. Diese werden im Gleichschritt mit der am 1.1.2026 geplanten schrittweisen Einführung von CBAM Zertifikaten kostenpflichtig werden und nicht mehr länger weitgehend unentgeltlich und damit als Produktionsbeihilfen in der bisherigen Einführungsphase des EMS zur Verfügung gestellt.
3. Die Einführung von CBAM bezweckt erstens, die Auslagerung einheimischer Produktion in Staaten mit tieferen Anforderungen an eine emissionsarme Produktion zu verhindern (*Carbon Leakage*). Zweitens schafft CBAM gleiche Wettbewerbsbedingungen für die europäische Industrie (*level playing field*). Drittens bietet die Massnahme Anreize für die Umstellung auf eine emissionsarme Produktionsweisen in Drittstaaten. Denn die Belastung bemisst sich nach Massgabe der Emissionen, unter Anrechnung finanzieller Vorleistungen im Produktionsland. Soweit emissionsfrei produziert wird, entfällt die effektive Belastung, befreit den Importeur aber nicht vom Verfahren der Einfuhrbewilligung und den Meldepflichten.
4. Sowohl der Rat wie das Europäische Parlament haben Änderungsvorschläge eingebracht, die derzeit behandelt werden. Sie betreffen in erster Linie den Geltungsbereich. Das Parlament will diesen auf indirekte Emissionen ausdehnen, womit sich der Geltungsbereich der Abgabe erheblich erweitern würde und schwierige Fragen der Umsetzung und Kontrolle mit sich bringen. Sodann setzte sich im Parlament der Vorschlag zur Prüfung durch, ob künftig die EHS Belastungen für Exporte auf eine WTO kompatible Weise erstattet werden, um

die Wettbewerbsfähigkeit auf Drittmärkten zu verbessern, die keine oder geringere vergleichbare Abgaben auf CO2 Emissionen kennen. Die Kommission ist beauftragt, dies bis 2025 zu klären. Eine definitive Fassung der Verordnung liegt derzeit noch nicht vor, obgleich diese in einer ersten Fassung auf den 1.1.23 in Kraft treten soll.

B. Unklare Rechtsnatur

5. In der Ausgestaltung des Vorschlages der Kommission handelt es sich rechtlich um eine anlässlich des Importes anfallende finanzielle Leistung, die zum Erwerb der CBAM Zertifikate erforderlich ist. Aus europarechtlicher und innerstaatlicher Sicht liegt im Ergebnis eine geldwerte Abgabe vor, deren Höhe im Rahmen der Marktregulierung von verschiedenen Faktoren abhängt. Aus Sicht des internationalen Wirtschaftsrechts stellt sich die Frage, ob hier eine zollähnliche Abgabe, eine interne Ausgleichsteuer für Belastungen im Rahmen des EHS oder eine Handelsregulierung vorliegt. Die Antwort hängt wesentlich von der WTO-rechtlichen Beurteilung ab. Dabei wird entscheidend sein, ob und inwieweit die Massnahme ausländische Produkte gesamthaft gesehen unter Einbezug des EHS de facto stärker als inländische gleichartige Produkte belastet und ihnen damit einen Wettbewerbsnachteil zuweist oder nicht.

6. Der Verordnungsentwurf sieht vor, dass die Erträge aus dem Verkauf von CBAM Zertifikaten grösstenteils dem allgemeinen Budget der EU zukommt und damit beliebig für staatliche Zwecke verwendet werden kann.

7. Die Frage stellt sich, ob die Regelung und Abgabe sowie deren Verwendung mit dem Recht und Verträgen der WTO auf Grund des Abkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation vom 15. April 1994 (WTO, SR 0.632.20), den Verpflichtungen aus dem Rahmenabkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen vom 9. Mai 1992 (UNFCCC, SR 0.814.01) und dem Pariser Abkommen vom 12. Dezember 2015 (PA, SR 0.814.012) vereinbar sind. Wie auch immer die CBAM-Abgabe EU rechtlich definiert ist, entscheidet sich ihre Zulässigkeit und ihre Ausgestaltung primär nach diesen völkerrechtlichen Verpflichtungen. Das gilt auch für die Schweiz soweit sie einen CBAM einführt. Die EU-Kommission geht davon aus, dass der Vorschlag mit den internationalen Verpflichtungen der Union vereinbar ist, führt dies indessen in ihren Erläuterungen nicht näher aus.

III. Vereinbarkeit mit dem Recht der WTO und bestehenden Freihandelsabkommen

8. Die Vereinbarkeit von CBAM mit dem Recht der WTO wird in Annex I eingehend untersucht. Die Ergebnisse werden wie folgt auf die Schweiz ausgerichtet zusammengefasst und diskutiert, unter Verweis auf die entsprechenden Randziffern von Annex I.

A. WTO-Recht

1. STEUERAUSGLEICH, PRODUKTEREGULIERUNG ODER ZOLLGLEICHE ABGABE?

9. Das WTO Recht sieht in Art. II:2(a) GATT die Möglichkeit von Grenzausgleichsmassnahmen (*Border Tax Adjustments*) vor, mit denen Belastungen auf innerstaatlichen Produkten wettbewerbsneutral ausgeglichen werden können (7-11). Die Mehrwertsteuer ist hierzu das bekannteste Beispiel. Durch die Abschöpfung an der Grenze anlässlich des Import-

tes wird die Abgabe nicht zu einem Zoll, da sie in anderer Form gleichermassen auf inländischen Produkten erhoben wird und damit der Grundsatz der Inländerbehandlung von Art. III GATT gewahrt bleibt. Sie qualifiziert sich als interne Warensteuer, was auch die Erstattung beim Export zulässt. Solche Abgaben können dabei nur auf Waren erhoben werden. Sie schliessen die direkte Besteuerung von Personen aus.

10. Ausgleichsmassnahmen können im Rahmen von Art. III GATT auch für Marktregulierungen angewandt werden. Sie sind nicht auf fiskalische Abgaben beschränkt. Da die vorliegende Abgabe in engem Zusammenhang steht mit dem binnenmarktrechtlichen Emissionshandelssystem, kann die Massnahme auch in diesem Sinne verstanden werden.

11. Ob eine Abgabe im Sinne von Art. II:2(a) GATT oder eine Regelung im Sinne von Art. III GATT vorliegt, ist umstritten und dürfte autoritativ erst durch die Streitbeilegung der WTO entschieden werden (12-18). Nicht erforderlich ist, dass die Massnahmen für inländische Produkte und für ausländische Produkte identisch sind. Sie können unterschiedliche Anknüpfungspunkte und Ausprägungen haben. So knüpft das EHS am Produzenten an, während CBAM auf die importierte Ware abstellt. In beiden Fällen wird für die WTO Kompatibilität entscheidend sein, dass die Massnahme im Verhältnis zum EHS der EU bzw. der Schweiz nichtdiskriminierend ist, Sie darf nicht belastender ausfallen als im EHS auf gleichen inländischen Produkten mit vergleichbaren Emissionswerten. Unter dieser Voraussetzung kann u.E. CBAM mit der EU Kommission grundsätzlich als eine Anpassung an der Grenze an die binnenmarktrechtliche Regelung des EHS verstanden werden.

12. Soweit die Abgabe für CBAM Zertifikate im Ergebnis gegenüber inländischen gleichartigen Produkten über deren Belastung durch das EHS hinausgeht, kann im Ergebnis aber auch eine zollgleiche Abgabe nicht ausgeschlossen werden (19). Ein Einfuhrzoll wird voraussetzungslos geschuldet und betrifft inländische Produkte nicht. Er darf indessen die im Rahmen der WTO vereinbarte Zollbindung gesamthaft mit dem erhobenen Gebrauchsoll nicht übersteigen.

13. Neben den genannten Ansätzen ist es WTO rechtlich möglich, Schutzwirkungen auf dem direkten Weg des Zollrechts zu erzielen durch die Anwendung unterschiedlicher Einfuhrzölle für emissionsarm und emissionsintensiv produzierte gleichartige Waren (*Carbon Tariffs*) (20). Dazu müssen für emissionsintensive Produkte allenfalls bestehende Zollsätze nach Art. XXVIII GATT dekonsolidiert und erhöht werden, unter Leistung eines Ausgleichs auf anderen Produkten. Emissionsarm produzierte Waren können so im Gegenzug zollfrei importiert werden, womit ein Anreiz zur Strukturanpassung der Produktionsmethoden verbunden ist. Schwellenwerte dazu (PPMs, nachstehend Ziff. 14/15) können einseitig im Zolltarif auf den Positionen 6-8 des Harmonisierten Systems festgelegt werden. Die Abgleichung mit dem System des Emissionshandels erfolgt durch eine entsprechende periodische Anpassung der Gebrauchszölle im Rahmen der gebundenen Zollsätze, die nicht überschritten werden dürfen. Es handelt sich hier um einen neuen Typus im Abgaberecht: ein zweckgebundener Lenkungsoll, dessen Erträge wiederum in die Reduktion von Emissionen fliessen muss im Lichte der Verpflichtungen zu finanzieller Unterstützung und Technologietransfer an Entwicklungsländer unter dem UN Rahmenabkommen UNFCCC und dem Pariser Abkommen (s. Annex II). Die Rechtfertigung differenzieller Zollsätze in Art. I GATT erfolgt nach Massgabe von Art. XX GATT und der entsprechenden Rechtsprechung und ihre Ausgestaltung unter Berücksichtigung von Verpflichtungen aus dem UN Rahmenabkommen und dem Pariser Abkommen. Die EU hat sich nicht für diesen Weg entschieden. Die Frage wird sich stellen, ob er für die Schweiz in Frage kommen kann.

2. PRODUKTIONS- UND HERSTELLUNGSVERFAHREN (PPMs)

14. CBAM charakterisiert sich WTO rechtlich als Massnahme, die auf sog. nicht produkt-spezifische Produktions- und Herstellungsverfahren abstellt (sog. *Non-product related Process and Production Methods* (npr-PPMs) (21-33). Ob und inwieweit Kosten nach der Einfuhr anfallen, hängt von den Emissionen und damit dem Herstellungsverfahren der Ware ab.

15. Die Rechtsprechung der WTO stand npr-PPMs vorerst zufolge ihrer extraterritorialen Wirkungen ablehnend gegenüber, hat diese aber in der jüngeren Praxis zunehmend anerkannt (27-33). Im Rahmen der Nachhaltigkeit und vor allem des Klimawandels kommt es zunehmend auf die Produktionsmethoden einer Ware an. Entsprechend wird die physische Beschaffenheit relativiert. Unterschiedliche Produktionsmethoden führen zu unterschiedlichen Behandlungen gleicher Produkte über die klassische physikalische Beschaffenheit des Endproduktes hinaus. Umstritten ist weiterhin, ob solche Unterscheidungen im Rahmen der WTO-rechtlichen Analyse (28-33) durch den Befund unterschiedlicher Märkte, aber auch durch die Beachtung unterschiedlicher Präferenzen seitens der Konsumentinnen und Konsumenten (*consumer tastes and habits*) getroffen werden können. Letztere spielen vor allem bei Konsumgütern eine Rolle, so dass die Regelung von npr-PPMs bei den von CBAM erfassten Produkten in der Praxis unter den Ausnahmebestimmungen von Art. XX GATT (unten Ziff. 23 ff) gerechtfertigt werden muss.

3. MEISTBEGÜNSTIGUNG

16. Das Erfordernis der Nicht-Schlechter-Behandlung ausländischer Produkte bezieht sich erstens mit der Meistbegünstigung auf die Gleichbehandlung aller Mitgliedstaaten der WTO (34-41). Die Ausnahme für Waren mit Ursprung in Schweiz und den EFTA Staaten von der CBAM-Abgabepflicht (und umgekehrt seitens der Schweiz der EU/EWR Staaten) gegenüber Waren aus Drittstaaten wirft die Frage auf, ob dies mit der Meistbegünstigung vereinbar ist, da Drittstaaten dieses Privileg nicht geniessen und CBAM unterworfen sind. Die Rechtsprechung gibt dazu noch keine klaren Antworten. Massgebend ist hier u.E., dass die Produkte mit Ursprung in der Schweiz und den EWR Staaten dem europäischen EHS unterliegen oder im Falle der Schweiz mit diesem verbunden sind. Sie unterliegen somit bereits innerstaatlichen Regeln und Abgaben, die nicht durch CBAM Abgaben ausgeglichen werden müssen. Dies setzt voraus, dass die Belastung von Drittstaatprodukten de jure oder de facto nicht höher ausfällt und nicht angewandt werden darf gegenüber Produkten, die bereits in der Schweiz und den EWR Staaten anfallen. Problematisch unter dem Aspekt der MFN bleibt die Regelung, wonach die CBAM Verordnung nur direkte Reduktionen anerkennt, nicht aber indirekte Massnahmen zur Senkung von Treibhausgasen, die in anderen Staaten im Vordergrund stehen können.

17. Die Privilegierung der Schweiz und der EFTA Staaten lassen sich schliesslich durch das Freihandelsabkommen von 1972 bzw. den EWR Vertrag gestützt auf Art. XXIV GATT WTO-rechtlich verteidigen (41). Danach werden neben der Zollunion auch Freihandelsverträge ausdrücklich von der Meistbegünstigung ausgenommen, wenn diese gemäss Art. XXIV(8)(a)(ii)(b) GATT im Wesentlichen den gesamten Warenverkehr (*substantially all the trade*) umfassen. Das trifft im Freihandelsabkommen von 1972 für die hier relevanten Industrieerzeugnisse zu, nicht aber für die landwirtschaftlichen Produkte zu, die auch im Agrarabkommen mit der EU von 1999 (SR 0.916.026,81) nur teilliberalisiert wurden. WTO rechtlich ist weiterhin umstritten, ob auch diese weitgehend liberalisiert sein müssen, um Art. XXIV gesamthaft erfolgreich anzurufen.

4. INLÄNDERBEHANDLUNG

18. Das Erfordernis der Nicht-Schlechter-Behandlung bezieht sich zweitens auf das Verhältnis von Importen zu einheimischen Produkten (42-57). Eine Schlechterstellung von Drittstaaten und damit eine Verletzung der Inländerbehandlung liegt nicht bereits vor, wenn die Massnahme nicht identisch ist mit den auf die inländischen Produkte anwendbaren Vorschriften. (49-52) Die unterschiedliche Ausgestaltung von EHS und CBAM in Bezug auf Adressaten und Handelbarkeit ist grundsätzlich mit Art III GATT vereinbar. Entscheidend ist, ob im Ergebnis eine Diskriminierung ausländischer Produkte de jure oder de facto resultiert. Wesentlich ist, dass sich die Belastung für CBAM Zertifikate nach dem EHS richtet und nicht über die Belastung für EHS Zertifikate auch unter Berücksichtigung des Handelspreises hinausgeht. Ob dies sichergestellt werden kann muss sich in der Praxis weisen. Unproblematisch sind tiefere Belastungen. So ist der Geltungsbereich von CBAM jedenfalls heute noch enger als des EHS, und bezieht sich nur auf direkte Emissionen. Beides führt dazu, dass die Belastung auf inländischen Produkten gesamt grösser ist und damit keine Verletzung der Inländerbehandlung vorliegt.

19. Probleme können sich ergeben, wenn CBAM auf indirekte Emissionen ausgedehnt würde (sog. *Scope 2 emissions*) (47/48). Der Einschluss indirekter Kosten in den CBAM wird vom Konzept des Grenzausgleichs nicht erfasst: Eine Erhöhung der Kosten von Strom oder anderen Inputs stellt weder eine Steuer noch eine sonstige behördliche Abgabe dar und kann daher nicht an der Grenze ausgeglichen werden. Darüber hinaus würde ein solcher Ausgleich das Prinzip der Inländerbehandlung verletzen, da Importeure im Gegensatz zu nationalen Produzenten Zertifikate für Emissionen erwerben müssten; EU-Produzenten sind ja nicht verpflichtet, Emissionszertifikate für in ihre Inputs eingeschlossene Emissionen zu erwerben, da diese Emissionen bereits durch die Stromproduzenten der EU bezahlt sind, bevor der Strom an die verarbeitende Industrie weitergeleitet wird. Probleme können sich sodann ergeben, wenn sog. *default values* zum Tragen kommen in Fällen, wo die effektiven Emissionen der Produktion nicht eruiert werden können und eine Ungleichbehandlung resultieren kann (43, 51, 119). Solange aber die Produzenten die Möglichkeit haben, die effektive Belastung nachzuweisen und vorzulegen, können Verletzungen der Inländerbehandlung vermieden werden.

20. Nicht mit der Inländerbehandlung ist klarerweise die kostenlose Abgabe von EHS Zertifikaten und der gleichzeitigen Unterstellung von importierten gleichen Produkten unter CBAM vereinbar. CBAM kann WTO rechtlich nur eingeführt werden in dem Masse, wie die Ausgabe von Emissionsrechten im Rahmen des EHS auf gleicher Höhe kostenpflichtig wird. Die CBAM Verordnung trägt dem in Art 31 Rechnung. Von zentraler Bedeutung ist, dass diese Parallelität in der Übergangsphase bis hin zur vollen Beseitigung freier Abgaben von EHS Zertifikaten eingehalten wird. Vorgesehen ist, dass kostenlose EHS Zertifikate ab 2026 um jährlich 10% reduziert werden, so dass sie Ende 2035 ganz abgeschafft sein werden (53-57).

21. Unklar sind die Auswirkungen des Emissionshandels. Soweit die Auktionspreise durch die Verknappung der EHS Zertifikate höher ist als der Preis für CBAM Zertifikate, liegt keine Verletzung vor. Soweit er allerdings tiefer ist, kommen inländische Konkurrenten in den Genuss einer günstigeren Behandlung, was gegen die Inländerbehandlung verstösst.

5. VERBOT MINGENMÄSSIGER BESCHRÄNKUNGEN

22. Relevant ist vorliegend das Verbot von mengenmässigen Beschränkungen nach Art. XI GATT, selbst wenn bereits eine Verletzung von Art I und III vorliegen sollte (58). Die

Mitgliedstaaten der WTO haben ein Recht auf Marktzugang, das grundsätzlich durch das Erfordernis von CBAM Zertifikaten nicht in Frage gestellt werden kann. Sie müssen ihre auch nicht-nachhaltig produzierten Waren im Rahmen des Zolltarifs weiterhin einführen dürfen. Die administrative und finanzielle Belastung darf nicht ein Mass annehmen, das praktisch auf eine Massnahme gleicher Wirkung wie eine Importbeschränkung hinausläuft. Art. XI GATT ist daher relevant für die Bemessung des Carbon-Preises pro Tonne und der mit der Regulierung anfallenden Kosten und Verfahrenshürden. Sie hat Wirkungen auch auf das EHS. Die Bestimmung setzt diesen unter dem Aspekt des Marktzugangs Grenzen. Wo diese Grenzen liegen, ist heute nicht bestimmt.

6. ANERKENNUNG VON NON-TRADE CONCERNS UND AUSNAHMEBESTIMMUNGEN

23. Soweit Verletzungen von Art. I, II oder III oder XI GATT in der Ausgestaltung von CBAM vorliegen, kommen die Ausnahmen nach Art XX GATT zum Tragen (59-88). Vorliegend steht der Rekurs auf Art. XX(g) zum Schutze der Umwelt im Vordergrund, der nicht dem strengen Test der Notwendigkeit einer Massnahme unterliegt, sondern primär auf die Beziehung derselben zum Regulierungszweck abstellt (65). Ebenso ist ein Rekurs auf die öffentliche Gesundheit von Mensch, Tier und Pflanzen im Kontext des Klimawandels gemäss Art. XX(b) möglich (66). Wenig beachtet blieb bislang ein Rekurs auf die öffentliche Moral gemäss Art. XX(a), mit der vor allem die Verantwortung für künftige Generationen (*intergenerational equity*) angesprochen werden kann (67). Art. XX(d) schliesslich stellt darauf ab, ob eine Massnahme zur Anwendung und Umsetzung des internen Rechts – hier des EHS – notwendig ist, was gerade für die Einführung entgeltlicher und damit stärker wirksamer Verschmutzungsrechte im EHS unter dem Aspekt der Wettbewerbsneutralität aufgezeigt werden kann (68).

24. Schliesslich müssen Ausnahmen dem Chapeau von Art. XX entsprechen (69-74). Danach sind – über das Erfordernis der Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit hinaus – willkürliche oder ungerechtfertigte Ungleichbehandlungen von Mitgliedstaaten, wo gleiche Bedingungen vorherrschen, oder versteckte Handelshemmnisse unzulässig. Die Beurteilung stellt hier auf die Struktur und das Design einer Massnahme ab und wie sie angewendet wird. An dieser Bestimmung, die sich am Grundsatz des Verbotes des Rechtsmissbrauchs orientiert, sind immer wieder Detailvorschriften gescheitert, ohne aber die als notwendige anerkannte Massnahme im Grundsatz in Frage zu stellen. Wichtig ist hier vor allem, dass autonome Regelungen wie CBAM erst eingeführt werden dürfen, wenn entsprechende Verhandlungen für eine einvernehmliche Lösung mit betroffenen Mitgliedstaaten gescheitert sind (74).

25. Eine Reihe von Eigenschaften des EU-CBAM Vorschlages gefährden hier eine Rechtfertigung (75-88). Es handelt sich um den Ausschluss nicht-preisbezogener Massnahmen (75-79), das Erfordernis, mit betroffenen WTO Mitgliedstaaten spezifische Verhandlungen zu führen, bevor die Massnahme in Kraft gesetzt wird (80-82), die geplante Verwendung der Einnahmen als Steuereinnahmen (83), die fehlende Verpflichtung zur Unterstützung der Entwicklungsländer mit Finanzen und Technologie-Transfer (84-86 s. unten Ziff. IV und Annex II), und die allenfalls geplanten Export Restitutionen (87/88).

26. Keine Probleme sollte unter diesem Aspekt der willkürlichen Behandlung und versteckten Diskriminierung der genannte Ausschluss der CBAM Annex II Staaten (darunter die Schweiz) stellen, da diese dem EHS unterliegen. Soweit aber CBAM so ausgestaltet wird, dass Drittstaaten mit extraterritorialer Wirkung im Ergebnis die genau gleichen Massnahmen anwenden müssen und damit ihren eigenen Gestaltungsspielraum für Reduktionsmassnahmen

verlieren, kann nach der Rechtsprechung eine Verletzung des Chapeau von Art. XX GATT vorliegen. In dieser Hinsicht ist Art. 3 des CBAM Vorschlages als kritisch zu beurteilen. Er anerkennt in Drittstaaten lediglich geldmässige Leistungen in Form einer Steuer oder eines Emissionszertifikates. Er scheint damit andere Optionen der Emissionsreduktion auszuschliessen. Die Frage ist umstritten. (78/79). Immerhin sieht Art. 9 die Möglichkeit vor, mit Drittstaaten Abkommen zur Anerkennung der Gleichwertigkeit abzuschliessen, was weitere Optionen zulässt. Erneut sei darauf hingewiesen, dass es nach der WTO-Rechtsprechung erforderlich ist, mit Drittstaaten entsprechende Verhandlungen zu führen, bevor einseitige Massnahmen nach dem Scheitern solcher Verhandlungen getroffen werden dürfen (86-88).

27. Der CBAM Entwurf der EU sieht in seiner Logik der internen Marktregulierung keine unterschiedliche Behandlung von Industrie- und Entwicklungsländer vor. Er sieht auch keine rechtlich verbindlichen Massnahmen zu finanziellen Leistungen und Transfer von Wissen und Technologie an Entwicklungsländer vor. Damit stellt sich die Frage, ob die Gleichbehandlung von Staaten mit unterschiedlicher Entwicklung und Verantwortung für den Ausstoss von Treibhausgasen in Vergangenheit und Gegenwart gegen das Verbot der Ungleichbehandlung von Staaten mit gleichen Bedingungen sowie auch gegen Teil IV GATT, insbesondere Art. XXXVII:1(b) und (c) verstösst. Diese Bestimmungen verlangen, dass die Industriestaaten keine neuen tarifären und nicht-tarifären Massnahmen gegenüber Entwicklungsländern treffen (83/84). In Anlehnung an das System von Zollpräferenzen für Entwicklungsländer GSP des GATT (S. Bundesgesetz über die Gewährung von Zollpräferenzen zugunsten der Entwicklungsländer, SR 632.91) erlaubt es das WTO Recht jedenfalls, Industrie- und Entwicklungsländer im Rahmen von CBAM unterschiedlich zu behandeln.

28. Vorliegend stellt sich die Frage, welchen Einfluss Art. 3 Abs. 5 UNFCCC haben wird (Annex II:17). Diese Bestimmung ist als Kontext relevant für die Auslegung des Art. XX GATT, zumal sie für alle WTO Mitglieder in Kraft ist. Sie verlangt, dass einseitige Massnahmen zur Reduktion von Treibhausgasen «weder ein Mittel willkürlicher oder ungerechtfertigter Diskriminierung, noch eine verschleierte Beschränkung des internationalen Handels sein» dürfen. Während sich die Formulierung weitgehend mit Art. XX GATT deckt, bleibt unklar, ob bei der Gleichbehandlung auch der Grundsatz der gleichen aber differenziellen Verantwortung einzubeziehen ist, was die Gleichbehandlung von Waren aus Industriestaaten und Entwicklungsländern, wie dies der Verordnungsentwurf für die Berechnung der Belastungen vorsieht, in Frage stellt. Art. 3 Abs. 5 UNFCCC spricht dafür, den WTO rechtlichen Spielraum zugunsten der Entwicklungsländer zu berücksichtigen, wie dies UNFCCC und das Pariser Abkommen verlangen (S. nachstehend IV und eingehend Annex II).

29. Das WTO Recht steht jedenfalls Massnahmen nicht entgegen, welche die Belastung der Entwicklungsländer reduziert, aber gleichzeitig sicherstellen können, dass die Entlastung nicht einer Verzögerung der angestrebten Strukturanpassung hin zu nachhaltigen Produktionsmethoden führt. Unter diesem Aspekt gefährdet auch die geplante Verwendung der Einnahmen im allgemeinen Budget eine Rechtfertigung unter Art. XX GATT (80). Wir kommen auf die Finanzierung und den Transfer von Technologien unter dem UNFCCC und dem Pariser Abkommen zu sprechen (nachstehend IV(C)).

30. Problematisch ist WTO-rechtlich der hängige Vorschlag der Export-Erstattung von EHS Belastungen, der im Rahmen der CBAM Verhandlungen von der Industrie eingebracht wurde mit dem Argument, auf diese Weise Wettbewerbsnachteile in Drittstaaten auszugleichen, die kein EHS und keine wirksamen Reduktionsmassnahmen kennen (87/88). Klimapoli-

tisch macht dies einerseits keinen Sinn, da es die Strukturanpassung innerhalb des EHS reduziert und Anreize zur Verstärkung emissionsfrei produzierter Exportgüter schafft. Aus handelspolitischer Sicht hat sie protektionistische Züge. Andererseits werden ohne Exporterstattungen relativ saubere Exporte auf Drittmärkten durch Produkte mit höheren Emissionen zu tieferen Preisen bedrängt. Aus rechtlicher Sicht ist problematisch, dass die Erstattung den Produzenten erlaubt, ihre gesamthaften Kosten durch Querfinanzierung ihrer EHS-Zertifikate zu senken und so de facto auch Vorteile auf dem Binnenmarkt selbst zu erlangen gegenüber Einfuhren, die CBAM unterliegen. Darin kann im Ergebnis eine Verletzung der Inländerbehandlung resultieren. Eine Rechtfertigung unter Art. XX GATT ist schwierig, da sie weder dem Umweltschutz dient noch für die binnenrechtliche Durchführung des EHS notwendig ist und zu Verzerrungen unter den Kriterien des Chapeaus führt. Fraglich ist sodann, ob hier eine Verletzung des Abkommens über Subventionen und Ausgleichsmassnahmen vorliegt (nachstehend Ziff. 37 ff).

7. ANFORDERUNGEN AN DIE LIZENZIERUNG

31. Die Vergabe von CBAM Zertifikaten lässt sich als nicht-automatische Lizenzierung von Importen charakterisieren. Sie muss daher auch den Bestimmungen von Art. VIII GATT und des Abkommens über Einfuhrlicenzen gerecht werden (89-97). Der gewählte Ansatz für nicht-freiwillige Lizenzen erscheint mit diesen Vorschriften als kompatibel, wird aber von Details und der Anwendungspraxis abhängen. Gesamthaft gilt, dass die Verfahren nicht einschneidender und belastender sein dürfen als dies die Erfüllung des Zwecks der Regulierung verlangt. So dürfen auch nach Art VIII GATT Verwaltungskosten nicht über die erbrachten Dienstleistungen hinausgehen. Hohe Bussen für geringfügige Rechtsverletzungen sind unzulässig. Das Abkommen von 2015 über Handelserleichterungen (für die EU und die Schweiz in Kraft, SR 0.632,20 Anhang IA. 15, BBl 2015 1457, 1581) bestätigt und erweitert diese Anforderungen in Art. 6 und sieht überdies in Art. 2 Ziff. 1 vor, dass die Mitgliedstaaten die Möglichkeit haben, vor der Einführung neuer Massnahmen Stellung zu nehmen, soweit dies praktikabel und mit dem innerstaatlichen Verfahrensrecht vereinbar ist (97). Die Ausweitung der Vernehmlassung in der Gesetzgebung und des rechtlichen Gehörs auf Drittstaaten ist ein bedeutender Schritt, der bis heute ausserhalb technischer Vorschrift noch kaum Beachtung findet. Er findet auf CBM grundsätzlich Anwendung.

32. Die Vorschriften der WTO über die nicht-automatische Lizenzierung verlangen eine hinreichende Transparenz und Publikation der Vorschriften zum Voraus, was laufende Anpassungen im Verfahrensrecht ausschliesst (94). Bezüglich der Nicht-Diskriminierung widerspiegeln sie im Wesentlichen die Regeln des GATT (95). Verfahrensrechtlich stellt sich die Frage, ob Produzenten in Entwicklungsländer über hinreichende Angaben verfügen oder auf Default-Berechnungen angewiesen sind, was potentiell zu Ungleichbehandlungen aus verfahrensrechtlicher Sicht führen kann. Eine WTO rechtliche Beurteilung wird hier erst im Einzelfall möglich sein.

8. AUSWIRKUNGEN DES TBT-ABKOMMENS

33. Annex III des Verordnungsentwurfes legt die Berechnungsmethoden für die Ermittlung des CO₂ Äquivalentes pro Tonne der Ware fest. Diese kommen auch zur Anwendung, wenn eine effektive Berechnung der Emissionen nicht möglich ist und die Belastung auf Grund von Standardwerten berechnet werden. Es handelt sich hier indessen um Formeln und Standards, die sich nicht auf Anforderungen an die Herstellungsverfahren und Beschaffenheit

der Ware beziehen, welche im TBT Abkommen geregelt werden. Die entsprechenden Vorschriften für technische Regulierungen und Standards kommen diesbezüglich nicht zur Anwendung (98-100).

34. Hingegen bilden im Falle einer Berücksichtigung auch indirekter Emissionen die impliziten Schwellenwerte nachhaltiger Produktions- und Prozess Methoden (PPMs), bei deren Einhaltung die Belastung entfällt, ein freiwilliger Standard und allenfalls eine als verbindlich zu beurteilende technische Regulierung unter dem TBT Abkommen (101-103). Sie besagt, dass eine nachhaltige Produktion ohne jeglichen CO₂ Ausstoss auskommen muss und so als Grundlage der Zertifizierungspflicht definiert wird.

35. Ausländische Produzenten werden mittel- und langfristig praktisch dazu gezwungen sein, diese Schwellenwerte einzuhalten, wenn sie weiterhin erfolgreich in den EU/EWR Raum exportieren wollen. In diesem Fall geht die Rechtsprechung von einer technischen Regelung aus, die den Disziplinen des TBT Abkommens unterstellt sind. Die Frage stellt sich damit, ob die Regulierungen in Bezug auf den Regulierungszweck im Sinne von Art. 2 TBT Abkommen verhältnismässig und nichtdiskriminierend sind. Gemessen an Ziel und Zweck von CBAMs kann diese Korrelation wohl grundsätzlich bejaht werden. Die Massnahme eignet sich unter Vorbehalt einer eingehenderen Abklärung technischer Fragen dazu, die Emissionen zu senken und die Strukturanpassung der Industrie hin zu einer emissionsarmen Produktionsweise zu befördern.

36. Soweit eingeführte Produkte Labels nachhaltiger Produktion verwenden, unterliegen sie ebenfalls den Regeln des TBT Abkommens. Soweit ersichtlich sind im Entwurf der Kommission keine verbindlichen Labels für konventionell oder nachhaltig produzierte Produkte vorgesehen, könnten sich aber anbieten, wenn der Geltungsbereich von CBAM auf Produkte mit indirekten Emissionen ausgedehnt werden sollte.

9. ANFORDERUNGEN DES ABKOMMENS ÜBER SUBVENTIONEN UND AUSGLEICHSMASSNAHMEN

37. Im Zentrum steht hier die Frage, wie die unentgeltliche Abgabe von EHS Zertifikaten rechtlich zu beurteilen ist. Sie ist erstens wichtig, so lange die kostenlose Abgabe weiterhin praktiziert wird. Zweitens ist sie wichtig für die Frage der Export-Erstattung, die von der Kommission ausdrücklich abgelehnt, nun aber im Parlament in der Form einer fortgesetzten unentgeltlichen Abgabe für Exporte in Drittstaaten ohne CO₂ Preismechanismus diskutiert wird und nach 2025 Gegenstand einer Revision sein wird (104 -113).

38. Die Rechtsnatur der unentgeltlichen EHS Zertifikate wird in der Literatur kontrovers diskutiert (111). Die Kommission stellt sich auf den Standpunkt, dass hier kein Fall von entgangenen Staatseinnahmen (*revenue forgone*) vorliegt, sondern diese immanenter Bestandteil der Regulierung bilde. Diese Auffassung wird namentlich von den USA bestritten.

39. Eine Beurteilung der Rechtsnatur des EHS muss heute unter Berücksichtigung von CBAM erfolgen, welche sich wie gesehen WTO-rechtlich nur rechtfertigen lässt, wenn gleichzeitig die Abgabe von EHS Zertifikaten zu gleichen Kosten und damit wettbewerbsneutral erfolgt. Sie kann nicht länger isoliert erfolgen. Die Exporterstattung in Form unentgeltlicher EHS Zertifikate lässt sich kostenmässig ohne klare Abschottung von Binnenmarkt nicht abkoppeln und führt dort zu Kostensenkungen, so dass diese gesamthaft tiefer liegen als die CBAM Belastung von Importen und sich im Ergebnis als anfechtbare Produktionsbeihilfen (*actionable subsidy*) auswirken.

40. Fraglich in Bezug auf die Exporterstattung ist, ob die Ausnahme vom Geltungsbereich gemäss Ad Note Art XVI GATT und des Abkommens über Subventionen und Ausgleichsmassnahmen, Fussnote 1, zum Tragen kommen kann (109). Danach ist die Befreiung von Exporten von binnenrechtlichen Abgaben (*duties or taxes*) zulässig und gilt nicht als Beihilfe. Die Antwort hängt von der rechtlichen Qualifizierung von EHS und CBAM Zertifikaten ab. Auf jeden Fall darf die unentgeltliche Zuweisung von EHS Zertifikaten für den Export die CBAM Belastung für gleichartige importierte Produkte nicht übersteigen.

41. Soweit diese Voraussetzungen nicht erfüllt werden können, liegt eine vom Abkommen per se verbotene Exportsubvention vor. Denn die freie Allokation beschränkt und bezieht sich ausdrücklich auf exportierte Produkte. Nicht erheblich ist, ob eine Exportsubvention Nachteile ausgleicht. Sie ist per se nach geltendem Recht im Industriebereich nicht gestattet.

42. Die Export-Erstattung wirft damit zahlreiche ungelöste Fragen und Risiken auf, so dass damit auf jeden Fall in der Gesetzgebung zugewartet werden sollte, bis die Rechtslage in der EU WTO-rechtlich geklärt sein wird.

10. VERPFLICHTUNG ZU TECHNOLOGIE-TRANSFER AN ÄRMSTE LÄNDER

43. Schliesslich ist an die Verpflichtung nach Art. 66 Abs. 2 des TRIPS Abkommens zu erinnern, wonach die Industriestaaten verpflichtet sind, den am wenigsten entwickelten Ländern, (LLDCs) Technologietransfer zu leisten. Diese Verpflichtung ist für die Ausgestaltung von CBAM relevant und wurde, wie auch die diesbezüglichen Verpflichtungen im UNFCCC und dem Pariser Abkommen im Vorschlag der EU nicht berücksichtigt (114/115).

B. Die Wirkung von Freihandelsabkommen mit Drittstaaten

44. Die Schweiz verfügt heute ausserhalb des europäischen Wirtschaftsraumes über [33 Freihandelsabkommen mit 43 Partnerstaaten](#). Weitere sind auf dem Weg, wobei die Verhandlungen mit Indien und mit dem Mercosur (Argentinien, Brasilien, Paraguay, Uruguay) noch nicht abgeschlossen werden konnten. Diese Abkommen basieren auf den Grundsätzen des WTO Rechts und zeichnen sich durch den schrittweisen Abbau und die Beseitigung von Zollschranken, dem Verbot neuer Abgaben und von mengemässigen Beschränkungen sowie von Massnahmen gleicher Wirkung aus. Die Vereinbarkeit von CBAM mit diesen Abkommen muss im Einzelnen geprüft werden, was hier nicht geleistet werden kann.

45. Gesamthaft kann davon ausgegangen werden, dass die Rechtslage unter den Freihandelsabkommen in Übereinstimmung mit der vorstehenden WTO rechtlichen Beurteilung ausfällt. Exemplarisch sei dies am Abkommen mit der Volksrepublik China von 1. Juli 2014 (SR 0.946.292.492) aufgezeigt. Das Abkommen anerkennt in seiner Präambel die Förderung der nachhaltigen Entwicklung. Kapitel 12 des Abkommens zu Umweltfragen spricht den Klimawandel zwar nicht an, anerkennt aber den Grundsatz der Nachhaltigkeit in Art. 12.1 Abs. 2 und hält in Abs. 3 die Verpflichtung fest, «die wirtschaftliche Entwicklung in einer Weise zu fördern, die einen Beitrag zum Ziel der nachhaltigen Entwicklung leistet, sowie dieses Ziel in ihre bilateralen Wirtschaftsbeziehungen einzubeziehen und zu berücksichtigen.» Die ist bei der Auslegung der operativen Bestimmungen über den Warenverkehr zu berücksichtigen. Das Abkommen behält in Art. 2.3 lit. (a) Abgaben im Sinne von Art. III Abs. 2 GATT vor, d.h. von Belastungen im Rahmen innerstaatlicher Besteuerung. Art. 2. Abs. 3 verbietet die Einführung neuer Zölle, welche nicht vom Spielraum in Annex I des Abkommens gedeckt sind. Für die Ausnahmen verweist das Abkommen in Art. 2.7 auf die Bestimmungen von Art

XX und XXI GATT, die hier unter Berücksichtigung von Kapitel 12 des Abkommens zu Umweltfragen auszulegen sind. Das Abkommen enthält kein generelles Verbot neuer Abgaben anderer Art, wie dies ausdrücklich das Freihandelsabkommen der Schweiz mit der EU von 1972 (SR 0.632.401) in Art. 6 für Abgaben mit gleicher Wirkung wie Einfuhrzölle vorsieht.

IV. Vereinbarkeit mit UNFCCC und dem Pariser Abkommen

46. Die eingehende Beurteilung der Vereinbarkeit von CBAM mit dem Rahmenabkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen und mit dem Pariser Abkommen erfolgt in Annex II und wird wie folgt mit Blick auch auf die Schweiz zusammengefasst und diskutiert, unter Hinweis auf die entsprechenden Randziffern von Annex II.

A. Beitrag an die Reduktion von CO₂ Emissionen

47. Die Unterstellung von stark emittierenden Industrien unter den Emissionshandel und die damit verbundenen Anreize hin zu einer nachhaltigen Produktion sind ein wesentlicher Bestandteil der im Rahmen des Pariser Abkommens eingegangenen Selbstverpflichtungen seitens der Union (9). Sie tragen zur Reduktion der Emissionen innerhalb der Europäischen Union bei und entsprechend sowohl den Zielen der UNFCCC wie auch des Pariser Abkommens. Das gilt jedenfalls so lange als ein CO₂ Preis per Tonne oder eine Karbonsteuer nicht global vereinbart werden und entsprechende Massnahmen notwendigerweise auf regionaler oder nationaler Ebene getroffen werden müssen. Ihre Wirksamkeit erhöht sich in dem Masse als Emissionszertifikate nicht länger wie in der Einführungsphase als Beihilfen, sondern nunmehr im Rahmen eines festgesetzten und zunehmend erhöhten CO₂ Preises erworben werden müssen. Gleichzeitig erhöht sich durch diese zunehmenden Kosten die Gefahr von *Carbon Leakage*. Das gleiche gilt auch für die Schweiz und ihrem mit dem EU System verknüpften Emissionshandel.

48. CBAM ermöglicht es, den Emissionshandel im Binnenmarkt und der Schweiz voll umzusetzen und seine Lenkungsfunction für den Strukturwandel der Industrie hin zu emissionsarmen Produktionsmethoden im In- und Ausland zu verstärken. Die Massnahme ist damit in der Zielsetzung ebenso wie der Emissionshandel mit dem UNFCCC und dem Pariser Abkommen und dem Prinzip des *Common Concern of Humankind* grundsätzlich als national definiertes Ziel (NDC) vereinbar (5-10).

B. Gemeinsame, aber unterschiedliche Verantwortlichkeit

49. Die UNFCCC von 1992 verpflichtete die Industriestaaten historisch als Hauptverursacher der globalen Erwärmung. Die Vereinbarung anerkannte den Klimawandel als *Common Concern of Humankind* (CCH). Sie etablierte dabei den Grundsatz der gemeinsamen aber differenziellen Verantwortung von Industrie- und Entwicklungsländern im Kampf gegen die globale Erwärmung (11). Sie lässt einseitige Massnahmen zu (17). Sie verpflichtet die Industriestaaten, die Entwicklungsländer durch den Transfer von Technologien und Wissen sowie finanziell zu unterstützen bei der Bewältigung von Klimaanpassung und der Reduktion von Emissionen (19-24).

50. Das Pariser Abkommen weitete die Handlungsverpflichtung auf alle Staaten aus. Alle sind nun verpflichtet, einen angemessenen Beitrag zu leisten. Der Grundsatz der gemeinsamen aber differenziellen Verantwortung wurde dabei beibehalten. Die Verpflichtungen zu Technologie- und Wissenstransfer sowie zu finanzieller Unterstützung wurden bestätigt. Als

Kompromiss einigte sich die Konferenz auf sog. freiwillige und einzelstaatliche definierte Zielsetzungen, welche sich die Staaten vornehmen (NDCs). Diese sind aus politischen Gründen nicht rechtlich verbindlich, schaffen aber doch legitime Erwartungen, so dass ein Staat nicht ohne gute Begründung hinter seine Versprechungen zurückfallen kann.

51. Die vorgeschlagene CBAM Verordnung der EU behandelt wie gesehen als Binnenmarktregulierung alle Drittstaaten gleich. Der Entwurf unterscheidet nicht zwischen Industriestaaten, Entwicklungs- oder Schwellenländern. Die Verpflichtung, Zertifikate zu erwerben gilt ungeachtet der Herkunft der eingeführten Produkte. Die Kosten der Zertifikate richten sich nach dem im Binnenmarkt erhobenen Preis für EHS Zertifikate. Gleichbehandelt werden alle Staaten auch in Bezug auf den Abzug von Vorleistungen.

C. Spielraum für finanzielle Unterstützung und Technologietransfer

52. Die Erläuterungen der CBAM Verordnung stellen Unterstützung und Zusammenarbeit mit Entwicklungsländern in Aussicht. Operative und rechtlich verbindliche Bestimmungen dazu bestehen indessen nicht. Weder für Technologie und Wissenstransfer, noch für finanzielle Leistungen bestehen gesetzliche Grundlagen in der Verordnung. Vorbehalten sind mögliche Vereinbarungen mit Drittstaaten. Die Erträge werden dem allgemeinen Budget zugewiesen und sind nicht für die Zusammenarbeit mit betroffenen Ländern bestimmt.

53. Die CBAM Verordnung wurde als Binnenmarktinstrument konzipiert. Sie wird in ihrer Ausgestaltung dem völkerrechtlichen Grundsatz der gemeinsamen und differenziellen Verantwortung im Klimarecht nicht gerecht. Das gleiche gilt auch für die fehlende Verpflichtung zum Technologietransfer und der finanziellen Unterstützung. Soweit nicht beides in anderen Instrumenten und künftigen Abkommen mit Drittstaaten wirksam umgesetzt wird, widerspricht die vorliegende Verordnung zentralen Bestimmungen des UNFCCC und des Pariser Abkommens (30-33).

54. Eine Umsetzung von CBAM in der Schweiz muss diese Mängel vermeiden. Es müssen Mittel und Wege gefunden werden, die differenzielle Verantwortung die Pflicht zum Technologie- und Wissenstransfer auf eine mit dem WTO-Recht vereinbare Art und Weise umzusetzen. Dieses belässt, wie gesehen, entsprechende Spielräume (oben Ziff. 27). Differenzierungen sind möglich für den zweckgebundenen Einsatz und Rückfluss der erhobenen Angaben sowie der Möglichkeit einer aktiven Unterstützung, welche den Verpflichtungen der beiden Übereinkommen gerecht wird.

55. Die Schweiz hat hier einen breiten Gestaltungsspielraum (34-39). Es gilt, diesen auf kreative Weise wahrzunehmen und so auch zur Akzeptanz der Massnahme bei betroffenen Staaten und Industrien beizutragen. CBAM lässt sich nur soweit rechtfertigen, als das Instrument wirksam auch zum Strukturwandel der betreffenden Industrien in Exportstaaten beiträgt und diesen Ländern hilft, gleichwertige emissionsarme Produktionsmethoden einzuführen, so dass die Belastung mit Zertifikaten zeitlich auf die Phase der Strukturanpassung beschränkt bleibt.

56. Im Vordergrund steht die Aufnahme von verpflichtenden Bestimmungen zum Technologietransfer, z.B. durch die Gewährung von Steuererleichterungen an einheimische Unternehmen, die sich hier engagieren. Hier können die Verpflichtungen des TRIPS Abkommens für die am wenigsten entwickelten Länder umgesetzt werden (oben Ziff. 43). Die CBAM Erträge sollten zweckgerichtet eingesetzt werden. Sie sollten in einen Pool wie den Technologiefonds des CO₂ Gesetzes fliessen, damit die unter der UNFCCC und dem Pariser

Abkommen berechtigten Staaten und ihre Industrien davon zweckgerichtet profitieren können. Die damit verbundene Reduktion von Emissionen im Ausland liegt nicht nur im Interesse der betreffenden Länder, sondern im Rahmen des Prinzips des *Common Concern* auch der Schweiz. Sie können als Beiträge zur Reduktion unter Vermeidung von Doppelzählungen berücksichtigt werden.

57. Möglich wäre auch, dass der Bund die Kosten für die CBAM Zertifikate für Produkte aus der bestimmten Gruppe der am wenigsten entwickelten Länder (LLDCs) für eine bestimmte Zeitdauer übernimmt, unter gleichzeitiger Förderung des Wissens- und Technologietransfers zur Struktur Anpassung der betroffenen Industrien. Ein Unterschied musste unilateral auch gemacht werden zwischen Entwicklungsländer und Transformationsländer (*emerging economies*), die wie Industriestaaten zu behandeln sind. Eine entsprechende Länderliste mit Kriterien der Graduierung müsste entsprechend definiert werden.

58. Wenig Spielraum besteht indessen in Bezug auf die Berechnung von Emissionen und die Festlegung des Preises der CBAM Zertifikate, da diese im Rahmen des mit der EU verknüpften EHS erhoben werden und keine Unterschiede zwischen der EU und der Schweiz zulassen. Aus dieser Sicht sind auch Ausnahmen und unterschiedliche Tarife nicht möglich, da dies die Abstimmung mit dem EHS verunmöglichen würde.

59. Neben der spiegelbildlichen Übernahme des EU Rechts sollte für die Schweiz die Einführung von Einfuhrzöllen für Produkte aus Drittstaaten nach dem Modell der *Carbon tariffs* (oben Ziff. 13) näher untersucht werden. Die Frage stellt sich, wie sich dies auf die bilateralen Beziehungen zur EU und zur Äquivalenz des EHS auswirkt.

V. Verhältnis zum Recht der bilateralen Beziehungen mit der EU

A. Die Verknüpfung der EHS Systeme der EU und der Schweiz

60. Schweizer Unternehmungen unterliegen dem EHS. Ihre Produkte mit schweizerischem und transeuropäischem Ursprung sind von CBAM als eine auf Drittstaaten zugeschnittene Grenzausgleichsmassnahme gemäss Annex I des Verordnungsentwurfes ausgenommen. Das gleiche gilt auch für Einfuhren aus der EU und dem EWR. Die Schweiz partizipiert diesbezüglich als Drittstaat am europäischen Binnenmarkt. Grundlage bildet dazu das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union zur Verknüpfung ihrer jeweiligen Systeme für den Handel mit Treibhausgasemissionen vom 23. November 2017 (SR 0814.011.268).

B. Freier Warenverkehr

61. Der freie Warenverkehr gemäss dem Freihandelsabkommen von 1972 (SR 0.632.401) wird auf Grund dieser Verknüpfung von CBAM nicht betroffen. Es werden weder zusätzliche Abgaben noch mengenmässige Beschränkungen oder Massnahmen gleicher Wirkung im Sinne von Art. 6 auferlegt. Das gleiche gilt auch für das revidierte Übereinkommen zur Errichtung der Europäischen Freihandelszone vom 4. Januar 1960 (SR 0.632.31) und damit den gesamten Europäischen Wirtschaftsraum.

62. Besondere Bestimmungen gelten für den Handel mit elektrischer Energie, die rechtlich zwar als Ware gilt, physisch aber nicht lokalisierbar ist und im gesamten Netzwerk unabhängig nationaler Grenzen zirkuliert. Die Ausnahme für Waren mit schweizerischen Ursprung in

Annex II lit. A gilt für die in der Schweiz hergestellte elektrische Energie auch ohne rechtliche Marktkoppelung. Denn das Abkommen von 2017 schliesst den elektrischen Strom in den Emissionshandel ein und Produkte mit schweizerischem Ursprung sind generell von der Anwendung der Verordnung ausgenommen.

63. Auf der gleichen Grundlage müsste die Einführung eines Grenzausgleichs in der Schweiz reziprok die EU und die EFTA Staaten sowie Enklaven ausnehmen und ihrerseits auf CBAM Zertifikate für Produkte mit kumuliertem paneuropäischem Ursprung gemäss dem Regionalen Abkommen Übereinkommen über Pan-Europa-Mittelmeer-Präferenzregeln vom 15. Juni 2011 (SR 0.946.31) verzichten, damit die Freizügigkeit und der freie Warenverkehr beidseitig sichergestellt werden kann.

C. Waren mit Ursprung in Drittstaaten

64. Waren mit Ursprung in Drittstaaten, die im Rahmen des europäischen Wirtschaftsraumes auf Grund von EU Recht, EWR, EFTA und FHA Schweiz-EU verkehren, unterliegen indessen dem CBAM der EU. Das CBAM Zertifikat wird im Erstland der Einfuhr erworben, Die Ware geniesst in der Folge die Vorteile des freien Warenverkehrs innerhalb der EU, der nach ordentlicher Einfuhr gemäss Art. 28 Abs. 2 und Art. 29 AEUV auch für Produkte aus Drittstaaten gilt. Für Exporte von Waren mit nicht-paneuropäischen Ursprung aus der Schweiz gilt dieser Grundsatz unter dem Freihandelsabkommen von 1972 indessen nicht. Verarbeitet so eine schweizerische Unternehmung ausländische Komponenten, ohne dass damit ein schweizerischer Ursprung erlangt wird, unterliegt das Produkt erneuter Verzollung und muss in der Folge den Anforderungen des EU CBAM genügen. Das dürfte vor allem zu Schwierigkeiten führen, wenn die EU auch indirekte Emissionen berücksichtigen sollte. Führt die Schweiz selbst einen entsprechenden Grenzausgleich ein, würden entsprechende Abgaben als Vorleistung anerkannt und allenfalls in Abzug gebracht. Das gleiche gilt auch für Einfuhren ohne paneuropäischen Ursprung aus der EU/EWR in die Schweiz. Eine vollständige Anerkennung der Gleichwertigkeit der Grenzausgleichsmassnahmen unabhängig des Ursprungs und damit einer vollen Freizügigkeit müsste staatsvertraglich im Einzelnen durch eine Ergänzung des Abkommens über den Emissionshandel von 2017 geregelt werden.

65. Verzichtet die Schweiz auf die Einführung eines CBAM für Einfuhren aus Drittstaaten, dürfte dies die Abschaffung der unentgeltlichen EHS Zertifikate in der Schweiz erschweren und damit auch die gegenseitige Beteiligung am Emissionshandel zwischen der Schweiz und der EU gefährden. Massgebend ist hier, dass CBAM in der EU die Grundlage bildet für die schrittweise Aufgabe der Abgabe unentgeltlicher Emissionszertifikate, die, wie ausgeführt, bei gleichzeitiger Einführung entgeltlicher CBAMs sonst dem GATT und dem Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmassnahmen widersprechen würden. CBAMs lassen sich nur rechtfertigen, wenn im Gleichschritt seiner Einführung die Abgabe unentgeltlicher Emissionsrechte und Zertifikate beseitigt wird.

66. Hält die Schweiz in ihrer Gesetzgebung weiterhin an unentgeltlichen EHS Zertifikaten ohne die Einführung von CBAM fest, entfällt schrittweise die Reziprozität beider Systeme und die EU dürfte, um Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern, das Abkommen von 2017 kündigen. Damit entfielen auch die Grundlage für die Ausnahme der Schweiz von CBAM. Fortan würden auch Produkte mit schweizerischen Ursprung der Massnahme unterliegen, was wiederum zu Konflikten mit dem Freihandelsabkommen und dem Verbot neuer Abgaben führt, zur deren Regelung derzeit kein bilaterales gerichtliches Streitbeilegungsverfahren zur Verfügung steht.

67. Die fortgesetzte Beteiligung am gemeinsamen Emissionshandel und die Vermeidung von Konflikten mit der EU spricht damit für die Einführung eines äquivalenten CBAM Systems, dessen Zusammenwirken mit dem System der EU staatsvertraglich geregelt wird. Das schliesst mit Blick auf die WTO Kompatibilität und mit dem UNFCCC und dem Pariser Abkommen Unterschiede namentlich etwa in Bezug auf die Erhebung und Verwendung der Erträge oder des Verhältnisses zu Entwicklungsländern in Umsetzung von Verpflichtungen der UNFCCC und des Pariser Abkommens nicht aus. Die Ausgestaltung muss nicht deckungsgleich sein. Es genügt, wenn sie wie im EHS dem Grundsatz der Äquivalenz gerecht wird.

68. Damit eröffnet sich auch die Option, Einfuhren aus Drittstaaten nach Massgabe von *Carbon tariffs* (Ziff. 13) zu behandeln, die in der Folge vertraglich vereinbart von der EU als Vorleistungen anerkannt werden und entsprechend bei der Einfuhr von Waren mit Ursprung in Drittstaaten in Abzug gebracht werden.

VI. Umsetzung im schweizerischen Recht

A. Verknüpfung mit EHS

69. CBAM ist wie dargelegt eng mit dem Emissionshandel verknüpft und findet seine Grundlage der gewählten Ausgestaltung in der mit diesem verbundenen Risiko von *Carbon Leakage* und einem Verlust der Wettbewerbsfähigkeit gegenüber im Ausland produzierten Waren. Die Europäische Kommission hält in ihren Erläuterungen fest, dass CBAM eine Alternative zu den kostenlos abgegebenen Emissionszertifikaten ist:

«Die Mechanismen zur Eindämmung des Risikos der Verlagerung von CO₂-Emissionen bestehen derzeit in der kostenlosen Zuteilung von EU-EHS-Zertifikaten und in manchen Fällen in finanziellen Maßnahmen zur Kompensation der indirekten Emissionskosten, die sich durch steigende Strompreise aufgrund des EU-EHS ergeben (indirekte Emissionskosten). Ein CO₂-Grenzausgleichssystem stellt eine Alternative zu solchen Maßnahmen dar und müsste diese daher im Laufe der Zeit ersetzen. Damit sich Hersteller, Einführer und Händler an die neue Regelung anpassen können, sollte die Reduzierung der kostenlosen Zuteilung jedoch schrittweise gleichzeitig mit der stufenweisen Einführung des CBAM erfolgen, um sicherzustellen, dass die Maßnahmen nicht kumulativ sind.» (S. 4).

70. Die CBAM Verordnung nimmt Produkte mit schweizerischem Ursprung auf Grund der vertraglich vereinbarten Verknüpfung des EHS aus, ohne dass sie dazu die Einführung von CBAMs in der Schweiz für eingeführte Waren zur Voraussetzung macht. Grundsätzlich lässt sich demnach die Äquivalenz des europäischen und des schweizerischen Emissionshandels auch ohne CBAM oder einer nur teilweisen Einführung in der Schweiz für bestimmte Produkte fortsetzen. Wesentlich ist, dass dabei der Wechsel von unentgeltlichen zu entgeltlichen EHS Emissionszertifikaten abgestimmt erfolgt, um Marktverzerrungen im Europäischen Wirtschaftsraum zu vermeiden.

71. Bei einem Verzicht der Schweiz auf CBAM unterliegen die in die Schweiz eingeführten ausländischen Waren und in die EU exportierten verarbeiteten Produkte für alle oder gewisse Produkte der notwendigen CBAM Anmeldung in einem der EU Mitgliedstaaten durch den EU Importeur. Sie fallen unter die Ausgleichsmassnahme der EU für die im Drittstaat verwendete nicht-nachhaltige graue Energie in der Produktion. Im Ergebnis führt dies zu einer Verteuerung des Produktes im Europäischen Wirtschaftsraum und damit zu einem möglichen

Wettbewerbsnachteil schweizerischer Exporte. Diese Wirkung entfällt, wenn das Produkt durch die Verarbeitung und Veredelung schweizerischen Ursprungs erlangt und damit gesamthaft von CBAM ausgenommen ist. Ohne CBAM in der Schweiz entsteht damit aber eine Lücke im Dispositiv der EU, die zu Wettbewerbsverzerrungen führt, indem importierte Komponenten des schweizerischen Produktes keiner CBAM-Belastung unterliegen. Die EU wird dies mit Bestimmtheit vermeiden wollen. Sie wird daher entweder für die Fortsetzung des verknüpften Emissionshandels auf die Einführung von CBAM in der Schweiz pochen oder die allgemeine Ausnahme für Produkte mit Schweizer Ursprung qualifizieren und zumindest Drittstaatenkomponenten ihrem Ausgleichsmechanismus unterstellen.

72. Mit der eigenständigen und europakompatiblen Einführung von CBAM durch die Schweiz oder von *Carbon tariffs* entfallen diese Probleme. Da die CBAM-Zertifikate nicht gehandelt werden und finanzielle Vorleistungen der Emissionsreduktion beidseitig in Abzug gebracht werden, ist eine vertragliche Verknüpfung der CBAM-Systeme der EU und der Schweiz nicht zwingend erforderlich, soweit die vorgenannten Elemente der EU übernommen werden. Sie können autonom nebeneinander funktionieren.

B. Verfassungsrechtliche Grundlage

73. Der kostenpflichtige Erwerb von CBAM-Zertifizierung findet seinen Anknüpfungspunkt ausschliesslich in der Einfuhr von Waren in die Schweiz, die der Massnahme unterliegen. Anders als im Emissionshandel sind inländische Produkte nicht betroffen. Wie auch immer CBAM im EU-Recht und im WTO-Recht qualifiziert wird, handelt es sich aus Sicht des schweizerischen Rechts um eine Importabgabe *sui generis*, die mit der Einfuhr erfasster Produkte auf Grund deren Produktionsmethoden geschuldet und durch den jährlichen Erwerb von Zertifikaten geleistet wird.

74. Damit fällt die Abgabe unter Art. 133 BV. Die Bestimmung verankert nicht nur die Kompetenz des Bundes über Zölle, sondern umfasst auch «andere Abgaben auf dem grenzüberschreitenden Warenverkehr». Die Bestimmung umfasst damit nicht nur eine mögliche Ausgestaltung der Massnahme im Rahmen des Zollrechts, sondern auch in Form einer Abgabe. Darunter fällt die gesamte Typologie von Abgaben, einschliesslich Steuern, Kausalabgaben, Gebühren und Lenkungsabgaben mit oder ohne Zweckbindung. Nicht erforderlich ist dabei, dass sich die Massnahme klar der einen oder andern Ausprägung zuordnen lassen muss (vgl. BGE 125 I 449, 451 E. 2b - Deponie Teufental).

75. Art. 133 BV deckt insbesondere die Schutzfunktion der Abgabe gegen *Carbon Leakage* im Sinne eines Schutzzolles zugunsten des binnenstaatlichen EHS ab, schliesst aber auch die Funktion der Lenkung und Förderung des Strukturwandels der Produktionsmethoden im Ausland mit ein. Diese kann Teil der Abgabe sein (vgl. BGE 125 I 182, 194 - Landebühren Flughafen Zürich). Wie auch immer CABM in der Schweiz im Einzelnen ausgestaltet wird, kann die Bundeskompetenz auf die Bestimmung von Art. 133 BV abgestützt werden.

76. Inwieweit CBAM durch die enge Verknüpfung mit dem Emissionshandel und damit kraft Sachzusammenhang auch auf Art. 74 (Umweltschutz) und Art. 89 (Energie) abgestützt werden kann, hängt wesentlich von der konkreten Ausgestaltung der Massnahme ab, für die sich der Gesetzgeber entscheiden wird. Seit dem Erlass des Umweltschutzgesetzes haben Parlament und Bundesrat die Verfassungsmässigkeit von Lenkungsabgaben bejaht (BB1 1993 II 1445, 1538 ff). Das Bundesgesetz über die Reduktion von CO₂-Emissionen (SR 671.71) stützt sich auf diese beiden Verfassungsbestimmungen als Grundlage sowohl für den Emissionshandel wie für die für die CO₂-Abgabe kraft Sachzusammenhang mit dem Ziel, Emissionen zu

reduzieren und entsprechende Anreize für die Zielerreichung zu schaffen. Die CO₂ Abgabe ist gemäss Art. 29 ff. des Gesetzes als Lenkungssteuer ausgestaltet, die teilweise zweckgebunden ist. Umstritten ist, wie hoch die Zweckbindung sein darf ohne dass eine besondere verfassungsrechtliche Grundlage für die Abgabe geschaffen werden muss (vgl. René Wiederkehr, Die geplante CO₂-Abgabe ist verfassungsrechtlich problematisch, [NZZ vom 4.1.22](#)). Nach Auffassung des Bundesrates ist eine besondere Verfassungsgrundlage dann erforderlich, wenn sich die Zweckbindung ausserhalb der eigentlichen Zielsetzung der Massnahme bewegt ([Motion Bregy 19.3287](#), Zweckgebundene Verwendung von Lenkungsabgaben, 21.3.19). Danach können Massnahmen der Klimaanpassung verfassungsrechtlich nicht mit Massnahmen zur CO₂ Reduktion kraft Sachzusammenhang verankert werden.

77. Diese Grundsätze lassen sich nur beschränkt auf aussenwirtschaftliche Massnahmen und damit CBAM anwenden. Die Erträge können als Schutzabgaben wie Lenkungsabgaben nicht unmittelbar an die Importeure erstattet werden. Sie lassen sich auch nicht an die Bevölkerung zurückgeben, da die Belastung zumindest nicht direkt in der Schweiz anfällt. Fallen die CBAM Erträge wie in der EU in die allgemeine Staatskasse, liegt im schweizerischen Recht keine Lenkungsabgabe, sondern eine Steuer vor. Sie kann daher nicht kraft Sachzusammenhang auf Art. 74 und 89 BV gestützt werden. Möglich ist dies nur, wenn die Erträge für die Reduktion von klimaschädlichen Emissionen eingesetzt werden, die durch die importierten Produkte verursacht wurden. Sie können wie vorgeschlagen für die gezielte Technologieförderung im Sinne von Art. 35 CO₂-Gesetz Verwendung finden, deren Anwendungsbereich auf betroffene ausländische Hersteller namentlich in Entwicklungsländern erweitert werden müsste.

78. Das Erfordernis einer verfassungsrechtlichen Grundlage einer bundesrechtlichen Abgabe ergibt sich im Rahmen von Art. 3 BV durch die grundlegende kantonale Steuerhoheit. Da es sich bei CBAM um eine aussenwirtschaftliche Massnahme handelt, fällt sie gemäss Art. 54 Abs. 1 BV, Art. 101 BV und Art. 133 BV klarerweise in den ausschliesslichen Aufgabenbereich und die Zuständigkeit des Bundes. Spannungen zu kantonalen Abgaben und der Hoheit der Kantone lassen sich vorliegend nicht erkennen. Damit entspannt sich auch die Frage der verfassungsrechtlichen Grundlage und die Problematik, inwieweit die Verwendung von CBAM-Erträgen der ihrer Ausgestaltung zweckgebunden sein darf.

C. Regelungen auf Gesetzesstufe

79. Auf Ebene des Gesetzes müssten folgende Elemente geregelt werden:
- a. Ziel und Zweck der Regulierung (Abgabe) und der CBAM Zertifikate
 - b. Anwendungsbereich der Massnahme
 - i. Produkte
 - ii. Anwendung, nur soweit EHS Zertifikate entgeltlich sind
 - c. Geographischer Geltungsbereich (Ausnahme EU/EWR und Enklaven)
 - d. Verweis auf CO₂ Äquivalenz per Tonne des Emissionshandels
 - e. Grundsatz der Berechnung nach Massgabe der grauen Emissionen im Produktionsverfahren der Ware

- f. Gesetzliche Grundlage nachhaltiger Produktionsstandards (PPMs) für die Berechnung grauer Emissionen und allfällige Berücksichtigung indirekter Emissionen
- g. Grundlagen für allfällige Labeling-Vorschriften bei indirekten Emissionen
- h. Adressaten der Massnahme (Importeure) und Zulassung
- i. Abrechnung ex-post für das Geschäftsjahr (CBAM Erklärung)
- j. Anrechnung von CO₂ Vorleistungen im Exportland
- k. Verwendung der Einnahmen und Technologietransfer; Ausweitung des Technologiefonds
- l. Definition von berechtigten Entwicklungsländern und Sonderbestimmungen für LLDCs (Kostenübernahme)
- m. Zuständige Behörde und Verfahren
- n. Sanktionen bei Widerhandlungen
- o. Delegationsnorm für Ausführungsbestimmungen unter Einschluss laufender Anpassung von Normierung der grauen Energie und massgebender nachhaltiger Produktionsstandards in den eingeschlossenen Sektoren in Übereinstimmung mit dem EU Recht
- p. Übergangsbestimmungen.

80. Entscheidet sich die Schweiz für den einfacheren Ansatz der *Carbon tariffs* verlagert sich die Verankerung in die Zollgesetzgebung und beschränkt sich auf die Einführung und Handhabung differenzieller Zollsätze für dem EHS unterstellten Produkte im Zolltarif (Positionen 6 bis 8). Dabei wird es notwendig sein, die Äquivalenz dieses Ansatzes mit der Europäischen Union vertraglich im EHS Abkommen zu verankern und die Anerkennung der Vorleistung eingeführter Drittlandprodukte ohne schweizerischen Ursprung zu sichern.

D. Anpassungen im EHS der Schweiz

81. Anpassungen im EHS betreffen das schrittweise Auslaufen der unentgeltlichen Zertifikate und die Überführung in entgeltliche Zertifikate im Gleichschritt mit der Einführung von CBAM (*Phasing-in*). Hierzu müssen die entsprechenden Bestimmungen im CO₂ Gesetz sowie die Übergangsbestimmungen angepasst werden.

E. Notwendige Elemente des EU CBAM Rechts

82. Notwendige Elemente der EU CBAM Verordnung, die mit Blick auf die Vermeidung von unnötigen Handelshemmnissen im Verkehr mit der EU/EWR übernommen werden müssen, soweit das Modell der EU in den Grundzügen übernommen wird:

- a. Verknüpfung mit dem EHS
- b. Äquivalenter Abgabepreis für CBAM Zertifikate
- c. Methoden für die Berechnung grauer Emissionen (Annex III der Verordnung)
- d. Die Definition nachhaltiger Produktionsstandards (PPMs) für indirekte Emissionen

- e. Sachlicher und personeller Geltungsbereich der Massnahme.
- f. Allfällige Ausnahmen für Exporte (unentgeltliche EHS Zertifikate)

83. Sofern sich die Schweiz für *Carbon tariffs* entscheidet, beschränkt sich der Anpassungsbedarf vorstehend auf lit. c bis f.

F. Spielräume der schweizerischen Rechtssetzung

84. Die Schweiz verfügt im Rahmen gemeinsamer Grundlagen einer europakompatiblen Ausgestaltung Spielräume in Bezug auf folgende Regelungsbereiche:

- a. Einführung des CBAM nach Massgabe der Umwandlung von kostenlosen EHS in entgeltliche EHS Zertifikate
- b. Allfällige Vorschriften über Labelling für indirekte Emissionen
- c. Ausgestaltung des Verfahrens und Regelung von Zuständigkeiten
- d. Verwendung der Abgabe im Einklang mit den Verpflichtungen aus UN-FCCC und dem Pariser Abkommen (Kostenübernahme für LLDCs, Technologietransfer, finanzielle Unterstützung von Struktur Anpassungen von Produktionsverfahren im Ausland)
- e. Ausgestaltung der Sanktionen bei Widerhandlungen.

85. Entscheidet sich die Schweiz für *Carbon tariffs*, erweitert sich der Handlungsspielraum um die Bemessung der gebundenen und angewandten Zolltarife auf Produkte, die innerstaatlich dem EHS unterstehen.

86. Mit der Einführung des CBAM stellt sich die Frage der Überführung von unentgeltlichen zu entgeltlichen EHS Verschmutzungsrechten und damit der Anpassung der Bestimmungen des Emissionshandelssystems im CO₂ Gesetz:

- a. Schrittweise Überführung der kostenlos zugeteilten EHS Emissionsrechte in kostenpflichtige Emissionsrechte. im Gleichschritt mit der Einführung von CBAM der EU für einzelne unterstellte Sektoren bis 2035 (Art. 19 Abs. 2)
- b. Allfällige Ausnahmen für Exporte in Drittstaaten im Gleichschritt mit der EU
- c. Überprüfung der Rückerstattung von CO₂ Abgabe an Teilnehmer des EHS (Art. 17) soweit dies im Ergebnis zu Ungleichbehandlungen in der Belastung eingeführter Produkte führen sollte, die CBAM unterstellt sind. Das kann eintreffen, wenn der EHS Handelspreis tiefer als die CO₂ Abgabe ist und beide tiefer sind als die Kosten des CBAM Zertifikates für gleichartige Güter.

G. Mögliche Verankerungen

87. Mit der sachlichen Verknüpfung von CBAM und Emissionshandel drängt sich auf, CBAM im schweizerischen Recht im gleichen Erlass wie der Emissionshandel zu regeln. Die Beurteilung aus WTO rechtlicher Sicht ergab, dass CBAM nur dann mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen vereinbar ist, wenn im Gleichschritt auf die unentgeltliche Abgabe von Emissionszertifikaten verzichtet wird und alle der Auktion unterstellt werden. Ebenso ergab

sich WTO-rechtlich, dass eine künftige Rückerstattung von EHS Zertifikatskosten bei Ausfuhren bei gleichzeitiger entgeltlicher Abgabe von CBAM Zertifikaten auf Importen, wie sie derzeit in der Europäischen Union diskutiert wird, nicht vertragskonform sein dürfte.

88. Das Bundesgesetz über die Reduktion von Treibhausgasen vom 23. 11. 2011 (SR 641.71, Stand vom 1.1. 2022) regelt den Emissionshandel im 4. Kapitel (Art. 15 bis 21). Der Entwurf des Bundesrates vom zur Revision des CO₂ Gesetzes, publiziert mit Botschaft am 16.9. 2022, sieht Anpassungen am gleichen Ort vor. Mit dem Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union zur Verknüpfung ihrer jeweiligen Systeme für den Handel mit Treibhausgasemissionen vom 23. November 2017 (SR 0814.011.268) wurden die Bestimmungen von Abschnitt 2 des 4. Kapitels aufgehoben. Die Bestimmungen über CBAM könnten daher an dieser Stelle eingefügt werden. Die Ausführungsbestimmungen können durch Anpassung und Erweiterung der Verordnung über die Reduktion von CO₂-Emissionen (CO₂-Verordnung, SR 641.711) geregelt werden.

89. Eine alternative Möglichkeit besteht darin, den Emissionshandel und CBAM neu in einem separaten Bundesgesetz mit einer entsprechenden Ausführungsverordnung zu regeln. Das heutige und künftige Massnahmengesetz ist umfangreich und befasst sich mit zahlreichen Aspekten und Vorkehrungen zur Reduktion von Emissionen vor allem im Inland. Durch die anstehende Revision wird dieser Katalog erneut erweitert. Aus dieser Sicht stellt sich die Frage, ob die handelsrechtlich und aussenwirtschaftlich relevanten Teile nicht in einen eigenständigen Erlass übergeführt werden sollten. Das Aussenwirtschaftsrecht der Schweiz regelt die meisten Bereiche in sachlich begrenzten Erlassen, welche zugleich die binnenrechtlichen und dazu flankierend die aussenwirtschaftlichen Regelungen zu Ein- und Ausfuhr bestimmter Waren beinhalten. Der 3. Abschnitt, Art. 17-25, sowie Art. 48 des Landwirtschaftsgesetzes (SR 910.1) ist dazu ein geeignetes Beispiel.

90. Die Frage der Verortung ist freilich auch eine politische Frage, da ein separates Gesetz eigenständig dem Referendum unterstellt würde und daher gezielt angegriffen werden kann. Findet sich die Regelung umgekehrt neben vielen andern Massnahmen in einem umfassenden Erlass, besteht die Gefahr, dass sie erneut einem auf andere Bereiche abzielendes Referendum ungewollt zum Opfer fallen und damit die zeitliche Koordination der Einführung vom CBAM im Gleichschritt mit der EU verunmöglicht werden kann. Die Verwerfung des revidierten CO₂ Gesetzes durch das Volk am 13. Juni 2021 scheiterte an einzelnen Bestimmungen und Massnahmen, hielt aber auch unbestrittene Revisionspunkte auf, die erneut und damit mit Verzug vorgelegt werden mussten.

91. Gesamthaft erachten wir es aus diesen Gründen als sinnvoll, den Emissionshandel und die Grenzausgleichsmassnahmen künftig neu in einem gesonderten Erlass in Verbindung mit dem Abkommen über die Verbindung der Emissionshandelssysteme zu regeln und gleichzeitig mit dem überarbeiteten EHS Abkommen vorzulegen. Damit können auch Anpassungen an ein sich entwickelndes EU Recht einfacher umgesetzt werden.

92. Entscheidet sich die Schweiz für *Carbon Tariffs*, werden diese in der Zollgesetzgebung festgelegt. Die entsprechenden Anpassungen im CO₂ Gesetz beschränken sich entsprechend auf das EHS und die Zweckbindung der Lenkungszölle auf den vom CBAM erfassten Produkte.

H. Mögliche Anpassungen des EHS Vertrages

93. Eine Vertragsanpassung ist aus vorgenannten Gründen nicht zwingend, kann aber der Transparenz und der Regelung von Schnittstellen dienen und die Zusammenarbeit mit der EU Kommission und den Mitgliedstaaten der EU sicherstellen.
- a. Ausdehnung des Geltungsbereiches des Vertrages auf CBAM
 - b. Übernahme des CBAM durch die Schweiz auf Grundlage des EU Rechts und der hierzu notwendigen oben aufgeführten Elemente und unter Vorbehalt der genannten Spielräume in der Durchführung
 - c. Koordination des Auslaufens der Abgabe unentgeltlicher Zertifikate und der Einführung von CBAM Zertifikaten auf erfassten Einfuhren
 - d. Anerkennung von Vorleistungen in den Vertragsstaaten und von entsprechenden Abzügen der Belastung
 - e. Behandlung von verarbeiteten Reexporten in die EU/EWR ohne paneuropäischen Ursprung, gegebenenfalls der Anerkennung von Carbon Tariffs auf eingeführten Produkten aus Drittstaaten
 - f. Allfällige Ausnahmen für Exporte in Drittstaaten
 - g. Zusammenarbeit der Behörden und im Gemeinsamen Ausschuss
 - h. Unterstellung unter die Streitbeilegung.

VII. Zusammenfassung und Risikoeinschätzung

94. Der Vorschlag der CBAM Verordnung der EU verknüpft den Grenzausgleich mit dem binnenmarktrechtlichen System des Emissionshandels (EHS), dessen Ziel und Zweck es ist, den Strukturwandel im Binnenmarkt hin zu nachhaltigen und möglichst emissionsfreien Produktionsmethoden in ausgewählten Sektoren der Schwerindustrie und Elektrizitätswirtschaft durch finanzielle Anreize herbeizuführen. CBAM flankiert diese Massnahme, indem die Regelung der Auslagerung emissionsintensiver Produktion ins Ausland (*Carbon Leakage*) vorbeugt, gleiche Wettbewerbsbedingungen für die inländische Produktion schaffen und schliesslich die Strukturanpassung auch in Drittstaaten fördert. CBAM kann WTO rechtlich kompatibel ausgestaltet werden, wenn sichergestellt ist, dass die Belastung durch CBAM im Ergebnis nicht höher ist als durch das binnenrechtliche bzw. schweizerische EHS. Das bedingt, dass künftig ganz auf die Abgabe unentgeltlicher EHS Zertifikate verzichtet wird und auch keine Export Restitution ins Auge gefasst wird. Die UN-Klimarahmenkonvention wie das Pariser Abkommen verlangen dabei, dass die Entwicklungsländer im Rahmen der gemeinsamen aber differenziellen Verantwortung eine besondere Behandlung erfahren, die sich durch finanzielle Beiträge an den Strukturwandel sowie durch den Transfer von nachhaltigen Technologien und das dazu erforderliche Wissen umsetzen lässt. Das WTO Recht steht dem nicht entgegen und erlaubt eine Ausgestaltung von CBAM, die den Bedürfnissen der Entwicklungsländer gerecht wird.

95. Der Vorschlag der Kommission und die Anträge aus Rat und Parlament unterstützen grundsätzlich die Ziele der CO₂ Reduktion und lassen sich auch als einseitige Massnahmen im Sinne des Prinzips des *Common Concern of Humankind* auch mit seinen extraterritorialen Wirkungen als NDC rechtfertigen. Er ist aus dieser Sicht zu begrüssen und ein wesentlicher

Schritt hin zu einem gemeinsamen Karbonpreis im Rahmen eines multilateralen *Carbon-Club*. Er wird indessen in seiner Ausgestaltung dem Gebot der differenziellen Behandlung der Entwicklungsländer nicht gerecht und verletzt Verpflichtungen der UN Klimarahmenkonvention und des Pariser Abkommens.

96. Die Frage der WTO Kompatibilität hängt im Einzelnen von der detaillierten Ausgestaltung und der künftigen Anwendung ab. Kritisch sind vor allem die rechtliche Qualifizierung der Massnahme, die Verwendung der Einnahmen, das Festhalten an unentgeltlichen EHS-Zertifikaten in der Einführungsphase sowie allenfalls auch später als Export Restitution, die Auswirkungen des EHS Handels auf die Gesamtbelastung sowie die Auswirkungen der Schwellenwerte für die Befreiung von der Grenzausgleichsmassnahme auf den Marktzugang für ausländische Produkte, die unter CBAM fallen.

97. Es ist davon auszugehen, dass die in der EU getroffene CBAM Regelung in der WTO von einer breiten Klägerschaft auf Grund zahlreicher Bestimmungen des Vertragswerks gerichtlich angefochten werden wird. CBAM führt zu Erschwerungen des Marktzugangs und wirft zahlreiche offene und komplexe Rechtsfragen auf. Das Verfahren wird mindestens zwei bis drei Jahre in Anspruch nehmen. Die Schweiz kann sich als dabei als Drittpartei beteiligen. Es ist auch damit zu rechnen, dass allfällige Anpassungen seitens der EU erneut angefochten werden und CBAM einem langen Prozess von *trial and error* unterliegen wird, bis das System ausgereift ist.

98. Die Schweiz ist Dank der Verknüpfung mit dem EHS der EU von CBAM für Waren mit paneuropäischem Ursprung vom CBAM der EU ausgenommen. Damit entstehen keine Probleme mit dem Freihandelsabkommen von 1972 und dem EFTA Vertrag von 1960. Exporte mit Ursprung in Drittstaaten unterliegen indessen dem Ausgleich in der EU, wobei finanzielle Ausgleichsmassnahmen der Schweiz angerechnet werden. Die Einführung eines CBAM in der Schweiz ist nicht zwingend erforderlich. Ein Verzicht würde aber mittelfristig die Befreiung von CBAM der EU gefährden und in ein Drittland-Verhältnis zur EU führen.

99. Durch die Verknüpfung mit dem EHS ist es für die Schweiz naheliegend, die Grundlagen des EU CBAM Systems zu übernehmen und auf eigenständige Lösungen zu verzichten. Das schliesst Handlungsspielräume in der Ausgestaltung nicht aus. Sie beziehen sich vor allem auf die Behandlung der Entwicklungsländer, der Verwendung der Einnahmen und den Transfer von nachhaltigen Technologien, welche den Verpflichtungen der UN Klimarahmenkonvention und des Pariser Abkommens gerecht werden und auch WTO rechtlich zulässig sind.

100. Denkbar ist aber auch, anstelle von CBAM Zertifikaten mit differenziellen Importzöllen zu arbeiten (*Carbon tariffs*) als Lenkungszölle und deren Anerkennung durch die EU staatsvertraglich abzusichern, um den freien Warenverkehr im europäischen Wirtschaftsraum zu gewährleisten.

101. Ein schweizerisches CBAM System kann primär auf Art. 133 BV abgestützt werden und muss in seinen Grundzügen auf Gesetzesstufe geregelt werden. In Frage kommt ein Einbau in ein revidiertes und erweitertes CO₂ Gesetz. Denkbar und u.E. vorzuziehen ist der Erlass eines gesonderten Gesetzes mit den Bestimmungen zum Emissionshandel und dem Grenzausgleich, einer entsprechenden Ausführungsverordnung des Bundesrates sowie in Abstimmung mit dem Abkommen der Schweiz und der EU zur Verknüpfung des Emissionshandels, in dem mit Vorteil die für die Rechtssicherheit offene Schnittstellenfragen geregelt werden.

102. Entscheidet sich die Schweiz für die Option der *Carbon tariffs*, erfolgt die Regelung im Rahmen der Zollgesetzgebung in Abstimmung mit neuen Bestimmungen im CO₂ Gesetz zur Verwendung der Erträge sowie im Rahmen des Abkommens zur Verknüpfung des Emissionshandels.

103. Die Anfechtung eines schweizerischen CBAM in der WTO kann angesichts zahlreicher offener Rechtsfragen nicht ausgeschlossen werden. Die Schweiz hat indessen die Möglichkeit, den Anforderungen des WTO Rechts und auch den Grundsätzen der Gemeinsamen aber differenziellen Verantwortung unter UNFCCC und dem Pariser Abkommen von Anfang an stärker Beachtung zu schenken als dies der vorliegende Verordnungsentwurf der EU tut. Ob dereinst gegen eine gesetzliche Regelung und ihre Anwendung vor der WTO Beschwerde eingereicht wird, ist angesichts der beschränkten Marktgrösse der Schweiz für die betroffenen Produkte u.E. wenig wahrscheinlich. Das Hauptinteresse liegt in der Anfechtung der Regelung der EU angesichts ihrer grossen wirtschaftlichen Tragweite namentlich für Schwellen- und Entwicklungsländern. Die Schweiz wird Lehren aus der gerichtlichen Auseinandersetzung ziehen können und allfällige Anpassungen vornehmen.

104. Es ist gesamthaft auszugehen, dass die Entwicklung des Systems ein längerer Prozess mit nachfolgenden Anpassungen und Verbesserungen der CBAM Regelungen im Dialog mit der WTO und auch der UNO mit sich bringen wird und das System des EHS und CBAM längerfristig multilateral im Rahmen eines *Carbon Club* oder in der WTO ausgehandelt werden wird.

Annex I : The EU CBAM Proposal and WTO Law (Beilage)

Annex II: The EU CBAM Proposal, UNFCCC and the Paris Agreement (Beilage)