

Rechtliches Kurzgutachten:

Bewertung möglicher Folgen eines Ausstiegs Österreichs aus dem Energiecharta-Vertrag

Die Zukunft des Energiecharta-Vertrags (auch Energy Charter Treaty – im Folgenden kurz „ECT“) ist aktuell Gegenstand intensiver Diskussionen. Eine Reform des völkerrechtlichen Vertrags wird auf politischer Ebene verhandelt. Gleichzeitig fordern immer mehr Stakeholder, dass die EU und/oder einzelne Vertragsstaaten einseitig aus dem ECT austreten. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, inwiefern der Energiecharta-Vertrag einen **Mehrwert** gegenüber anderen bi- und multilateralen völkerrechtlichen Rechtsgrundlagen bietet. Die Kammer für Arbeiter und Angestellte Wien hat die Niederhuber & Partner Rechtsanwälte GmbH mit der Erstellung eines rechtlichen Kurzgutachtens zur Bewertung möglicher Folgen eines Austritts Österreichs auf die Dimensionen **Handel**, **Wettbewerb** und **Transit** nach Teil II des ECT aus juristischer Perspektive beauftragt.¹ Der Investitionsschutz (Teil III des ECT) ist nicht Gegenstand der vorliegenden Analyse. Das Gutachten hat folgende Inhalte:

I. Ausgangslage	2
II. Aufgeworfenen Rechtsfragen	3
III. Rechtliche Beurteilung	4
1. Handel	5
1.1 Rechtsgrundlagen.....	5
1.2 Handel mit anderen WTO-Staaten.....	6
1.3 Handel mit Nicht-WTO-Staaten	11
1.4 Zwischenergebnis für die Dimension Handel.....	14
2. Wettbewerb	15
2.1 Regelung zum Schutz des Wettbewerbs nach Art. 6 ECT.....	15
2.2 Bewertung der Effektivität der Wettbewerbsregelungen im ECT	16
3. Transit.....	18

¹ Das vorliegende Kurzgutachten wurde für die Kammer für Arbeiter und Angestellte Wien erstellt und ist ausschließlich an diese gerichtet. Dritte können sich daher nicht auf die darin getätigten Ausführungen stützen. Auftragsgemäß beschränkt sich diese Ausarbeitung auf die Prüfung des rechtlichen Mehrwerts der Art. 4 bis 7 ECT. Andere Rechtsfragen sind nicht Gegenstand dieses Kurzgutachtens.

3.1	Rechtsgrundlagen.....	18
3.2	ECT im Vergleich zum GATT/WTO-Recht.....	19
3.3	Unzulänglichkeit der ECT-Transitbestimmungen und Substitution im Einzelfall	23
3.4	Zwischenergebnis Transit	24
4.	<i>Exkurs</i> : Mittelbare Wirkung des ECT qua Unionsrecht	25
IV.	Bewertung	28

Executive Summary

Zusammengefasst komme ich zu dem Ergebnis, dass den ECT-Bestimmungen zu Handel, Wettbewerb und Transit im Rahmen einer Abwägung der für und gegen den Austritt Österreichs sprechenden Gründe vergleichsweise geringes Gewicht zukommen sollte. Ein gewisser rechtlicher Mehrwert ist zwar beim energiebezogenen Handel mit Nicht-WTO-Staaten² und im Transitbereich gegeben. Diese Vorteile scheinen sich bisher aber *de facto* (etwa im Rahmen von Streitbeilegungsverfahren) nicht materialisiert zu haben, was an ihrer Effektivität zweifeln lässt. Zudem kann durch ein Berufen auf WTO-Recht, allgemeine völkerrechtliche Maßnahmen, spezielle völkerrechtliche Vereinbarungen (darunter etwa Partnerschafts- und Kooperationsabkommen der EU mit bestimmten Staaten) und die privatautonome Gestaltung von (etwa Liefer-) Verträgen ein in vielen Belangen äquivalentes Ergebnis erzielt werden.

I. Ausgangslage

Der **Vertrag über die Energiecharta** ist ein im Dezember 1994 unterzeichnetes internationales Übereinkommen zur Schaffung eines multilateralen Rahmens für die grenzüberschreitende Zusammenarbeit in der Energiewirtschaft und seit 1998 in Kraft. Ursprüngliches Ziel des Vertrages war insbesondere, die Energiesektoren der ehemaligen Sowjetunion sowie mittel- und osteuropäischer Staaten nach dem Ende des Kalten Krieges in den europäischen Energiemarkt zu integrieren.

² Es handelt sich dabei um Aserbaidshjan, Belarus, Usbekistan, Turkmenistan sowie Bosnien und Herzegowina. Die genannten Staaten haben WTO-Beobachterstatus und wollen der WTO beitreten.

Österreich ist seit 1994 Partei des Vertrags und hat diesen ratifiziert (BGBl. III Nr. 81/1998 idF BGBl. I Nr. 2/2008); auch die **Europäische Union** ist als Rechtsnachfolgerin der Europäischen Gemeinschaft Vertragspartei. Zum Zeitpunkt des Beitritts entsprach der Vertrag der Zielsetzung der österreichischen Regierungs- und Energiepolitik, die Reformstaaten Mittel- und Osteuropas sowie die Gemeinschaft unabhängiger Staaten in die Strukturen der Weltwirtschaft einzubinden. Seit 1.1.1995 ist Österreich außerdem Mitglied der Welthandelsorganisation (**WTO**).

Vor dem Hintergrund des Pariser Klimaschutzübereinkommens, den klima- und energiepolitischen Zielen der EU und allgemein den sich ändernden Gegebenheiten in der Energiewirtschaft gilt der ECT mittlerweile allerdings als überholt. Im Zentrum der Kritik stehen die – nicht Gegenstand dieses Kurzgutachtens bildenden – Investitionsschutzstandards und das Investor-Staat-Schiedsverfahren, die es ermöglichen, Klima- bzw. Umweltschutzbestrebungen von Vertragsstaaten (etwa die Beschränkung der Verwendung fossiler Energieträger) durch Investorenklagen zu konterkarieren.³ Auf europäischer und internationaler Ebene wird deshalb derzeit **eine Modernisierung** des ECT diskutiert.⁴ Indessen steht auch ein **Austritt** der EU und/oder einzelner Mitgliedstaaten aus dem Vertrag im Raum.

II. Aufgeworfenen Rechtsfragen

Im Hinblick auf einen etwaigen **Austritt Österreichs** aus dem ECT stellen sich für die Arbeiterkammer Wien insbesondere die folgenden Fragen:

³ Auf Basis des ECT wurden seit dessen Inkrafttreten über 130 bekannte **Investor-Staat-Schiedsverfahren** geführt; vgl. International Energy Charter Annual Report 2020, 18 (inzwischen dürften es bereits über 140 sein). So fordert der Energiekonzern RWE etwa von den Niederlanden mehr als eine Milliarde Euro als Kompensation für den Kohleausstieg ab 2030. Siehe zu diesem – in diesem Rahmen nicht weiter zu vertiefenden – Thema *Madner/Mayr*, Die Zukunft der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit im europäischen Mehrebenensystem, ÖJZ 2019/23, 207; *Gundel*, Investitionsschutz-Schiedsgerichtsbarkeit und Unionsrecht nach dem Achmea-Urteil des EuGH, EWS 2018, 124; *Pielow*, Die Energiewende in Deutschland, RdU-UT 2016/2, 2.

⁴ Auf Ebene der Vertragsstaaten wurde 2017 eine Modernisierungsgruppe eingesetzt; der letzte Fortschrittsbericht vom 16.12.2020 ist hier abrufbar: <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/CCDECS/2020/CCDEC202016.pdf> (13.8.2021).

- Im Bereich **Handel** (Art. 4 und 5 ECT) stützt sich der ECT auf die Bestimmungen des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens (GATT) und damit auf WTO-Recht.
 - Fraglich ist, inwiefern der ECT aus österreichischer Perspektive einen Mehrwert für den Handel mit anderen **WTO-Staaten** bietet.
 - Fraglich ist weiters, inwiefern der ECT aus österreichischer Perspektive einen Mehrwert für den Handel mit **Nicht-WTO-Staaten** bietet.
- Fraglich ist, ob die Vorgaben zum **Schutz des Wettbewerbs** (Art. 6 ECT) und hier insbesondere die vorgesehenen Streitbeilegungsbestimmungen einen Mehrwert generieren.
- Auch die Bestimmungen im Bereich **Transit** (Art. 7 ECT) stützen sich im Wesentlichen auf das GATT und somit auf WTO-Recht. Es stellt sich daher auch in diesem Zusammenhang die Frage, inwiefern der ECT aus österreichischer Perspektive einen Mehrwert bietet.

III. Rechtliche Beurteilung

Festzuhalten ist zunächst, dass sich „**Energie**“ von anderen Warenkategorien grundsätzlich unterscheidet. Der ECT stellt in den relevanten Bestimmungen auf Primärenergieträger und Energieerzeugnisse sowie teils auch auf energiebezogenes Equipment ab. Um welche Produkte es sich dabei handelt, spezifizieren die Annexe EM I, EM II, EQ I und EQ II zum ECT. Von den Begriffen „**Primärenergieträger**“ und „**Energieerzeugnisse**“ sind sowohl fossile als auch nicht fossile Brennstoffe und Energiequellen, wie insbesondere Öl, Gas, gewisse Erze für die Kernenergieerzeugung, Kohle, Holz sowie elektrischer Strom umfasst. Zu den **erneuerbaren Energien** zählen etwa Solar-, Wind- oder Gezeitenenergie sowie biologische oder synthetische Treibstoffe. Bei der **Produktion** und der **Übertragung** von Energie handelt es sich mitunter um komplexe Vorgänge, die sowohl Waren als auch Dienstleistungen sowie unterschiedliche Technologien umfassen.⁵ Je nach Energieform stellen sich an den Transit besondere Herausforderungen. Elektrische

⁵ Vgl. *Cottier et al.*, Energy in WTO law and policy, Comments on the World Trade Report 2010.

Energie, oftmals aber auch Erdgas und Erdöl, werden leitungsgebunden und damit unter direkter Nutzung von staatlichem Territorium transportiert.⁶

Die Vertragsparteien des ECT und der WTO sind nicht identisch. Der **ECT** ist ein sektorenspezifischer Vertrag, der Investitionen, Handel, Transit, Wettbewerb und Umweltbelange im Bereich Energie regelt.⁷ Er wurde kurz nach Ende des Kalten Krieges geschaffen, um im Energiesektor – vor allem im Hinblick auf Staaten, die noch keine WTO-Mitglieder waren, zukünftig aber werden sollten – potentielle Lücken im örtlichen Anwendungsbereich des GATT/WTO-Rechts zu schließen.⁸

Im Folgenden wird auf Grundlage der jeweils einschlägigen Bestimmungen dargestellt, worin sich GATT/WTO-Recht und der ECT im Hinblick auf die Bereiche **Handel**, **Wettbewerb** und **Transit** unterscheiden und inwiefern der ECT einen relevanten Mehrwert bietet.

1. Handel

1.1 Rechtsgrundlagen

Im **ECT** finden sich Bestimmungen zum Bereich Handel in dessen Teil II, insbesondere in den Art. 4 und 5, sowie im Hinblick auf die Streitbeilegung in Art. 29. Wie erwähnt, stützen sich die Art. 4 und 5 ECT auf die Bestimmungen des **GATT** und somit auf **WTO-Recht**:

⁶ *Selivanova*, Trade in Energy: Challenges for International Trade Regulation, Comments on the World Trade Report 2010.

⁷ *Azaria*, Energy Transit under the Energy Charter Treaty and the General Agreement on Tariffs and Trade, Comments on the World Trade Report 2010, abrufbar unter https://www.wto.org/spanish/res_s/publications_s/wtr10_8june10_s.htm (13.8.2021).

⁸ *Georgiou*, A rule-based architecture for the energy sector: The WTO and the ECT, Energy Charter Secretariat (2016), 12, abrufbar unter https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Occasional/Architecture_Energy_Sector_WTO-ECT.pdf (13.8.2021); *Marhold*, Fragmentation and the Nexus between the WTO and the ECT in Global Energy Governance – A Legal-Institutional Analysis Twenty Years Later, The Journal of World Investment & Trade, 16 (2015), 389 (396 f), abrufbar unter <https://www.springerprofessional.de/en/the-nexus-between-the-wto-and-the-ect-in-global-energy-governanc/11964900> (13.8.2021).

- Art. 4 ECT regelt die **Nichtbeeinträchtigung des GATT** und der dazugehörigen Rechtsinstrumente zwischen einzelnen ECT-Vertragsparteien, die auch Vertragsparteien des GATT sind.
- Art. 5 Abs. 1 ECT **verbietet handelsbezogene Investitionsmaßnahmen**, die mit Art III oder XI des GATT unvereinbar sind. Als verbotene handelsbezogene Investitionsmaßnahmen konkretisiert Art. 5 Abs. 2 ECT:
 - eine Kauf- oder Verwendungsverpflichtung für Unternehmen hinsichtlich Waren inländischer Herkunft (lit a),
 - die Beschränkung des Kaufs oder der Verwendung eingeführter Waren für Unternehmen (lit b),
 - die Beschränkung der Einfuhr von Waren durch ein Unternehmen, die bei dessen einheimischer Produktion verwendet werden oder diese betreffen (lit c),
 - die betragsmäßige Beschränkung der Einfuhr von Waren durch ein Unternehmen, die bei dessen einheimischer Produktion verwendet werden oder diese betreffen, durch Beschränkung des Zugangs zu Devisen (lit d) und
 - die Beschränkung der Ausfuhr oder des Verkaufs von Waren durch ein Unternehmen (lit e).
- Art. 29 ECT enthält (sogenannte) **einstweilige Bestimmungen** für den Handel mit Primärenergieträgern und Energieerzeugnissen für jene Phase, in welcher eine Vertragspartei des ECT nicht Vertragspartei des GATT und der dazugehörigen Rechtsinstrumente ist. Abs. 2 leg cit bestimmt, dass im Handel mit Primärenergieträgern und Energieerzeugnissen auch in dieser Konstellation die Regelungen des GATT 1947 bzw. der WTO zur Anwendung kommen.

1.2 Handel mit anderen WTO-Staaten

1.2.1 Anwendbarkeit handelsbezogener WTO-Regelungen auf den Handel mit Energie

Obwohl das WTO-Recht **keine spezifischen Regelungen zum Handel mit Energie** beinhaltet, besteht im Allgemeinen kein Zweifel daran, dass das WTO-Recht und insbesondere das GATT auch den Handel mit Energie umfasst und Primärenergieträger und Energieerzeugnisse mithin als Waren im Sinne des GATT anzusehen sind.⁹ Dies kann unter anderem damit begründet werden, dass sich Energie(-Produkte) in den Listen gemäß Art. II GATT wiederfinden. Nach Schätzungen der WTO beziehen sich etwa 18 % des Handels innerhalb der WTO auf den Handel mit Energie.¹⁰

Die bestehenden GATT/WTO-Bestimmungen regeln in diesem Zusammenhang insbesondere den **Marktzugang**.¹¹ Dabei sind vor allem die folgenden handelsbezogenen Bestimmungen hervorzuheben, die aufgrund ihrer generellen Anwendbarkeit auch im Energiesektor gelten:

a. *Inländergleichbehandlung gemäß Art. III GATT*

Im Bereich des GATT/WTO-Rechts soll die **Reduzierung nicht-tarifärer Handelshemmnisse** unter anderem durch die Gleichstellung ausländischer mit inländischen Waren auf dem Gebiet der Abgaben und Rechtsvorschriften (Art. III GATT) erreicht werden. Dementsprechend untersagt der **Grundsatz der Inländergleichbehandlung** die Diskriminierung importierter Waren gegenüber inländischen Waren.¹² Dazu unterscheidet Art. III GATT zwischen fiskalischen und regulativen Maßnahmen:

- Bezüglich **fiskalischer Maßnahmen** verbietet Art. III Abs. 2 erster Satz GATT jegliche höhere Besteuerung gleichartiger Importwaren.

⁹ Spezifische Investitionsschutzregelungen determiniert das GATT/WTO-Recht grundsätzlich nicht, wenn auch über inhärente Grundsätze, wie zB die allgemeine Meistbegünstigungsbehandlung gemäß Art I GATT oder das Gebot der Inländergleichbehandlung gemäß Art. III GATT, ein gewisser Schutz von Investitionen vermittelt wird. Siehe dazu *Azaria*, Energy Transit under the ECT and the GATT; *Georgiou*, A rule-based architecture for the energy sector, 4.

¹⁰ *Marhold*, Fragmentation and the Nexus between the WTO and the ECT, 404.

¹¹ Vgl. *Selivanova*, Trade in Energy sowie *Georgiou*, A rule-based architecture for the energy sector, 5.

¹² *Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht¹¹, § 10 Rz 46 ff; *Hauser/Schanz*, Das neue GATT, 14 ff; *Reinisch*, Welthandelsrecht – GATT/WTO, in: Reinisch (Hrsg.), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts Bd. I⁵, Rz 2269 f.

- Hinsichtlich der **regulativen Maßnahmen** enthält Art. III Abs. 4 GATT ein Verbot der Schlechterstellung gleichartiger importierter Waren durch Vorschriften über den Verkauf, das Angebot, den Einkauf, die Beförderung, Verteilung oder Verwendung im Inland.

Im Hinblick auf das hierbei zentrale **Gleichartigkeitskriterium** wird in der Literatur vertreten, dass das Verbot fiskalischer Ungleichbehandlung enger zu verstehen ist („beinahe Identität“) als jenes der regulatorischen Ungleichbehandlung, bei der eine „lose Ähnlichkeit“ und das Bestehen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen importierter und einheimischer Ware ausreichen soll.¹³ Daraus lässt sich mE ableiten, dass die Vertragsstaaten die Substitution von Energiequellen bei der Sicherstellung der regulatorischen Gleichbehandlung stärker mitberücksichtigen müssen, als bei fiskalischen Maßnahmen. Für beide Bereiche scheint ein konkreter Anwendungsbereich eröffnet. Die geforderte „beinahe Identität“ wird etwa bei Ökostrom aus unterschiedlicher Quellen regelmäßig zu bejahen sein, sodass hier eine steuerliche Differenzierung GATT-widrig erschiene. Andererseits scheint bei fossilen Brennstoffen oftmals Substituierbarkeit und damit ein „In-Wettbewerb-Stehen“ im angesprochenen Sinne vorzuliegen, was den staatlichen Aktionsradius für unterschiedliche Behandlung deutlich einschränkt. Insoweit kann in Art. III GATT grundsätzlich ein taugliches Mittel zur Vermeidung von protektionistischem bzw. diskriminierendem Staatsverhalten beim Handel mit Primärenergieträgern und Energieerzeugnissen gesehen werden. Allerdings ist hervorzuheben, dass der Fokus der Bestimmung auf den **importierten Gütern** liegt, mithin primär den **exportierenden Staaten** völkerrechtlicher Schutz gewährt wird.

b. Beseitigung von Mengenbeschränkungen und weitere handelsbezogene Investitionsmaßnahmen gemäß Art. XI GATT

Art. XI Abs. 1 GATT bestimmt, dass (i) bei der Einfuhr von Waren aus dem Gebiet eines Vertragsstaats in einen Vertragsstaat sowie (ii) bei der Ausfuhr von Waren (von einem

¹³ Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht, § 10 Rz 48; Reinisch, Welthandelsrecht – GATT/WTO, Rz 2270.

Vertragsstaat) in das Gebiet eines Vertragsstaats keine Verbote oder Einschränkungen, etwa durch Kontingentierung, Lizenzen oder andere Maßnahmen erlassen oder beibehalten werden.

c. *Spezifizierung der Verbote nach Art. III und XI GATT durch TRIMs*

Im Zusammenhang mit diesen Bestimmungen ist das **WTO-Abkommen über handelsbezogene Investitionsmaßnahmen**¹⁴ (*trade-related investment measures – TRIMs*) von besonderer Bedeutung, das den GATT-Prinzipien zuwiderlaufende „Local-Content-Requirements“ unterbinden soll. Eine Aufzählung solcher mit Art XI GATT bzw. auch mit Art. III Abs. 4 GATT unvereinbaren Regelungen enthält der Annex zum TRIMs-Abkommen (sog. „Illustrative List“). Art. 5 ECT übernimmt diese Auflistung wortwörtlich in Abs. 2, geht aber nicht darüber hinaus.

1.2.2 „Mehrwert“ bzw. Unterschiede des ECT zum GATT/WTO-Recht im Bereich Handel

Die Regelungen des ECT rekurrieren im Bereich Handel im Wesentlichen auf die bestehenden Bestimmungen des GATT, *in concreto* auf die Vorgaben des Art. III und Art. XI. Wie eng die Verknüpfung von ECT und GATT/WTO-Recht ist, verdeutlicht der Umstand, dass die „Illustrative List“ des TRIMs-Abkommens wörtlich in Art. 5 Abs. 2 ECT rezipiert wurde. In Anbetracht der grundsätzlichen Geltung des GATT auf die vom ECT umfassten Primärenergieträger und Energieerzeugnisse scheint der ECT aus materieller Hinsicht **keinen nennenswerten Mehrwert** für handelsbezogene Konflikte **zwischen WTO-Vertragsstaaten** zu besitzen.

Dass energiebezogene Handelsstreitigkeiten zwischen WTO-Vertragsstaaten durchaus über den WTO-Streitbeilegungsmechanismus abgehandelt werden, zeigte sich in den letzten Jahren in den zu Art. III und XI GATT geführten Verfahren u.a. zu Förderungen für Biodiesel (DS459, *Argentinien vs. EU*), zu Beihilfen für erneuerbare Energien

¹⁴ BGBl. Nr. 1/1995; siehe <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10007655> (13.8.2021).

(DS452, *China vs. EU*; DS510, *Indien vs. USA*) oder zu den Entflechtungsbestimmungen bezüglich vertikal integrierter Unternehmen in der EU (DS476, *Russland vs. EU*).

Allgemein ist allerdings anzumerken: Aufgrund der immer stärker werdenden Verknüpfung von Dienstleistungen und Waren, fortschreitender Digitalisierung und diverser Umbrüche im Energiesektor (Liberalisierung, Umstellung auf erneuerbare Energien, Energieeffizienz als relevante Zieldimension usw.) bildet das WTO-Recht die verschiedenen Facetten des neuen Energiemarkts nur unzureichend ab. Vor diesem Hintergrund kritisieren auch Vertreter des World Trade Institute¹⁵ den Umstand, dass die auf den Energiesektor anwendbaren internationalen Regeln stark voneinander abweichen, je nachdem, ob eine Leistung als Ware oder Dienstleistung eingestuft wird. Teils bestehen gravierende Lücken, wie beim Fehlen von Regelungen für Subventionen bei Dienstleistungen zu Tage tritt.¹⁶

Diese Unzulänglichkeit ist allerdings auch dem ECT anheim: Aufgrund des auf die in Anhang EM zum ECT aufgezählten – man möchte sagen „klassischen“ (weil überwiegend fossilen) – Energieerzeugnisse eingeschränkten Anwendungsbereichs bei einer gleichzeitig eher „nebulösen“¹⁷ Einbeziehung energiebezogener Dienstleistungen, scheint der ECT den Herausforderungen einer zunehmend vernetzten, stark auf „grünem“ Strom und (mittelfristig) daraus abgeleiteten Energieträgern fußenden „Energiewirtschaft 2.0“ nicht mehr gewachsen zu sein. Es erscheint daher zweifelhaft, ob durch den ECT ein relevanter Beitrag zur Sicherung des modernen und zukünftigen Energiehandels gewährt werden kann und der ECT demgemäß überhaupt „fit for purpose“ ist. Verstärkt wird diese Unzulänglichkeit im Übrigen dadurch, dass die dem ECT inhärenten Investitionsschutzstandards bzw. Möglichkeiten von Investor-Staat-Klagen das Potential beinhalten, eine Neuorientierung der Energiewirtschaft weg von fossilen Energieträgern weiter zu konterkarieren.¹⁸

¹⁵ Cottier et al, Energy in WTO law and policy.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Serra in Leal-Arcas (Hrsg), Commentary on the Energy Charter Treaty (2018) 110.

¹⁸ Siehe dazu nochmals Madner/Mayr, Die Zukunft der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit im europäischen Mehrebenensystem, ÖJZ 2019/23, 207; Gundel, Investitionsschutz-Schiedsgerichtsbarkeit und Unionsrecht

1.3 Handel mit Nicht-WTO-Staaten

Im Zusammenhang mit dem Handel mit Nicht-WTO-Staaten ist zunächst zu konstatieren, dass der ECT insofern einen Vorteil bietet, als dessen „**Einstweilige Bestimmung über Handelsbezogene Angelegenheiten**“ (Art. 29 ECT) die im GATT enthaltenen handelsrechtlichen Bestimmungen auch im Handel mit Primärenergieträgern und Energieerzeugnissen sowie darüber hinaus auch mit energiebezogenem Equipment mit Nicht-WTO-Staaten anwendbar macht. Insoweit könnte Österreich als WTO-Vertragsstaat etwa Art. III und Art. XI GATT iVm den in Art. 5 Abs. 2 ECT zitierten TRIMs niedergelegten Handelsgarantien auch gegenüber einem Nicht-WTO-Staat geltend machen (siehe zum Inhalt dieser Bestimmungen oben in den Abschnitten 1.1 und 1.2).

Zur **Beilegung handelsbezogener Streitigkeiten** zwischen ECT-Staaten, bei denen zumindest eine Vertragspartei nicht WTO-Mitglied ist, gilt das in Art 29 iVm Anlage D ECT determinierte Verfahren.¹⁹ Es handelt sich dabei (anders als beim ECT-Investorenschutzmechanismus) um einen rein zwischenstaatlichen Mechanismus. Kurz gefasst, weist das Streitbeilegungsverfahren aufgrund der primär vorgesehenen Konsultationen,

nach dem Achmea-Urteil des EuGH, EWS 2018, 124; *Pielow*, Die Energiewende in Deutschland, RdU-UT 2016/2, 2.

¹⁹ Das Verfahren läuft im Wesentlichen wie folgt: (1) Primär haben sich die Vertragsparteien darum zu bemühen, nach Kräften durch Zusammenarbeit und (schriftliche) Konsultation zu einer allseits zufriedenstellenden Lösung von Streitigkeiten über handelsbezogene Maßnahmen zu gelangen. (2) Kann der Streit auf diese Weise nicht beigelegt werden, kann das ECT-Sekretariat um die Einsetzung eines Panels ersucht werden, dessen Geschäftsordnung sich „so eng wie möglich“ an diejenigen des WTO-Übereinkommens anlehnt. Gelangt dieses Panel zum Schluss, dass die Maßnahme einer Vertragspartei den handelsbezogenen Bestimmungen des ECT nicht entspricht, kann es in seinem Schlussbericht eine Verhaltensänderung empfehlen. Der Schlussbericht wird von der Chartakonferenz angenommen und auf dessen Grundlage Entscheidungen bzw. Empfehlungen erlassen. (3) Versäumt eine Vertragspartei, diesen Entscheidungen oder Empfehlungen Folge zu leisten, sind weitere Verhandlungen für eine allseits zufriedenstellende Lösung aufzunehmen. Werden solche Verhandlungen abgelehnt, besteht für die geschädigte Vertragspartei die Möglichkeit, ihre handelsbezogenen Verpflichtungen gegenüber der säumigen Vertragspartei befristet auszusetzen. Über einen etwaigen Streit über den Umfang dieser auszusetzenden Verpflichtungen entscheidet ein Schiedspanel, dessen Feststellung endgültig und bindend ist. Anzumerken ist, dass die Möglichkeit, handelsbezogene Verpflichtungen befristet auszusetzen bzw. die diesbezügliche bindende Feststellung des Schiedspanels jeweils als *ultima ratio* anzusehen sind, die als „harte“ bzw. „handfeste“ Maßnahmen erst nach Abhandlung des zuvor beschriebenen „diplomatischen“ Verfahrens Anwendung finden würden. Das davor zu führende diplomatische Verfahren unterläuft damit die „Drohwirkung“ der als *ultima ratio* zu setzenden Maßnahme und konterkariert damit in gewissem Maß auch deren Effektivität. Anzuführen ist, dass das beschriebene Verfahren – soweit ersichtlich – bisher noch nie geführt wurde; es handelt sich *de facto* somit um „totes Recht“.

Empfehlungen und Verhandlungen einen stark „**diplomatisch**“ ausgeprägten Charakter auf.²⁰

Der durch Art. 29 ECT vermittelte **Mehrwert** qua Ausweitung des Anwendungsbereichs des WTO-Rechts auch auf Nicht-WTO-Mitglieder wird allerdings durch folgende Umstände **relativiert**:

- Es finden sich **keine Hinweise**, dass das Streitschlichtungsverfahren nach Art. 29 iVm Anlage D ECT je zur **Anwendung gelangt** ist. So führt das ECT-Sekretariat in seinem Jahresbericht 2020 zwar unter Angabe weiterer statistischer Daten an, dass bisher 136 Investoren-Streitfälle nach Art. 26 ECT verzeichnet wurden (aktuell werden bereits 142 Investoren-Streitfälle gezählt); zu Art. 29 iVm Anlage D ECT finden sich – wie auch in den zugänglichen Datenbanken – jedoch keine entschiedenen oder anhängigen Verfahren. Insoweit ist der Schluss naheliegend, dass energiehandelsbezogene Konflikte zwischen WTO- und Nicht-WTO-Staaten (zumindest bisher) nicht auf diesem Wege gelöst wurden.
- Grund dafür könnte sein, dass das Streitbeilegungsverfahren (a) rein auf staatlicher Ebene angesiedelt und (b) von konsultierenden Prozessen geprägt ist. Durch dieses Design reduziert sich die Effektivität der Bestimmung. Auch der dadurch vermittelte Mehrwert ist zu hinterfragen: So sind Völkerrechtssubjekte bereits nach dem **Völkergewohnheitsrecht** angehalten, offen für bilaterale Konsultationen zu sein und im Sinne des *bona fide* Grundsatzes sinnvolle und ernsthafte Verhandlungen mit dem Ziel zu führen, eine Einigung zu erreichen; ein Beharren einer Seite auf dem eigenen Standpunkt, ohne eine Änderung desselben zu erwägen, lässt sich damit nicht vereinbaren.²¹
- Schließlich bestehen oftmals auch **bi- und multilaterale Abkommen**, deren Inhalte ganz oder zumindest teilweise die handelsbezogenen WTO-Garantien mitabdecken:

²⁰ Vgl. dazu auch Trade Amendment Explanatory Note, 5, abrufbar unter https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Thematic/Trade_Amendment_Explanations-EN.pdf (13.8.2021).

²¹ *Fischer/Köck*, Völkerrecht⁶, Rz 950; *Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht¹¹, § 9 Rz 2; *Wittich*, Die friedliche Beilegung internationaler Streitigkeiten, in: Reinisch (Hrsg.), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts Bd. I⁵, Rz 1812 ff.

- So haben etwa die EU und ihre Mitgliedstaaten mit diversen Nicht-WTO-Staaten Partnerschafts- und Kooperationsabkommen geschlossen.²² Zu nennen ist etwa das **Abkommen über partnerschaftliche Zusammenarbeit** mit Aserbaidshan²³: Gemäß dessen Art. 9 Abs. 1 gewähren die Vertragsparteien einander „*in allen Bereichen*“ (und damit auch im Energiebereich)²⁴ die **Meistbegünstigung**, unter anderem in Bezug auf Zölle und Abgaben sowie Vorschriften über Transit, Verkauf, Kauf, Transport, Verteilung und Verwendung von Waren auf dem Binnenmarkt. Art. 55 Abs. 1 des Abkommens bestimmt weiters, dass die Zusammenarbeit in Energiefragen unter anderem „*im Rahmen der Grundsätze der Marktwirtschaft*“ erfolgen soll. Diese Zusammenarbeit umfasst mitunter die „*Verbesserung der Verwaltung und der Regulierung des Energiesektors auf marktwirtschaftlicher Grundlage*“ oder den „*Transport und [die] Durchführung von Energieerzeugnissen und Energieträgern*“.²⁵ Es finden sich somit auch abseits des ECT und des WTO-Rechts bi- und multilaterale Verträge, die den Handel mit Energie im Einklang mit WTO-inhärenten Grundsätzen, wie etwa dem Meistbegünstigungsgrundsatz, regeln.
- Ergänzend ist an dieser Stelle außerdem darauf hinzuweisen, dass Österreich zwischenstaatliche Investitionsschutzabkommen mit diversen Nicht-WTO-Staaten abgeschlossen hat, unter anderem mit Aserbaidshan²⁶, deren Garantien sich mitunter auch auf handelsbezogene Tätigkeiten eines Investors²⁷ beziehen (vgl. auch den Regelungsbereich des Art. 5 ECT: „Handelsbezogene

²² Darunter etwa Abkommen mit den Staaten Belarus, Usbekistan und Turkmenistan.

²³ Abkommen über Partnerschaft und Zusammenarbeit zwischen den Europäischen Gemeinschaften und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Republik Aserbaidshan andererseits, ABl. L 246 vom 17.9.1999, 3.

²⁴ Dass damit auch der Energiesektor mitumfasst sein soll, ergibt sich etwa aus Erwägungsgrund 12 der Präambel zum Abkommen: „*eingedenk der Bedeutung, die die Gemeinschaft und ihre Mitgliedstaaten fairen Bedingungen für den Zugang zur Ausfuhr von Energieerzeugnissen und für die Durchführung im Rahmen solcher Ausfuhr beimessen*“.

²⁵ Gemäß Art. 96 des Abkommens wird der Anwendungsbereich des ECT durch das Abkommen weder ausgedehnt noch beschränkt; der ECT bleibt im Rahmen seines Anwendungsbereichs (wohl ebenfalls) anwendbar.

²⁶ Abkommen zwischen der Regierung der Republik Österreich und der Regierung der Republik Aserbaidshan über die Förderung und den Schutz von Investitionen, BGBl III Nr. 85/2001.

²⁷ So ist der Begriff „Investition“ iSd Abkommens sehr weit gefasst und bezieht u.a. auch Rechte aus Verträgen und Ansprüche aus vertraglichen Leistungen mit ein (vgl. Art. 1 Abs. 2 lit d des bilateralen Investitionsschutzabkommens).

Investitionsmaßnahme“). Im Streitfall gilt ein eigener Beilegungsmechanismus.²⁸

- Aber nicht nur die Republik Österreich kann im Falle handelspolitischer Beschränkungen tätig werden. Auch den betroffenen Unternehmen stehen in aller Regel über die ihren Handelsbeziehungen zugrunde gelegten, privatrechtlich gestalteten **Verträge** Möglichkeiten zu, im Falle von sich ändernden Marktgegebenheiten in Folge staatlicher Intervention vertragliche Rechte und/oder (Kompensations-)Ansprüche – in aller Regel im Rahmen von Schiedsverfahren – geltend zu machen.²⁹
- Zudem ergeben sich aus der – in Unterabschnitt 4 als Exkurs noch näher beleuchteten – Ratifikation des ECT durch die EU gewisse mittelbare Wirkungen – für ausgetretene Mitgliedstaaten.

1.4 Zwischenergebnis für die Dimension Handel

Bei der Bewertung des Mehrwerts des ECT für den Schutz des Handels mit energiebezogenen Gütern ist zwischen zwei Konstellationen zu differenzieren. In der Konstellation *WTO-Staat handelt mit WTO-Staat* scheinen die ECT-Bestimmungen im Wesentlichen **nicht darüber hinauszugehen**, was nicht ohnedies bereits nach dem GATT/WTO-Recht gilt. In der Literatur wird das WTO-Recht zudem dahingehend kritisiert, dass die Struktur den Erfordernissen des dynamischen Energiesektors **nicht gerecht** wird; dieser Vorhalt trifft ebenso auf den ECT zu. Mag der ECT als energiesektorspezifischer Vertrag konzipiert sein, so vermögen seine Schwerpunkte weder die energiewirtschaftlichen Realitäten noch die sich ändernden Rahmenbedingungen und Technologien adäquat widerzuspiegeln (vgl. die statische Aufzählung der erfassten energiebezogenen Güter in Annex EM und EQ).

²⁸ Art. 11 ff des Abkommens.

²⁹ Zu denken wären etwa an die Geltendmachung eines Kündigungsrechts, die Aktivierung einer Force-Majeur-Klausel oder (vor allem wenn der Staat selbst Vertragspartner ist) der Haftungsbestimmungen.

Letztere mindert auch den Mehrwert des ECT in der Konstellation *WTO-Staat handelt mit Nicht-WTO-Staat*. Die Erstreckung des GATT/WTO-Rechts auf diese Handelsbeziehungen stellt zwar unstrittig *de jure* (und womöglich auch „psychologisch“ in bilateralen Gesprächen) ein Plus dar. Das **Eintreten eines tatsächlichen Nutzens** kann – soweit dies nachvollzogen werden kann – allerdings **nicht bestätigt** werden. So finden sich keine statistischen Auswertungen zu den nach dem hierfür vorgesehenen Streitbeilegungsmechanismus (Art. 29 iVm Anhang D des ECT) gelösten Konflikten, was die Vermutung nahelegt, dass es sich hierbei bislang um weitgehend „totes Recht“ handelt. Staaten wie Unternehmen wären jedenfalls auch ohne diese ECT-Bestimmungen nicht wehrlos: Aus dem **Völkergewohnheitsrecht** ergibt sich auch eine Art „Obliegenheit zur Verhandlung“; bestehen bi- und multilaterale Abkommen (wie etwa jenes zwischen der Europäischen Union, ihren Mitgliedstaaten und Aserbaidschan; siehe dazu bereits oben), könnten diese zumindest teilweise auch bei handelspolitischen Einschränkungen greifen. Sorgfältige Unternehmen werden ihre **Handelsverträge** mit Entitäten in Nicht-WTO-Staaten (oder gar den Staaten selbst) regelmäßig auch im Hinblick auf diese handelspolitischen Risikofelder absichern.

2. Wettbewerb

2.1 Regelung zum Schutz des Wettbewerbs nach Art. 6 ECT

Art. 6 ECT enthält Vorgaben zum Schutz des energiebezogenen Wettbewerbs. Abs. 1 verpflichtet die Vertragsparteien, darauf hinzuwirken, „*Marktverzerrungen und Wettbewerbsbeschränkungen bei einer Wirtschaftstätigkeit im Energiebereich zu verringern*“. Nach Abs. 2 soll jede Vertragspartei dafür sorgen, „*dass innerhalb ihrer Zuständigkeit Gesetze vorhanden sind und durchgesetzt werden, die erforderlich und geeignet sind, gegen einseitiges und abgestimmtes wettbewerbles Verhalten bei einer Wirtschaftstätigkeit im Energiebereich vorzugehen*“.

Das Verfahren zur Beseitigung von wettbewerbswidrigem Verhalten bzw. Streitigkeiten im Zusammenhang mit wettbewerbswidrigem Verhalten ist gemäß Art. 6 Abs. 7 ECT in

Art. 6 Abs. 5 und Art. 27 Abs. 1 des Vertrags geregelt und gestaltet sich zusammengefasst wie folgt:

- Stellt eine Vertragspartei ein aus ihrer Sicht wettbewerbswidriges und nachteiliges Verhalten auf dem Gebiet einer anderen Vertragspartei fest, kann sie diese darum ersuchen, geeignete Durchsetzungsmaßnahmen zu ergreifen (Notifikation).
- Jene Vertragspartei, welche die Notifikation erhalten hat, prüft das Ersuchen umfassend und kann die Wettbewerbsbehörden der notifizierenden Vertragspartei konsultieren.
- In weiterer Folge teilt die Vertragspartei, welche die Notifikation erhalten hat, der notifizierenden Vertragspartei ihre Entscheidung mit und kann ggf. die Gründe für die Entscheidung bekanntgeben.
- Im Fall von Durchsetzungsmaßnahmen der Vertragspartei, die die Notifikation erhalten hat, teilt sie das Ergebnis dieser und zwischenzeitliche Entwicklungen der notifizierenden Vertragspartei mit.
- Im Fall von Streitigkeiten bemühen sich die Vertragsparteien, diese auf diplomatischem Wege beizulegen.

2.2 Bewertung der Effektivität der Wettbewerbsregelungen im ECT

2.2.1 Pflicht zum Schutz des Wettbewerbs

Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 ECT sind an die Vertragsstaaten adressiert und verpflichten diese, Maßnahmen zum Schutz des energiebezogenen Wettbewerbs zu treffen. Dies mag für sich eine Erweiterung bestehender internationaler Verpflichtungen sein; die Ausgestaltung der Norm lässt aber **erhebliche Spielräume** zu, die an **der Effektivität der Bestimmung zweifeln lassen**. So haben die Vertragsstaaten nach Abs. 1 nur „*darauf hinzuwirken*“ („*shall work*“), dass Wettbewerbsverzerrungen reduziert werden. Verbindlicher scheint die Terminologie in Abs. 2 (Vertragsstaaten haben „*dafür zu sorgen*“ [„*shall ensure*“]); es war allerdings gemeinsames Verständnis der Vertragsstaaten („*Understanding*“), dass die für den Abs. 2 wesentliche Begrifflichkeit des „einseitigen und abgestimmten wettbewerblichen Verhaltens“ von den einzelnen Mitgliedern im Einklang

mit deren Gesetzen definiert werden. Schon aus diesen Gründen ist die Bewertung der Wettbewerbsbestimmungen des ECT klar: Art. 6 implementiert kein effektives Wettbewerbsregime, sondern gibt durch eine Aneinanderreihung wettbewerbsrechtlicher Fragmente eine Zielrichtung vor, die aber aufgrund der – wie es *Pierre Serra*³⁰ nennt – Beliebigkeit **keine taugliche Basis für ein energiebezogenes „Level-Playing-Field“** schafft.

2.2.2 Streitbeilegung im Bereich Wettbewerb

Ähnlich den materiellen Vorgaben, ist auch die Streitbeilegungsregelung des Art. 6 ECT sehr schwach ausgeprägt³¹ und gibt als eine mehr oder minder Art Kooperationsrahmen im Grunde allgemeines Völkerrecht wieder, wonach Staaten für Dispute auf diplomatischem Weg Lösungen finden sollen.³²

2.3 **Zwischenergebnis**

Sowohl die materiellen Regelungen zum Wettbewerbsrecht als auch der diesbezügliche Streitbeilegungsmechanismus sind sehr offen und unverbindlich ausgestaltet, sodass der Mehrwert kaum über eine politische Willensbekundung hinausgeht. Ein effektiver Schutz österreichischer Unternehmen vor wettbewerbswidrigem Verhalten in ECT-Staaten bietet Art. 6 daher nicht.

³⁰ Siehe die Kritik von *Serra* an Art. 6 in Leal-Arcas (Hrsg), *Commentary on the Energy Charter Treaty* (2018) 127 ff, insbesondere 128.

³¹ *Serra* bezeichnet ihn (zurecht) als „*extremely weak*“, in: Leal-Arcas (Hrsg), *Commentary on the Energy Charter Treaty* (2018) 132.

³² Vgl. *Wittich*, Die friedliche Beilegung internationaler Streitigkeiten, in: Reinisch (Hrsg.), *Österreichisches Handbuch des Völkerrechts* Bd. I⁵, Rz 1808 ff; *Fischer/Köck*, *Völkerrecht*⁶, Rz 950; *Herdegen*, *Internationales Wirtschaftsrecht*¹¹, § 9 Rz 2.

3. Transit

3.1 Rechtsgrundlagen

Eingangs ist festzuhalten, dass der **Energietransit** – im Gegensatz zum Transit von andersartigen Waren – oft leitungsgelassen ist und sich Energie auch aus diesem Grund von anderen Warenkategorien unterscheidet.³³

Die **Transitfreiheit** ist im **WTO-Recht** in Art V GATT geregelt. Nach dessen Abs. 1 werden Waren als „im Transit durch das Gebiet eines Vertragsstaates angesehen“, wenn „die Durchfuhr durch dieses Gebiet [...] nur einen Teil des Gesamtweges darstellt, dessen Anfang und Ende außerhalb der Grenzen jenes Vertragsstaates liegt, durch dessen Gebiet die Durchfuhr erfolgt“. Der Verkehr dieser Art wird als „**Transitverkehr**“ bezeichnet. Die Transitfreiheit ist in **Art. V GATT** folgendermaßen geregelt:

- Für den Transitverkehr in das oder aus dem Gebiet eines anderen Vertragsstaats besteht auf den dafür am besten geeigneten Verkehrswegen Transitfreiheit. Das bedeutet, dass jegliche Unterscheidung aufgrund der Flagge, des Orts, der Herkunft, der Abfahrt, des Eintritts, des Austritts, des Bestimmungsorts oder des Eigentums verboten ist (Abs. 2).
- Der Transitverkehr darf keinen unnötigen Verzögerungen oder Beschränkungen ausgesetzt werden und ist grundsätzlich von Zoll- und allen Transitgebühren oder anderen Belastungen zu befreien (Abs. 3).
- Alle anderen Belastungen des Transitverkehrs in das oder aus dem Gebiet anderer Vertragsstaaten haben angemessen zu sein (Abs. 4).
- Jedem anderen Vertragsstaat ist hinsichtlich aller Belastungen, Vorschriften und Formalitäten keine ungünstigere Behandlung zu gewähren, als sie im Transitverkehr in jedem oder aus jedem Drittstaat eingeräumt wird (Abs. 5).

³³ Vgl. *Selivanova*, Trade in Energy; *Georgiou*, A rule-based architecture for the energy sector, 6.

- Im Zielland sind Waren, die im Transit durch andere Vertragsstaaten gegangen sind, nicht ungünstiger zu behandeln, als Waren, die das Gebiet eines anderen Vertragsstaates nicht berührt haben (Abs. 6).

Des Weiteren sind energietransportbezogene Dienstleistungen über das **Allgemeine Handelsabkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS)** von WTO-Recht umfasst.³⁴

Der **ECT** regelt den Transit in Art. 7. Im Folgenden wird auf die darin enthaltenen Vorgaben eingegangen und dargestellt, ob bzw. inwiefern sie einen Mehrwert gegenüber der oben dargestellten Transit-Regelung des Art. V GATT bieten.

3.2 ECT im Vergleich zum GATT/WTO-Recht

3.2.1 Definition des Transitverkehrs

Art. 7 Abs. 10 definiert „**Energiebeförderungseinrichtungen**“ (etwa als Gas-Hochdruckleitungen, Hochspannungsnetze etc.) und den „**Transit**“ als die Beförderung auf solchen Einrichtungen. Art. V GATT enthält keine vergleichbar eindeutige Definition des Transits im Hinblick auf Energie. Grundsätzlich besteht jedoch kein Grund anzunehmen, dass nicht auch feste Infrastruktureinrichtungen, wie Pipelines oder Elektrizitätsnetze, unter Art. V GATT fallen. Ortsfeste Infrastruktureinrichtungen können in diesem Zusammenhang als „Verkehrswege“ gelten (vgl. Art V Abs. 2 GATT) auf denen der „Transitverkehr“ in Form von Energie transportiert wird.³⁵ Die Transitregelungen des Art. V GATT sind somit grundsätzlich auch **auf den Energietransit anwendbar**.³⁶

³⁴ Marhold, Fragmentation and the Nexus between the WTO and the ECT, 404 f.

³⁵ Vgl. Azaria, Energy Transit under the ECT and the GATT.

³⁶ Shih, Energy Security, GATT/WTO, and Regional Agreements, 439; Ugaz, Prospects for a transit regime on energy in the WTO, 247 f mwN; Herdegen, Internationales Wirtschaftsrecht¹¹, § 11 Rz 8 f.

3.2.2 Verpflichtung zum Bau neuer Infrastruktureinrichtungen

Art. V GATT enthält **keine Verpflichtung zum Bau** neuer Pipelines und Netze. Er regelt nur den Transit über bereits bestehende Infrastrukturen.³⁷ Ebenso wenig besteht nach Art. 7 Abs. 9 ECT eine Verpflichtung zur Errichtung neuer Beförderungseinrichtungen.

3.2.3 Verpflichtung zur Genehmigung des Baus von Infrastruktureinrichtungen

Hervorzuheben ist, dass Art. V GATT **keine Verpflichtung zur Genehmigung des Baus** neuer Pipelines und Netze enthält.³⁸ Im Gegensatz dazu bestimmt Art. 7 Abs. 4 ECT, dass Vertragsparteien der Schaffung neuer Kapazitäten „*keine Hindernisse in den Weg*“ legen, wenn der Energietransit nicht zu marktüblichen Bedingungen mithilfe bestehender „*Energiebeförderungseinrichtungen*“ (Art. 7 Abs. 10 lit b ECT) erreicht werden kann. Dies kann – möchte man die Bestimmung so gehaltvoll interpretieren – mitunter als „Verpflichtung zur Genehmigung des Baus von Infrastruktureinrichtungen“ verstanden werden (Art. 7 Abs. 5 ECT statuiert davon aber auch Ausnahmen). Im Zusammenhang mit dieser (bedingten) Verpflichtung zur Genehmigung der Schaffung von Infrastruktureinrichtungen könnte ein gewisser „Mehrwert“ des ECT erblickt werden; allerdings ist einschränkend zu konzedieren, dass die unpräzise Terminologie des Art. 7 Abs. 4 ECT den Vertragsstaaten weite Interpretationsspielräume bietet, was die Normeffektivität erheblich schmälert.

3.2.4 Transit auf den „am besten geeigneten Verkehrswegen“

Unklarheit besteht im Zusammenhang mit Art. V Abs. 2 GATT darin, was konkret unter dem Energietransit auf den „**am besten geeigneten Verkehrswegen**“ zu verstehen ist bzw. an welchen Kriterien diese „Geeignetheit“ zu definieren ist. Eine Rolle spielen dabei wohl geografische Erwägungen sowie Fragen der wirtschaftlichen Machbarkeit und der

³⁷ Azaria, Energy Transit under the ECT and the GATT.

³⁸ Ibid.; Georgiou, A rule-based architecture for the energy sector, 7.

physischen Kapazität einer bestimmten Infrastruktur. Allgemein wird jedoch angenommen, dass sich aus Art. V Abs. 2 GATT die Verpflichtung eines Transitstaats ergibt, den Zugang zu Pipelines oder Netzen zu gewähren, wenn es sich bei diesen um die günstigsten Routen handelt – und zwar in nichtdiskriminierender Weise.³⁹

3.2.5 Inländergleichbehandlung

Angesichts des Bestehens (und der Akzeptanz) teils protektionistischer Marktpraxen ist in der Literatur mithin strittig, ob Art. V GATT der **Grundsatz der Inländergleichbehandlung** inhärent ist.⁴⁰ So gewähren auch WTO-Mitglieder den staatseigenen Unternehmen mitunter bevorzugten Zugang zu Infrastruktureinrichtungen. Im Gegensatz dazu stellt Art. 7 Abs. 3 ECT klar, dass der Grundsatz der Inländergleichbehandlung auch für Transitfragen gilt.⁴¹

Verschiedentlich wird angedeutet, dass auch Art. V GATT den Grundsatz beinhaltet. In diesem Zusammenhang kann auf Art V Abs. 6 GATT verwiesen werden, wonach im Zielland Waren, die im Transit durch andere Vertragsstaaten gegangen sind, nicht ungünstiger zu behandeln sind, als Waren, die das Gebiet eines anderen Vertragsstaats nicht berührt haben. Zu letzteren können auch Waren inländischer Herkunft zählen, womit eine gewisse Parallele zum in Art 7 Abs. 3 ECT explizit angesprochenen Grundsatz der Inländergleichbehandlung besteht. Es scheint daher durchaus argumentierbar, dass der Grundsatz der Inländergleichbehandlung Art. V GATT zumindest dem Grunde nach inhärent ist, womit sich der diesbezügliche „Mehrwert“ des ECT relativieren würde.

3.2.6 Unterbrechungs- bzw. verringerungsfreier Energietransit

Art. 7 Abs. 6 ECT soll im Streitfall einen unterbrechungs- bzw. verringerungsfreien Energietransit (mitunter durch Vorschaltung eines Streitbeilegungsverfahrens) sicherstellen.

³⁹ Azaria, Energy Transit under the ECT and the GATT.

⁴⁰ Georgiou, A rule-based architecture for the energy sector, 7.

⁴¹ Vgl. Azaria aaO, die in diesem Zusammenhang aber auch hervorhebt, dass die Regelung von unterschiedlichen Vertragsparteien des ECT bisher unterschiedlich interpretiert wurde.

In der Literatur wurde diskutiert, ob Art V GATT in vergleichbarer Weise Störungen des Transits behandelt.⁴² Tatsächlich beinhaltet das GATT keine mit Art 7 Abs. 6 ECT vergleichbare Regelung, die explizit auf den unterbrechungs- und verringerungsfreien Energietransit ausgerichtet ist.

Möglicherweise ließe sich hinsichtlich einer solchen Verpflichtung aber auf Art. V Abs. 2 iVm Abs. 3 GATT rekurrieren.⁴³

Art. V GATT scheint also zumindest einen grundsätzlichen Schutz für einen unterbrechungs- und verringerungsfreien Energietransit zu bieten. Präziser und verbindlicher scheint in diesem Zusammenhang aber unzweifelhaft Art. 7 ECT mit dem darin vorgesehenen Mechanismus zu sein. Anzufügen ist allerdings, dass die ECT-Vertragsstaaten auch dem ECT selbst keinen allzu großen Mehrwert gegenüber der GATT-Regelung beizumessen scheinen, wie sich an der Erstellung **weitergehender Guidance-Dokumente zum Energietransit** zeigt (siehe dazu noch unten in Abschnitt 3.3).

3.2.7 Streitbeilegung

Hinsichtlich des möglichst unterbrechungs- bzw. verringerungsfreien Energietransits im Streitfall wird zudem vorgebracht, dass Art. V GATT weniger gut auf energietransitbezogene Fragestellungen zugeschnitten sei, weil dieser – im Gegensatz zu Art. 7 Abs. 7 ECT – **kein eigenes Streitbeilegungsverfahren** beinhaltet.⁴⁴ Das mag auch zutreffend sein. Gleichzeitig ist aber zu bedenken, dass das Streitbeilegungsverfahren des Art. 7 ECT – soweit ersichtlich – bisher noch nie zur Anwendung kam.⁴⁵ Dies dürfte (auch) an

⁴² *Georgiou*, A rule-based architecture for the energy sector, 7, 10.

⁴³ So gebietet Art V Abs. 2, dass keinerlei Unterscheidung (und damit auch keinerlei Benachteiligung und somit Verringerung des Transits) aufgrund bestimmter Kriterien, wie etwa der Herkunft oder des Austritts, vorgenommen werden darf. Art. V Abs. 3 GATT präzisiert weiter, dass der Transitverkehr (und damit auch der Energietransit) keinen „unnötigen Verzögerungen oder Beschränkungen“ auszusetzen ist. Dieses allgemeine Verbot unnötiger Verzögerungen oder Beschränkungen könnte hinsichtlich Energie wohl auch als Gebot zum Unterbrechungs- bzw. verringerungsfreien Energietransit gelesen werden.

⁴⁴ *Georgiou*, A rule-based architecture for the energy sector, 11.

⁴⁵ *ECT-Secretariat*, Statistics of ECT Cases (Stand 3.8.2021), 13 f; abrufbar unter https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/user_upload/All_statistics_-_3_August_2021.pdf (13.8.2021); *ECT-Secretariat*, List of ECT

der **stark ausgeprägten Subsidiarität** liegen. Das Transitstreitbeilegungsverfahren ist nach Art. 7 Abs. 7 ECT nur zulässig, „*nachdem alle einschlägigen vertraglichen oder sonstigen Mittel der Streitbeilegung erschöpft sind*“. Mithin sind im Streitfall zunächst Verhandlungen zu führen, ist allenfalls ein Schiedsgericht einzuschalten oder ein Investor-Staat-Schiedsverfahren durchzuführen.⁴⁶

3.3 Unzulänglichkeit der ECT-Transitbestimmungen und Substitution im Einzelfall

Wie eben gezeigt wurde, sind die Transitregelungen im ECT jenen des GATT zwar nicht in allen Belangen überlegen, weisen aber doch aufgrund der detaillierteren und klareren Regelungen gewisse **Vorteile** auf. Dieser Mehrwert ist allerdings zu relativieren: Mögen die Transitregelungen des ECT für Energie auch passender sein als jene in Art. V GATT – den für eine effektive Transitregulierung **erforderlichen Detailierungsgrad** dürften die Bestimmungen **nicht erreicht** haben: So haben die ECT-Vertragsstaaten bereits ein Jahr nach Inkrafttreten des ECT entschieden, dass Verhandlungen über ein eigenes Transit-Protokoll begonnen werden.⁴⁷ Nach längerem Hin und Her scheiterten die Verhandlungen im Jahr 2011 – wohl endgültig.⁴⁸ Anstatt rechtsverbindlicher Regelungen in einem Protokoll, haben die Vertragsstaaten **unverbindliche Guidance-Dokumente**, wie etwa Model-Agreements für grenzüberschreitende Pipelines oder Strominfrastruktur, erstellt.⁴⁹

Hieraus lässt sich ableiten, dass es auf internationaler Ebene ein gemeinsames Verständnis darüber gibt, dass der Bereich des Energietransits aufgrund der tätigkeitsbezogenen Vielschichtigkeit einer detaillierteren, über den ECT hinausgehenden Regelung bedarf.

Dispute Cases (Stand 15.10.2021); abrufbar unter https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/Documents-Media/Statistics/Chart_ECT_cases_-_15_January_2021.pdf (13.8.2021); *Wissenschaftlicher Dienst des Europäischen Parlaments*, Die Energiecharta – Ein multilateraler Prozess für den Umgang mit geschäftlichen Beziehungen im Energiebereich (2017) 7, 9; abrufbar unter [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/607297/EPRS_IDA\(2017\)607297_DE.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2017/607297/EPRS_IDA(2017)607297_DE.pdf) (14.8.2021).

⁴⁶ *Stanescu*, in: Leal-Arcas (Hrsg), *Commentary on the Energy Charter Treaty* (2018) 142.

⁴⁷ *Ibid.*, 136.

⁴⁸ Siehe <https://www.energycharter.org/what-we-do/trade-and-transit/transit-protocol/> (14.8.2021).

⁴⁹ Diese sind abrufbar unter <https://www.energycharter.org/what-we-do/trade-and-transit/model-agreements/> (14.8.2021).

Folglich darf angenommen werden, dass die wesentlichen grenzüberschreitenden Energieinfrastrukturen über entsprechende Vereinbarungen (wie etwa die angesprochenen Model-Agreements) verfügen, die – soweit vertraglich nichts anderes festgelegt ist (was eher ungewöhnlich wäre⁵⁰) – unabhängig vom ECT gelten. Als Beispiel darf in diesem Zusammenhang das (letztlich nicht realisierte) Pipelineprojekt „Nabucco“ genannt werden. Hier haben die beteiligten Staaten (Bulgarien, Österreich, Rumänien, Ungarn und die Türkei) ein eigenes Pipeline-Abkommen geschlossen und darin ihre Rechte und Pflichten geregelt.⁵¹

Wie auch der letzte große **Energietransitstreit** zwischen der Ukraine und Russland gezeigt hat – dieser wurde in einem WTO-Streitschlichtungsverfahren (DS512) unter ausschließlicher Bezugnahme auf Art. V GATT verhandelt –, spielen die Transitregelungen nach Art. 7 ECT in der Praxis eine untergeordnete Rolle. Oder wie es *Fuchs* in Anbetracht der Nichtbindung Russlands an den ECT in Bezug auf die Transitregelungen zweckoptimistisch wie vielsagend ausdrückt: „*der Energiechartervertrag [bleibt] zumindest wissenschaftlich weiterhin von Bedeutung*“⁵².

3.4 Zwischenergebnis Transit

Durch die explizite Regelung des Energietransits hebt sich der ECT von den allgemeinen Transitbestimmungen des GATT zwar ab. Art. V GATT bietet aber einen **grundsätzlichen Schutz**, wie der im WTO-Streitschlichtungsverfahren ausgetragene Gastransitkonflikt zwischen der Ukraine und Russland gezeigt hat. Abgesehen davon ist an der **Effektivität der ECT-Bestimmungen zu zweifeln**: So haben die Vertragsstaaten selbst **Model-Agreements** zur Regelung des grenzüberschreitenden Konflikts erstellt; es ist davon auszugehen, dass diese auch eingesetzt (oder andere Abkommen geschlossen) werden und die Transitregelungen des Art. 7 ECT verdrängen.

⁵⁰ So betonen selbst die ECT-Model-Agreements, dass sie auch mit Nicht-ECT-Staaten abgeschlossen werden sollen, vgl. die FN 1 zur Präambel des Model-Agreements für Cross-Border-Pipelines, abrufbar unter <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ma2-en.pdf> (14.8.2021).

⁵¹ Siehe dazu ausführlich *Fuchs*, Kooperative Erdgassicherheit – Energietransit im Völkerrecht unter besonderer Berücksichtigung des Nabucco-Abkommens vom 13.7.2009, in *ZaöRV* 71 (2011), 103 (insbesondere 117 ff).

⁵² *Ibid.*

Insgesamt spricht also vieles dafür, dass im Falle eines Austritts die Nachteile für Österreich im Bereich Transit vernachlässigbar sein würden.

4. *Exkurs: Mittelbare Wirkung des ECT qua Unionsrecht*

Neben EU-Mitgliedstaaten und Drittstaaten ist auch die EU selbst als supranationale Organisation Vertragspartei des ECT.⁵³ **Völkerrechtliche Abkommen der Union** gelten neben dem primären und sekundären Unionsrecht als dritte Rechtsquelle der EU.⁵⁴ Sie sind fester Bestandteil des Unionsrechts⁵⁵ und gemäß Art. 216 Abs. 2 AEUV **auch für die EU-Mitgliedstaaten verbindlich**. Im Stufenbau der Rechtsordnung stehen sie zwischen Primär- und Sekundärrecht.⁵⁶

Einen Spezialfall völkerrechtlicher Abkommen der Europäischen Union bilden die sogenannten „**gemischten Abkommen**“; diese greifen in die mitgliedstaatlichen Kompetenzen ein und werden deshalb (neben der Union selbst) auch von den EU-Mitgliedstaaten unterzeichnet.⁵⁷ Auch gemischte Abkommen werden als völkerrechtliche Verträge der EU Teil des Unionsrechts und sind für die Mitgliedstaaten somit grundsätzlich verbindlich.⁵⁸ Auch beim ECT handelt es sich – aufgrund der zwischen Union und Mitgliedstaaten geteilten Kompetenz für den Bereich Energie⁵⁹ – um ein gemischtes Abkommen.⁶⁰

⁵³ Die EU hat Rechtspersönlichkeit (Art. 47 EUV) und ist damit im Rahmen ihrer Zuständigkeiten befähigt, völkerrechtliche Verträge zu schließen („treaty making power“); vgl. *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht⁵, 11.

⁵⁴ Vgl. *Borchardt*, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union⁶, Rz 88.

⁵⁵ Vgl. dazu etwa EuGH 6.10.2020, C-66/18, *Europäische Kommission vs. Ungarn*, Rz 68 ff.

⁵⁶ *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht⁵, 9; vgl. auch *Thiele*, Europarecht¹⁴, 116, welcher darauf hinweist, dass völkerrechtliche Verträge der Europäischen Union im Stufenbau der Rechtsordnung *zwischen* Primär- und Sekundärrecht stehen; *Weber*, Die völkerrechtskonforme Auslegung von Unionsrecht – primär nur bei Sekundärrecht, nur sekundär bei Primärrecht?, ZÖR 2013, 389 (392 f).

⁵⁷ *Streinz*, Europarecht¹¹, Rz 537; *Reinisch*, in: Reinisch (Hrsg.), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts, Bd. I⁵, Rz 1155.

⁵⁸ *Öhlinger/Potacs* aaO.

⁵⁹ Art. 4 Abs. 2 lit i AEUV.

⁶⁰ EBRV 56 BlgNR XX. GP, 117, abrufbar unter https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XX/I/I_00056/fname_138940.pdf (30.8.2021).

Für den Fall des **Austritts** eines EU-Mitgliedstaates **aus einem gemischten Abkommen** stellt sich die Frage, was dies für die im gemischten Abkommen geregelten Rechte und Pflichten aus Sicht des austretenden Mitgliedstaats bedeutet.⁶¹ Im konkreten Zusammenhang ist mithin fraglich, welche Konsequenz der Austritt eines EU-Mitgliedstaats aus dem ECT in Anbetracht der Verbindlichkeit des Abkommen für die EU als Ganzes hätte. Dabei ist Folgendes zu erwägen:

- Die im ECT geregelten Rechte und Pflichten gelten nach deren Wortlaut nur für „**Vertragsparteien**“. Da sich die Regelungen des ECT somit grundsätzlich nur auf Rechtsverhältnisse zwischen Vertragsparteien desselben beziehen, wäre der Vertrag im Fall des Austritts eines Staates aus dessen Perspektive – mangels Vertragsparteienstatus – grundsätzlich nicht mehr anzuwenden.
- In diesem Zusammenhang ist allerdings auf die bereits beschriebene, in Art. 216 Abs. 2 AEUV geregelte Verbindlichkeit völkerrechtlicher Verträge der EU für ihre Mitgliedstaaten zu verweisen. Zwar kann mit guten Gründen argumentiert werden, dass im Fall des Austritts eines EU-Mitgliedstaats aus einem gemischten Abkommen, dieses Abkommen auf einen „bloßen“ völkerrechtlichen Vertrag mit der EU reduziert werden würde.⁶² Da völkerrechtliche Verträge der EU jedoch unionsweit verbindlich sind, würde zB ein theoretisches **Zuwiderhandeln** des ausgetretenen Staates gegen die im ECT geregelten handels-, wettbewerbs- oder transitrechtlichen Bestimmungen wohl **einen Verstoß gegen Unionsrecht darstellen**. So besteht nämlich – wie bereits dargelegt – auch für EU-Mitgliedstaaten, welche durch völkerrechtliche Verträge der EU völkerrechtlich nicht (mehr) gebunden sind, doch eine Verbindlichkeit unionsrechtlicher Natur. In Ergänzung der mitgliedstaatlichen **Pflicht zur Unionstreue** (Loyalitätsgebot)⁶³ ist diese Verbindlichkeit darauf gerichtet, die Erfüllung der von der EU eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen auch durch die EU-Mitgliedstaaten zu gewährleisten.⁶⁴ Auch im Fall des

⁶¹ Die Frage des Modus und der allgemeinen Zulässigkeit eines ECT-Austritts eines EU Mitgliedstaats unter unionsrechtlichen Gesichtspunkten wird in diesem Gutachten nicht untersucht und bewertet.

⁶² Zumindest hinsichtlich jener Vertragsbestandteile, die in die geteilte Zuständigkeit der EU und ihrer Mitgliedstaaten sowie in die ausschließliche Zuständigkeit der EU fallen; vgl. zu gemischten Abkommen und deren Bindungswirkung im Unionsrecht *Streinz*, EUV/AEUV³, Art. 216 AEUV Rz 74 ff.

⁶³ Art. 4 Abs. 3 UAbs. 2 und 3 EUV.

⁶⁴ Zu berücksichtigen ist dabei, dass die Union auch für Verstöße ihrer Mitgliedstaaten gegen von ihr geschlossene Abkommen völkerrechtlich haftet; vgl. *Streinz*, EUV/AEUV³, Art. 216 AEUV Rz 51 mwN.

Austritts eines EU-Mitgliedstaats aus dem ECT würde wohl somit eine gewisse **unionsrechtlich bedingte, „indirekte“ Bindung dieses Mitgliedstaats** an die Handels-, wettbewerbs- und transitrechtlichen Bestimmungen des ECT verbleiben. Das Loyalitätsgebot ist dabei keine Einbahnstraße: So scheint es umgekehrt nahliegend, dass die EU im Konfliktfall die Interessen des ausgetretenen Mitgliedsstaates durch Geltendmachung der ihr als Vertragspartei zukommenden Rechte, zu vertreten und durchzusetzen sucht.

- Ungeachtet dieser mittelbaren Wirkung über die ECT-Vertragspflichten der Union würde der Austritt eines Mitgliedstaats aus dem ECT nach hier vertretener Auffassung sehr wohl dazu führen, dass dieser Mitgliedstaat nicht mehr als „Vertragspartei“ nach den Bestimmungen über Investor-Staat-Schiedsverfahren geklagt werden könnte. Art. 26 ECT bezieht sich nämlich *expressis verbis* auf „*Streitigkeiten zwischen einem Investor und einer Vertragspartei*“. Da der aus dem ECT ausgetretene Staat nicht mehr „Vertragspartei“ ist, wäre das im ECT vorgesehene Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahren – unbeschadet der in Art. 47 Abs. 2 ECT geregelten *Sunset*-Klausel⁶⁵ – wohl nicht mehr auf diesen anwendbar.
- Gleiches muss im Übrigen auch für jene sich auf „Vertragsparteien“ beziehenden Streitbeilegungsmechanismen gelten, welche für handels- (Art. 27 iVm Anlage D), wettbewerbs- (Art. 6 Abs. 7) und transitbezogene (Art. 7 Abs. 6 ECT) Streitigkeiten zwischen Vertragsparteien des ECT vorgesehen sind.

Im Ergebnis würde der Austritt eines einzelnen EU-Mitgliedstaats aus dem ECT wohl dazu führen, dass aufgrund der unionsrechtlich determinierten Bindungswirkung völkerrechtlicher Abkommen der EU auch für den ausgetretenen Staat eine **„indirekte“ Verbindlichkeit der handels-, wettbewerbs- und transitrechtlichen Bestimmungen** bestehen würde. Allerdings könnte der ausgetretene Staat nicht mehr als „Vertragspartei“ Verfahrenspartei eines Investor-Staat-Streitbeilegungsverfahrens nach Art. 26 ECT sein, weil dieses sich *expressis verbis* auf „*Streitigkeiten zwischen einem Investor und einer Vertragspartei*“ bezieht. Gleiches muss für die anderen im ECT geregelten und sich auf

⁶⁵ Die Bestimmungen des ECT gelten für Investitionen von dem Tag, an dem der Rücktritt der Vertragspartei vom Vertrag wirksam wird, 20 Jahre lang weiter.

„Vertragsparteien“ beziehenden Streitbeilegungsmechanismen gelten. Dass ausgetretene Vertragsstaaten über das Unionsrecht mittelbar an den ECT gebunden (aber auch durch ihn berechtigt) sind, gleichzeitig aber die vorgesehenen Streitlösungsmechanismen nicht greifen, würde – in Bezug auf die ausgetretenen Staaten – im Ergebnis zu einer Art *lex imperfecta* führen. Dieser – rechtstheoretisch wie rechtspraktisch – unbefriedigende Zustand würde sich durch den Austritt von weiteren EU-Mitgliedstaaten⁶⁶ weiter verstärken, sodass es (ohne dies politisch werten zu wollen) in einem solchen Falle im Sinne der Rechtsklarheit vorteilhafter wäre, wenn sich die EU als Vertragspartei aus dem ECT zurückziehen und den einzelnen Mitgliedstaaten die Wahl belassen würde, dem ECT anzugehören (oder eben nicht).

IV. Bewertung

Zusammengefasst ist zu der gutachtensgegenständlichen Frage, welchen rechtlichen Mehrwert der Energiecharta-Vertrag in Bezug auf die Dimensionen Handel, Wettbewerb und Transit besitzt, folgendes zu konstatieren:

- (1) **Handel:** Im Verhältnis zwischen WTO-Staaten bringt der ECT mE keinen relevanten Mehrwert, da ECT-Bestimmungen im Wesentlichen nicht darüber hinausgehen, was nicht ohnedies bereits nach dem GATT/WTO-Recht gilt. Im Verhältnis WTO-Staat und Nicht-WTO-Staat vermittelt der ECT zwar die Anwendbarkeit der GATT-Regelungen zum Handel. Dieser Mehrwert *de jure* dürfte aber *in praxi* bislang kaum konkreten Niederschlag gefunden haben, gibt es, soweit ersichtlich, doch bislang noch keine einschlägigen Streitschlichtungsverfahren. Aus dem Blickwinkel der Effektivität ist die Notwendigkeit der ECT-Bestimmungen zum Handel mithin nicht belegbar.

Auch scheinen Staaten aufgrund allgemeiner völkerrechtlicher Pflichten und Unternehmen aufgrund idR privatautonom festgelegter Regelungen auch ohne die

⁶⁶ Italien ist 2016 aus dem ECT ausgetreten; siehe <https://www.energycharter.org/who-we-are/members-observers/countries/italy/> (abgerufen am 18.10.2021).

handelsbezogenen Vorgaben des ECT durchaus in der Lage, potentielle oder aktuelle Handelskonflikte zu lösen. Bestehende bi- und multilaterale Abkommen (wie etwa Partnerschafts- und Kooperationsabkommen der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten mit Drittstaaten) beinhalten außerdem ebenfalls Vorschriften zur Regelung des internationalen Energiehandels.

Zudem spiegelt der ECT die energiewirtschaftlichen Realitäten und die sich ändernden Rahmenbedingungen und Technologien nur unzureichend wieder, was ebenfalls berechtigte Zweifel an der Effektivität des völkerrechtlichen Vertrags aufkommen lässt.

- (2) **Wettbewerb:** Sowohl die materiellen Regelungen des ECT zum Wettbewerbsrecht als auch der diesbezügliche Streitbeilegungsmechanismus sind sehr offen und unverbindlich ausgestaltet, sodass der ECT keinen effektiven Schutz österreichischer Unternehmen vor wettbewerbswidrigem Verhalten in ECT-Staaten bieten dürfte.
- (3) **Transit:** Durch die explizite Regelung des Energietransits geht der ECT zwar über den nur – aber immerhin – einen „Basisschutz“ bietenden Art. V GATT hinaus. Dieser Mehrwert des ECT wird aber dadurch relativiert, dass offenkundig selbst die Vertragsstaaten den Art. 7 ECT als unzureichend angesehen haben, die komplexen Rechte und Pflichten grenzüberschreitender Energieinfrastrukturen zu regeln, weshalb unverbindliche Model-Agreements geschaffen wurden, die von den betreffenden Staaten abgeschlossen werden sollen. Wie vergangene Pipelineprojekte gezeigt haben, werden in der Praxis auch solche Spezialabkommen geschlossen, sodass Art. 7 ECT tatsächlich nur eine reduzierte Bedeutung zukommen dürfte.

Ergebnis: In einer Gesamtabwägung der Gründe, die für und gegen einen Austritt Österreichs aus dem Energiecharta-Vertrag sprechen, ist meines Erachtens den ECT-Regeln zu Handel, Wettbewerb und Transit ein eher geringes Gewicht beizumessen. Ein gewisser rechtlicher Mehrwert ist beim energiebezogenen Handel mit Nicht-WTO-Staaten und Transit gegeben. Diese Vorteile scheinen sich aber *de facto* nicht zu materialisieren und

können weitgehend durch Berufen auf WTO-Recht, allgemeine völkerrechtliche Maßnahmen, spezielle völkerrechtliche Vereinbarungen und die privatautonome Gestaltung von (etwa Liefer-) Verträgen substituiert werden. Die mittelbare Bindung und Berechtigung der vom ECT ausgetretenen EU-Mitgliedstaaten *qua* Vertragspartei-eigenschaft der EU verstärkt die Rechtsunsicherheit aller ECT-Vertragsparteien, sodass weitere Austritte von EU-Mitgliedstaaten im Sinne der Klarheit und Erkennbarkeit geltenden Rechts auch ein Zurückziehen der Union aus dem Abkommen (als eigenständige Vertragspartei) nahelegen würden.

Wien, Oktober 2021



RA Dr. Florian Stangl, LL.M

Niederhuber & Partner Rechtsanwälte GmbH