



---

**Stellungnahme**

Dr. Patrick Abel, Akademischer Rat a.Z.

Universität Passau

Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht, Europäisches und  
Internationales Wirtschaftsrecht

---

zum Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP

**Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Energiesicherungsgesetzes und des Gesetzes  
gegen Wettbewerbsbeschränkungen**

**Drucksache 20/5993**

**siehe Anlage**

Deutscher Bundestag  
Ausschuss für Klimaschutz und Energie  
Platz der Republik 1  
11011 Berlin

Postanschrift	Dr.-Hans-Kapfing-Str.14c 94032 Passau
Telefon	0851 509-2334 0851 509-2331
E-Mail	Patrick.Abel@uni-passau.de
Datum	24. März 2023

**Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Energiesicherungsgesetzes und des  
Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drs. 20/5993  
Stellungnahme von Dr. Patrick Abel, MJur (Oxford), Universität Passau**

1. Die Sicherung der Energieversorgungssicherheit ist ein wichtiges Verfassungsrechtsgut (vgl. BVerfGE 123, 267, 349, 381 ff.; BVerfG, Beschluss v. 23. März 2022 - 1 BvR 1187/17 -, Rn. 106 ff.). Das EnSiG sichert die Versorgung im Krisenfall und sieht hierfür die Möglichkeit besonderer staatlicher Eingriffe in das Eigentum von Unternehmen vor. Hierzu gehören neben der allgemeinen Enteignung nach den §§ 1 ff., 11 EnSiG besondere Befugnisse gegenüber Unternehmen der Kritischen Infrastruktur, insbesondere in Form der Anordnung der Treuhandverwaltung, der Kapitalmaßnahmen und Enteignungen (§§ 17-18 EnSiG; für einen ausführlichen juristischen Überblick, siehe *Kment*, NJW 2022, 2880; *Kment*, NJW 2022, 2302; *Schmitz/Helleberg*, UKuR 2022, 129; zum europäischen Wirtschaftsrecht, siehe *Müller-Ibold/Herrmann*, EuZW 2022, 1085).
2. Der vorgeschlagene, neue § 17b EnSiG erweitert und präzisiert die staatlichen Befugnisse gegenüber Unternehmen der Kritischen Infrastruktur, die bereits unter Treuhandverwaltung stehen (§ 17 EnSiG). § 17b EnSiG n.F. stellt einen milderen Eingriff im Vergleich zu Kapitalmaßnahmen und Enteignungen dar. Dies erlaubt grundsätzlich passgenauere staatliche Reaktionen auf Energieversorgungsgefahren.
3. Es ist verfassungsrechtlich problematisch, dass das EnSiG es erlaubt, von einer Anhörung der betroffenen Unternehmen der Kritischen Infrastruktur abzusehen, wenn dies einen unverhältnismäßigen Aufwand verursacht (§§ 17a Abs. 4 Satz 2, 20 Abs. 2 Satz 2 EnSiG sowie der vorgeschlagene § 17b Abs. 3 Satz 2 EnSiG). Angesichts der erheblichen wirtschaftlichen Folgen für die Unternehmen ist diese Ausnahmeregel unverhältnismäßig und sollte gestrichen werden.

4. Staatliche Eingriffe in das Eigentum von Unternehmen nach dem EnSiG können Entschädigungsansprüche auslösen (vgl. die Prüfung einer entschädigungspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung in BVerwG, Urteil v. 14.3.2023, 8 A 2.22). Hierbei zu berücksichtigen sind die Eigentumsgrundrechte des Grundgesetzes, der EU-Grundrechtecharta und der Europäische Menschenrechtskonvention, die unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie der Eigentumsschutz nach völkerrechtlichen Investitionsschutzverträgen und dem völkergewohnheitsrechtlichen Mindeststandard für die Behandlung von Ausländern. Die Inhalte dieser verschiedenen Rechte sind nicht identisch und können deshalb zu schwierigen Rechtsfragen führen (vgl. etwa über Enteignungen zu Reparationszwecken *Kokott*, UKuR 2022, 438; *Kokott*, UKuR 2022, 509; *Tietje*, Enteignen für den Wiederaufbau?, Verfassungsblog-Beitrag v. 3.2.2023).
5. Die derzeit geltenden §§ 17–18, 21 Abs. 1 Satz 2 und 3 EnSiG sowie der vorgeschlagene neue § 17b EnSiG können einen irreführenden Eindruck über die Frage erzeugen, wann und wieso eine Entschädigungspflicht gegenüber Unternehmen der Kritischen Infrastruktur entstehen kann.
  - a) Grundsätzlich nehmen die §§ 17–18 EnSiG und der neue § 17b EnSiG eine Entschädigungspflicht in den Blick. Dies ist im Ausgangspunkt sachgerecht. Die Vorschriften enthalten jedoch an mehreren Stellen eine Ausnahmeregel. Diese Ausnahme schließt eine Entschädigung aus, wenn sich das betreffende Unternehmen nicht auf das Eigentumsgrundrecht des Grundgesetzes berufen kann (§§ 17 Abs. 7 Satz 3, 17a Abs. 5 Satz 2, 21 Abs. 1 Satz 2 EnSiG sowie der vorgeschlagene § 17b Abs. 4 Satz 2 EnSiG).
  - b) Die Ausnahmeregel suggeriert, dass Unternehmen, die von ausländischen Staaten (insbesondere Russland) kontrolliert werden, von vorneherein nicht zu einer Entschädigung berechtigt sind. Denn nach dem Grundgesetz genießen juristische Personen keinen Grundrechtsschutz (abseits der Prozessgrundrechte), wenn sie von einem Nicht-EU-Drittstaat kontrolliert werden. Dies folgt aus Art. 19 Abs. 3 GG und der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfGE 143, 246, 248 ff.; BVerfGE 128, 226, 244 ff.; *Ludwigs/Friedmann*, NVwZ 2018, 22, 23), auch wenn das Gericht bisher über diesen Fall soweit ersichtlich noch nicht direkt entschieden hat.
  - c) Die Ausnahmeregel erzeugt den falschen Eindruck einer „Trumpfkarte“, die eine Entschädigung von Unternehmen, die durch Russland staatlich kontrolliert werden, stets verhindere und eine nähere Prüfung einer Entschädigung (und ihrer Höhe) vermeintlich entbehrlich mache.
  - d) Das ist jedoch nicht der Fall. Die Entschädigungspflicht lässt sich nicht einfach mit Verweis auf das deutsche Grundgesetz kategorisch ablehnen. Vielmehr sind auch das oben genannte europäische und internationale Recht zu betrachten.
  - e) Das praktisch größte Risiko bildet das völkerrechtliche Investitionsschutzrecht. Zwischen Deutschland und Russland ist ein Investitionsschutzabkommen in Kraft (Vertrag der Bundesrepublik Deutschland und der Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen v.

13.6.1989, BGBl. II 1990, 342). Das Abkommen schützt vor Enteignung, die insbesondere nur gegen Entschädigung erfolgen darf (Art. 4 Abs. 1). Ehemals russisch kontrollierte Unternehmen der Kritischen Infrastruktur oder ihre Muttergesellschaften und Anteilseigner können den Bund vor privaten Schiedsgerichten auf Schadensersatz verklagen. Ob eine Entschädigung nach dem Investitionsschutzvertrag tatsächlich geschuldet wird, hängt vom Einzelfall und vielen rechtlichen Details ab. Insbesondere kann ein festgestelltes Mitverschulden der Unternehmen an der Gefährdung der deutschen Energieversorgungssicherheit die Entschädigungshöhe mindern, potentiell auf 0,- Euro (*Holterhus/Siebrecht*, Im Griff des Bären?, Verfassungsblog-Beitrag v. 26.9.2022; vgl. *Abel*, International Investor Obligations, 2022, 232 ff.).

- f) Das EnSiG berücksichtigt das Investitionsschutzrecht zwar teilweise durch eine spezielle „Öffnungsklausel“. Das EnSiG stellt jeweils fest, dass in Bezug auf Entschädigungen die Verpflichtungen des Bundes aus völkerrechtlichen Verträgen nach Art. 59 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes unberührt bleiben (§§ 17a Abs. 5 Satz 2, 21 Abs. 1 Satz 3 EnSiG sowie der vorgeschlagene § 17b Abs. 4 Satz 2 EnSiG). Das erfasst insbesondere etwaige Entschädigungen nach dem angesprochenen Investitionsschutzvertrag zwischen Deutschland und Russland.
- g) Diese Öffnungsklausel kann jedoch irreführen. Erstens sind derzeit mit über hundert Staaten Investitionsschutzabkommen in Kraft, in denen sich der Bund in aller Regel verpflichtet, nur gegen eine Entschädigung zu enteignen. Die Anwendung der Öffnungsklausel ist also die Regel, was die Bedeutung der Ausnahmeregel für nach dem Grundgesetz nicht grundrechtsberechtigte Unternehmen minimiert. Zweitens spricht die Öffnungsklausel nur völkerrechtliche Verträge an. Es fehlt jedoch der Bezug zum Unionsrecht und insbesondere zum Völkergewohnheitsrecht (ebenso *Holterhus/Siebrecht*, Im Griff des Bären?, Verfassungsblog-Beitrag v. 26.9.2022). Letzteres bleibt vor allem für die Staaten maßgeblich, mit denen Deutschland kein Investitionsschutzabkommen abgeschlossen hat. Auch nach Völkergewohnheitsrecht schuldet Deutschland jedoch grundsätzlich Entschädigungen für Enteignungen (vgl. *Heintschel von Heinegg/Frau*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 54. Ed. Stand 15.2.2023, Art. 25 Rn. 19.3).
- h) In der Rechtspraxis dürfte sich im gegenwärtigen Kontext von Unternehmen der Kritischen Infrastruktur unter (ehemals) russischem Einfluss die angesprochene Gesetzesformulierung, die einen irreführenden Eindruck erzeugen kann, im Ergebnis nicht auswirken. Denn es greift die oben angesprochene Öffnungsklausel für den Investitionsschutzvertrag zwischen Russland und Deutschland. Die hier kritisierten Regelungen erhöhen jedoch das Risiko von zukünftigen Rechtsanwendungsfehlern und sind deshalb nicht zukunftsfest. Verfassungsrechtlich besteht zudem die Gefahr, dass Gerichte insoweit eine mangelnde formelle Bestimmtheit des Gesetzes annehmen.
- i) Bei der Anwendung der EnSiG-Normen im Einzelfall sollte der Bund sicherstellen, eine Entschädigung für Unternehmen der Kritischen Infrastruktur nicht vorschnell und kategorisch abzulehnen mit dem Verweis auf eine fehlende Grundrechtsberechtigung nach dem Grundgesetz, ohne insbesondere das Investitionsschutzrecht genau zu

prüfen. Ein pauschal eine Entschädigung ablehnendes Vorgehen würde in einem etwaigen investitionsschutzrechtlichen Schiedsverfahren gegen den Bund eine erhebliche (und unnötige) juristische Angriffsfläche eröffnen und den Eindruck eines offensichtlichen Völkerrechtsverstoßes erzeugen. Dieses Prozessrisiko kann Geldsummen in Milliardenhöhe betreffen.

- j) Es wird empfohlen, in EnSiG-Verfahren gegen Unternehmen der Kritischen Infrastruktur die Unternehmen ausführlich anzuhören (soweit nicht der Zweck der Maßnahme hierdurch gefährdet wird). In den Verfahren sollten die zuständigen Behörden die europäischen und internationalen Vorgaben spezifisch prüfen. Die Begründung der getroffenen Entscheidungen sollte sich zu diesen Vorschriften ausdrücklich verhalten.