



**Zusammenstellung der Stellungnahmen zur öffentlichen Anhörung
am Montag, dem 27. März 2023
14:30 bis 15:45 Uhr, PLH, Sitzungssaal E. 800**

Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP
**„Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Energiesicherungsgesetzes und
des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen“**

BT-Drs. 20/5993

siehe Anlagen



Sachverständigenliste Öffentliche Anhörung

Dr. Patrick Abel, Akademischer Rat a.Z.¹

Universität Passau
Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht,
Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht
A-Drs. 20(25)319

Prof. Dr. Till Patrik Holterhus²

Leuphana Universität Lüneburg
A-Drs. 20(25)320

Dr. Hermann Müller, LL.M. (The University of Edinburgh)³

CMS Hasche Sigle Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB
A-Drs. 20(25)317

Dr. Maximilian Rinck⁴

Abteilungsleiter Handel und Beschaffung
Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V. (BDEW)
A-Drs. 20(25)312

Ines Schwerdtner⁵

Gründerin der Bewegung „Genug ist Genug“ und Chefredakteurin des Jacobin-Magazins
Genug ist Genug
A-Drs. 20(25)321

Prof. Dr. Henning Vöpel⁶

Vorstand sop / Stiftung Ordnungspolitik
Direktor cep / Centrum für Europäische Politik
A-Drs. 20(25)318

¹ Benannt durch die Fraktion der SPD

² Benannt durch die Fraktion der SPD

³ Benannt durch die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

⁴ Benannt durch die Fraktion der CDU/CSU

⁵ Benannt durch die Fraktion DIE LINKE.

⁶ Benannt durch die Fraktion der FDP



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-Kapfinger-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 mildereren 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.

20. Wahlperiode



Deutscher Bundestag

Ausschuss für Klimaschutz und
Energie

Ausschussdrucksache **20(25)320**

27.03.2023

Stellungnahme

Prof. Dr. Till Patrik Holterhus
Leuphana Universität Lüneburg

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



Leuphana Universität Lüneburg · 21335 Lüneburg

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

Prof. Dr. Till P. Holterhus, LL.M. (Yale)

**Öffentliches Recht, insb. Staats-
und Verwaltungsrecht**

Leuphana Universität Lüneburg
Fakultät Staatswissenschaft
Leuphana Law School
Universitätsallee 1
21335 Lüneburg

+49 (0) 4131 677 2310
till.holterhus@leuphana.de

www.leuphana.de

26. März 2023

Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung zur Änderung des Energiesicherungsgesetzes (BT-Drs. 20/5993), Montag, 27. März 2023, 14:30 bis 15:45 Uhr, Paul-Löbe-Haus (PLH), Sitzungssaal E. 800

Titel

„Zum völkerrechtlichen Kontext der begrenzten Pflicht zur Enteignungsent-
schädigung nach § 17b EnSiG (n.F.)“

Kurzzusammenfassung

§ 17b Abs. 4 S. 2 (n.F.) i.V.m. § 21 Abs. 1 S. 2 EnSiG schließt eine Enteignungs-
entschädigung für die staatlich angewiesene Übertragung von Vermögensge-
genständen aus, wenn es sich bei dem betroffenen Unternehmen um eine aus-
ländische (oder von fremden Staaten beherrschte inländische) juristische Per-
son handelt. Dies konfliktiert mit Art. 25 GG und der allgemeinen Regel des Völ-
kerrechts, nach der Ausländern bei Enteignung Entschädigung zu gewähren ist.

§ 17b Abs. 4 S. 2 i.V.m. § 21 Abs. 1 S. 2 EnSiG kann daher insoweit keine Anwen-
dung finden und sollte abgeändert werden (Vorschlag unten), um einen fal-
schen Anschein und eine sich daraus möglicherweise ergebende fehlerhafte
Anordnungspraxis zu vermeiden.

Gleichwohl muss es nicht bei jeder Enteignung kritischer Energieinfrastruktur
auch zwingend zu einer Entschädigungszahlung durch die Bundesrepublik
Deutschland kommen. Insbesondere in Fällen, in denen ausländisch be-
herrschte kritische Energieinfrastruktur gezielt instrumentalisiert wird, um die
deutsche Energieversorgung zu destabilisieren, bildet der Rechtsgedanke des
Mitverschuldens insoweit eine denkbare Lösung, um eine Entschädigung der
Höhe nach (bis auf null) zu reduzieren.



Erläuterung

1. § 17b Abs. 1 EnSiG (n.F.) sieht als besondere Maßnahme zur Sicherung der Energieversorgung im Bereich der kritischen Infrastruktur die Möglichkeit einer staatlich angewiesenen Übertragung von Vermögensgegenständen eines unter Treuhand (§ 17 Abs. 1 EnSiG) stehenden Unternehmens an den Bund und private oder öffentliche Unternehmen vor. Eine solche Maßnahme ist eine Enteignung.
2. Die Enteignung stellt einen Eingriff in das von Art. 14 GG geschützte Eigentum dar.
3. Für Enteignungen ist gem. Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG eine Entschädigung zu leisten.
4. Ausländische (oder von fremden Staaten beherrschte inländische) juristische Personen können sich gem. Art. 19 Abs. 3 GG allerdings nicht auf Art. 14 GG berufen (BVerfGE 129, 78 (95 m.w.N.); 143, 246 (Rn. 184 ff.)) und haben daher auch kein aus Art. 14 GG folgendes Recht auf Entschädigung. Eine Ausnahme gilt nur für in der EU angesiedelte ausländische (oder von EU-Mitgliedstaaten beherrschte inländische) juristische Personen (BVerfGE 129, 78 (98 f.); 143, 246 (Rn. 184 ff.)).
5. Dies macht sich § 17b Abs. 4 S. 2 (n.F.) i.V.m. § 21 Abs. 1 S. 2 EnSiG „zunutze“. Zwar sieht § 17b Abs. 4 S. 1 EnSiG (n.F.) für die Übertragung von Vermögensgegenständen eine Entschädigung vor. Diese wird jedoch in § 17b Abs. 4 S. 2 (n.F.) i.V.m. § 21 Abs. 1 S. 2 EnSiG dahingehend eingeschränkt, dass die Entschädigung für solche Personen ausgeschlossen ist, die sich nicht auf Art. 14 GG berufen können, heißt insb. für ausländische (oder von fremden Staaten beherrschte inländische) juristische Personen (Ausnahme: in der EU angesiedelt oder durch einen EU-Mitgliedstaat beherrscht, siehe oben). § 17b Abs. 4 S. 2 (n.F.) i.V.m. § 21 Abs. 1 S. 3 EnSiG stellt insoweit keine Rückausnahme dar. Der Verweis darauf, dass die Verpflichtungen des Bundes aus völkerrechtlichen Verträgen nach Art. 59 Abs. 1 S. 2 GG unberührt bleiben (gemeint sind vor allem investitionsschutzrechtliche Verträge) bringt lediglich zum Ausdruck, dass § 17b Abs. 4 S. 2 (n.F.) i.V.m. § 21 Abs. 1 S. 2 EnSiG nicht als bewusster Verstoß gegen daneben etwaig bestehende völkervertragliche Verpflichtungen auf Entschädigung verstanden werden soll (kein sog. „treaty override“ i.S.v. BVerfGE 141, 1).
6. Die unter 5. geschilderte Einschränkung ist problematisch. Es existiert nämlich eine allgemeine Regel des Völkerrechts, nach der Ausländern bei Enteignung Entschädigung zu gewähren ist (EGMR-E 3, 117 (130 ff.); 3, 185 (197 f.)), vgl. auch BVerfGE 112, 1 (34 f.), BVerfG (Vorprüfungsausschuss), Beschluss vom 05.10.1982 – 2 BvR 459/82 = NVwZ 1983, 89) – der sog. fremdenrechtliche Eigentumsschutz.



7. Über Art. 25 S. 1 GG sind solche allgemeinen Regeln des Völkerrechts Teil der deutschen Rechtsordnung und verdrängen entgegenstehendes einfaches Gesetzesrecht im Sinne eines Anwendungsvorrangs (BVerfGE 23, 288 (316 f.)).

8. An dieser Geltung und Einwirkung der als allgemeine Regel des Völkerrechts bestehenden Pflicht zur Entschädigung bei Enteignung ändert sich auch dann nichts, wenn für die jeweilige Konstellation ein spezieller bilateraler Investitionsschutzvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Heimatstaat des enteigneten Ausländers (bzw. der enteigneten ausländischen juristischen Person) besteht. Bei solchen bilateralen Investitionsschutzverträgen handelt es sich nämlich nicht um eine Abweichung von dem völkergewohnheitsrechtlichen Grundsatz der Entschädigungspflicht bei der Enteignung von Ausländern, sondern gerade um dessen Bestätigung bzw. Verstärkung. Wo Völkervertragsrecht bestehendes Völkergewohnheitsrecht aber lediglich bestätigt bzw. verstärkt, kommt es nicht zu einer Verdrängung, sondern zu einem Nebeneinander von Völkervertragsrecht und Völkergewohnheitsrecht. Daraus folgt, dass es hinsichtlich des jeweiligen Völkergewohnheitsrechts (hier des fremdenrechtlichen Eigentumsschutzes) auch bei den aus Art. 25 GG folgenden Wirkungen, insb. dem Vorrang vor einfachem Gesetzesrecht bleibt. Diese Frage ist in Rechtswissenschaft und -praxis geklärt (siehe nur Münch/Kunig, 7. Aufl. 2021, GG Art. 25 Rn. 33: „Durch die Kodifikation einer bestehenden Norm des Völkergewohnheitsrechts findet ebenso kein ‚Downgrading‘ statt, nach der diese Norm dann auf den Rang eines einfachen Gesetzes nach Art. 59 Abs. 2 zurückfallen würde.“; ausdrücklich ebenso v. Mangoldt/Klein/Starck, 7. Aufl. 2018, GG Art. 25 Rn. 23; Jarass/Pieroth, 17. Aufl. 2022, GG Art. 25 Rn. 11; Sachs, 9. Aufl. 2021, GG Art. 25 Rn. 31; BeckOK GG, 52. Ed. 15.8.2022, GG Art. 25 Rn. 9, 22; vgl. auch Dürig/Herzog/Scholz, 98. EL März 2022, GG Art. 25 Rn. 42; siehe außerdem BVerfG, Beschluss der 4. Kammer des Zweiten Senats vom 12.12.2000 – 2 BvR 1290/99 –, NJW 2001, 1848, 1849).

9. § 17b Abs. 4 S. 2 (n.F.) i.V.m. § 21 Abs. 1 S. 2 EnSiG, der das Recht auf Entschädigung für eine Enteignung durch angewiesene Übertragung von Vermögensgegenständen kategorisch ausschließt, soweit sich die enteignete Person nicht auf Art. 14 GG berufen kann, verstößt im Lichte des zuvor Gesagten damit zwar nicht gegen Art. 14 GG (siehe oben 4.), steht aber in Konflikt mit Art. 25 GG in Verbindung mit der allgemeinen Regel des Völkerrechts über den fremdenrechtlichen Eigentumsschutz.

10. § 17b Abs. 4 S. 2 (n.F.) i.V.m. § 21 Abs. 1 S. 2 EnSiG ist daher in einer Vielzahl von Fällen nutzlos, weil er dort, wo er relevant wird – also bei der Enteignung ausländischer (oder von fremden Staaten beherrschter inländischer) juristischer Personen – wegen des durch Art. 25 GG regelmäßig ausgelösten Anwendungsvorrangs gerade keine Anwendung durch die deutsche Staatsgewalt finden darf. Auch wenn § 17b Abs. 4 S. 2 (n.F.) i.V.m. § 21 Abs. 1 S. 2 EnSiG wegen des Verstoßes gegen Art. 25 GG nicht nichtig ist (Anwendungsvorrang, kein



Geltungsvorrang), dürfen deutsche Behörden und Gerichte ihn nach rechtsstaatlichen Grundsätzen (Art. 20 Abs. 3 GG) schlicht nicht beachten.

11. § 17b Abs. 4 S. 2 (n.F.) i.V.m. § 21 Abs. 1 S. 2 EnSiG ist zugleich auch gefährlich, weil er – obwohl nicht anwendbar – den Anschein erweckt, deutsche Behörden könnten bei der Enteignung ausländischer (oder von fremden Staaten beherrschter inländischer) juristischer Personen gem. § 17b Abs. 1 EnSiG stets auf die Zahlung einer Entschädigung verzichten. Im Ergebnis ist dieser Anschein geeignet, in der behördlichen Praxis rechtswidrige Einzelrechtsakte zu produzieren. Übertragungsanordnungen gem. § 17b Abs. 1 EnSiG (n.F.) (die § 17b Abs. 4 S. 2 (n.F.) i.V.m. § 21 Abs. 1 S. 2 EnSiG fälschlich anwenden) und damit gegen die aus Art. 25 GG folgende Pflicht zur Zahlung einer Entschädigung bei Enteignung von Ausländern verstoßen, sind nämlich rechtswidrig und wären dementsprechend in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren aufzuheben.

12. Im Lichte der hier aufgezeigten Problematik sollte § 21 Abs. 1 S. 2 und S. 3 EnSiG (auf den § 17b Abs. 4 S. 2 (n.F.) verweist) daher gestrichen und ersetzt werden durch folgende Formulierung: „Wer sich auf das Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG nicht berufen kann, hat den Anspruch auf Entschädigung nach Satz 1 nur, soweit die Bundesrepublik Deutschland hierzu völkerrechtlich verpflichtet ist.“

Obwohl die Möglichkeit eines kategorischen Entschädigungsausschlusses über § 17b Abs. 4 S. 2 (n.F.) i.V.m. § 21 Abs. 1 S. 2 EnSiG für die Enteignung ausländischer (oder von fremden Staaten beherrschter inländischer) juristischer Personen nicht gangbar ist, muss es nicht bei jeder Enteignung kritischer Energieinfrastruktur auch zwingend zu einer Entschädigungszahlung durch die Bundesrepublik Deutschland kommen. Insbesondere in Fällen, in denen ausländisch beherrschte kritische Energieinfrastruktur gezielt instrumentalisiert wird, um die deutsche Energieversorgung zu destabilisieren, bildet der Rechtsgedanke des Mitverschuldens insoweit eine denkbare Lösung.

1. Das deutsche Recht kennt zahlreiche Vorschriften zur mitverschuldensbedingten Reduzierung der aus einem Eigentumseingriff folgenden Entschädigung – potenziell bis auf null (so etwa in § 93 Abs. 3 S. 2 BauGB, § 8a Abs. 8 BFStrG oder § 13 Abs. 2 SchutzBerG).

2. Eine vergleichbare Mitverschuldensklausel ließe sich problemlos auch in § 17b EnSiG (n.F.) bzw. § 21 EnSiG einfügen.

3. Der Rechtsgedanke des Mitverschuldens ist auch im Völkerrecht anerkannt (vgl. Art. 39 der ILC-Artikel zur Staatenverantwortlichkeit; Yukos v. Russia, PCA Case No. 2005-04/AA227, Final Award, S. 500 ff.) und könnte somit auch die aus dem Völkerrecht folgenden Entschädigungspflichten für Enteignungen von Ausländern wirksam reduzieren.



Stellungnahme

Dr. Hermann Müller, LL.M. (The University of Edinburgh)
CMS Hasche Sigle Partnerschaft von Rechtsanwälten
und Steuerberatern mbB

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

Stellungnahme zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Energiesicherungsgesetzes und des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Bundestags-Drucksache 20/5993 vom 14. März 2023)

Die Einführung eines neuen § 17b Energiesicherungsgesetz (EnSiG) durch den Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP zur Änderung des Energiesicherungsgesetzes und des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Bundestags-Drucksache 20/5993 vom 14. März 2023) ist zu begrüßen. Durch die Einführung eines neuen § 17b EnSiG wird gewährleistet, dass der Bundesregierung zur Sicherstellung der Energieversorgungssicherheit in der Bundesrepublik Deutschland ein noch differenzierteres Handlungsinstrumentarium zur Verfügung steht.

Der neue § 17b EnSiG setzt tatbestandlich eine Treuhandverwaltung nach § 17 EnSiG über ein Unternehmen der Kritischen Infrastruktur im Bereich Energie voraus. Bei diesen Unternehmen kann eine Übertragung von Vermögensgegenständen zur Sicherung der Energieversorgung erforderlich werden. Ein solcher Vorgang wird durch den neuen § 17b EnSiG ermöglicht.

Die Vorschriften der §§ 17 ff. EnSiG sind im Frühjahr 2022 durch den Gesetzgeber angesichts des völkerrechtswidrigen Angriffs Russlands auf die Ukraine, der die ohnehin angespannte Lage auf den Energiemärkten drastisch verschärft hat, erlassen worden, um die Energieversorgungssicherheit in der Bundesrepublik Deutschland zu gewährleisten. Die Treuhandverwaltung nach § 17 EnSiG ist dabei Teil der Krisenvorsorge und ein Instrument der Krisenbewältigung, so dass im Krisenfall eine schnelle Handlungsfähigkeit gewährleistet ist.

1. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. März 2023

Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Urteil vom 14. März 2023 entschieden, dass die Treuhandanordnung bezüglich der Anteile an der Rosneft Deutschland GmbH und an der RN Refining & Marketing GmbH vom 14. September 2022 (vergleiche BAnZ AT 16.09.2022 B1) rechtmäßig ist. Dabei hat das Bundesverwaltungsgericht ausgeführt, dass es sich bei einer Treuhandverwaltung nach § 17 EnSiG um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums im Sinne des Artikel 14 Absatz 1 Satz 2 des Grundgesetzes handelt (vergleiche hierzu auch Kment, NJW 2022, 2302, 2304) und eine sechsmonatige Treuhandverwaltung keine einer Enteignung vergleichbare Wirkung hat (vgl. Bundesverwaltungsgericht, Pressemitteilung Nr. 20/2023 vom 14. März 2023, 8 A 2.22). Darüber hinaus hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass der Treuhandanordnung bezüglich der Anteile an der Rosneft Deutschland GmbH und an der RN Refining & Marketing GmbH vom 14. September 2022 das sowjetisch-deutsche

Investitionsschutzabkommen nicht entgegensteht und die Treuhandanordnung mit Unionsrecht und der Europäischen Menschenrechtskonvention vereinbar ist.

Das Bundesverwaltungsgericht hat im Verkündungstermin am 14. März 2023 weiter festgehalten, dass dem Staat die Gewährleistung der Energieversorgungssicherheit als zentrale Aufgabe zukommt. Der Ausfüllung dieser staatlichen Aufgabe dient die Einführung eines neuen § 17b EnSiG. Der neue § 17b EnSiG erweitert vor diesem Hintergrund die staatlichen Handlungsmöglichkeiten innerhalb des Energiesicherungsgesetzes und ermöglicht eine Übertragung von Vermögensgegenständen eines unter Treuhandverwaltung gestellten Unternehmens unter Berufung auf die Energieversorgungssicherheit mit Zustimmung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz, das im Einvernehmen mit dem Bundesministerium der Finanzen entscheidet. Eine Übertragung von Vermögensgegenständen unter Berufung auf die Energieversorgungssicherheit führt gemäß Artikel 14 Absatz 3 Satz 2 des Grundgesetzes zu einer Entschädigungspflicht. Diese wird in dem neuen § 17b EnSiG in den Absätzen 4 bis 6 geregelt und wahrt damit die verfassungsrechtlichen Vorgaben.

2. Geringere Eingriffstiefe als eine förmliche Enteignung

Der neue § 17b EnSiG weist im Vergleich zu einer förmlichen Enteignung nach den §§ 18 ff. EnSiG eine geringere Eingriffstiefe auf.

Bei einer förmlichen Enteignung nach den §§ 18 ff. EnSiG erfolgt ein staatlicher Zugriff auf sämtliche Anteile eines Unternehmens der Kritischen Infrastruktur. Demgegenüber ermöglicht der neue § 17b EnSiG, dass lediglich einzelne Vermögensgegenstände eines unter Treuhandverwaltung gestellten Unternehmens herausgelöst werden können. Dies stellt beim Vergleich der beiden Handlungsinstrumente einen milderen Eingriff im Hinblick auf das Eigentumsgrundrecht aus Artikel 14 des Grundgesetzes dar. Zugleich wird der Bundesregierung ein gezielterer Einsatz von Maßnahmen zur Sicherstellung der Energieversorgungssicherheit ermöglicht. Der vom Bundesverwaltungsgericht unterstrichene staatliche Auftrag kann durch den neuen § 17b EnSiG maßgeschneidert umgesetzt werden.

Die im neuen § 17b EnSiG geregelte Übertragung eines Vermögensgegenstands eines unter Treuhandverwaltung gestellten Unternehmens ist ein privatrechtlicher Vorgang, der auf der Grundlage privatrechtlicher Vereinbarungen erfolgt. Die geringere Eingriffstiefe im Vergleich zu den §§ 18 ff. EnSiG zeigt sich auch in der Verknüpfung mit der Treuhandverwaltung nach § 17 EnSiG, die in besonders schonender Weise in die Eigentumsrechte des Gesellschafters eingreift und sein Eigentum an den Gesellschaftsanteilen unberührt lässt.

Der neue § 17b EnSiG ist in dieser Hinsicht mit dem bereits bestehenden § 17a EnSiG vergleichbar, der gleichermaßen an eine bestehende Treuhandverwaltung nach § 17 EnSiG anknüpft und mit der Durchführung von bestimmten gesellschaftsrechtlichen Kapitalmaßnahmen bei einem unter Treuhandverwaltung gestellten Unternehmen ebenfalls privatrechtliche Vorgänge erfasst (vergleiche Kment, NJW 2022, 2880, 2880 f.). Hinsichtlich dieses Grundkonzepts ist der neue § 17b EnSiG an § 17a EnSiG angelehnt. Bei der SEFE Securing Energy for Europe GmbH (vormals Gazprom Germania GmbH) kam § 17a EnSiG bereits erfolgreich zur Anwendung (vergleiche Anordnung vom 14. November 2022, BAnz AT 14.11.2022 B9) und ermöglichte die Ausstattung des Unternehmens mit frischem Kapital mit den Mitteln und Handlungsformen des privaten Rechts, die durch einen Verwaltungsakt des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz flankiert wurden. Das Konzept der Inpflichtnahme privater Marktteilnehmer zur Sicherstellung der Energieversorgungssicherheit in der Bundesrepublik Deutschland wird durch den neuen § 17b EnSiG weiter verfeinert.

3. Wertermittlung am Markt

Bei dem neuen § 17b EnSiG findet die Ermittlung der Entschädigungshöhe in der Regel durch ein marktgerechtes Bieterverfahren statt, in dem für den in Rede stehenden Vermögensgegenstand ein Kaufpreis ermittelt wird. Dadurch werden die Kräfte des Marktes fruchtbar gemacht, indem sich aus Angebot und Nachfrage die Höhe des Verkehrswerts des übertragenen Vermögensgegenstands ergibt. Zugleich wird dadurch in besonderem Maße auch den bestehenden völkerrechtlichen Verträgen des Bundes zum Investitionsschutz Rechnung getragen, die bei der Ermittlung der Höhe einer zu zahlenden Entscheidung in der Regel auf den *Fair Market Value* abstellen.

23. März 2023

Dr. Hermann Müller, LL.M. (The University of Edinburgh)

CMS Hasche Sigle Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB

20. Wahlperiode



Deutscher Bundestag

Ausschuss für Klimaschutz und
Energie

Ausschussdrucksache **20(25)312**

23.03.2023

Stellungnahme

Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V. (BDEW)

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

Berlin, 23. März 2023

**BDEW Bundesverband
der Energie- und
Wasserwirtschaft e.V.**

Reinhardtstraße 32
10117 Berlin

www.bdeu.de

Stellungnahme

anlässlich der Öffentlichen Anhörung zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Energiesicherungsgesetzes und des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Drs. 20/5993)

Der Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft (BDEW), Berlin, und seine Landesorganisationen vertreten über 1.900 Unternehmen. Das Spektrum der Mitglieder reicht von lokalen und kommunalen über regionale bis hin zu überregionalen Unternehmen. Sie repräsentieren rund 90 Prozent des Strom- und gut 60 Prozent des Nah- und Fernwärmeabsatzes, 90 Prozent des Erdgasabsatzes, über 90 Prozent der Energienetze sowie 80 Prozent der Trinkwasser-Förderung und rund ein Drittel der Abwasser-Entsorgung in Deutschland.

Der BDEW ist im Lobbyregister für die Interessenvertretung gegenüber dem Deutschen Bundestag und der Bundesregierung sowie im europäischen Transparenzregister für die Interessenvertretung gegenüber den EU-Institutionen eingetragen. Bei der Interessenvertretung legt er neben dem anerkannten Verhaltenskodex nach § 5 Absatz 3 Satz 1 LobbyRG, dem Verhaltenskodex nach dem Register der Interessenvertreter (europa.eu) auch zusätzlich die BDEW-interne Compliance Richtlinie im Sinne einer professionellen und transparenten Tätigkeit zugrunde. Registereintrag national: R000888. Registereintrag europäisch: 20457441380-38

1 Vorbemerkung

Am 6. März 2023 hat das Bundeskabinett eine Formulierungshilfe für einen Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Energiesicherungsgesetzes (EnSiG) und des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen beschlossen.

Mit der Novelle des EnSiG soll dem Bund im Sinne der Sicherung der Energieversorgung mehr Handlungsspielraum im Rahmen einer Treuhandverwaltung eröffnet werden, was aus Sicht der BDEW grundsätzlich nachvollziehbar ist.

Der BDEW regt darüber hinaus eine wichtige Anpassung der Entschädigungsregelungen im EnSiG an. Die Bilanzkreisverantwortlichen sollten im Falle einer Verfügung durch den Bundeslastverteiler in einer Gasmangelsituation zeitnah den Wert der beschafften Gasmengen als Entschädigung ersetzt bekommen.

2 Hintergrund

Im Rahmen der Vorbereitung auf eine Gasmangellage hat die Bundesnetzagentur (BNetzA) in den letzten Monaten intensiv an den Prozessen und der Ausgestaltung der hoheitlichen Eingriffe des Bundeslastverteilers für den Fall einer Krisensituation nach § 1 EnSiG gearbeitet. Dafür wurden verschiedene Teilprozesse erarbeitet und in ein Verfügungskonzept der BNetzA eingebettet. Dieses soll der BNetzA die Verteilung begrenzter Gasmengen im Rahmen der Bundeslastverteilung ermöglichen und enthält eine Vielzahl von Verfügungen an verschiedene Marktteilnehmer, u.a. Letztverbraucher, Speicherbetreiber, Netzbetreiber sowie Bilanzkreisverantwortliche, die inhaltlich ineinandergreifen und zum Teil voneinander abhängig sind.

Das Verfügungskonzept der BNetzA sieht insbesondere vor, dass die durch Verbrauchsreduktionen der Letztverbraucher verfügbar gemachten Gasmengen aus den Bilanzkreisen der betroffenen Bilanzkreisverantwortlichen in einen Bilanzkreis des Bundeslastverteilers gebucht werden. Die betroffenen Bilanzkreisverantwortlichen bleiben dadurch verpflichtet, diese Mengen weiter am Markt zu beschaffen, auch wenn sie von ihren Kunden nicht verbraucht werden, da weiterhin die Verpflichtung zum Ausgleich des Bilanzkreises besteht.

Nach diesem Verfügungskonzept besteht ein **erhebliches Risiko von Vermögensschäden** auf Seiten der Bilanzkreisverantwortlichen. Sie würden damit verpflichtet, weiter Gasmengen auf einem in einer akuten Mangellage äußerst volatilen Markt zu besorgen. Unabhängig davon, ob die Beschaffung über den Spotmarkt oder über möglicherweise indexierte längerfristige Verträge stattfindet, entstehen den Bilanzkreisverantwortlichen damit hohe Kosten. Diesen Kosten stehen dann aber keine Erlöse gegenüber, denn den Vertragspartnern der Lieferanten können Mengen, die der Kunde aufgrund der Verfügung überhaupt nicht mehr dem Netz entnimmt, in der Regel nicht in Rechnung gestellt werden.

Durch die Verpflichtung, diese zu hohen Preisen beschafften Mengen ohne eine vertraglich vereinbarte Gegenleistung in den Bilanzkreis des Bundeslastverteilers zu buchen, entsteht für

die betroffenen Bilanzkreisverantwortlichen eine Liquiditätslücke, die in dem dynamischen Umfeld einer Gasmangellage schnell insolvenzbedrohende Ausmaße erreichen kann. Die Insolvenz eines oder mehrerer Bilanzkreisverantwortlicher hätte wiederum unmittelbare Auswirkungen auf andere mit diesen Bilanzkreisverantwortlichen verbundenen Marktteilnehmer (Domino-Effekt) und dürfte auch die Fähigkeit dieser Marktteilnehmer einschränken, überhaupt Gas nach Deutschland zu importieren. Die Gasmangellage würde damit verschärft.

Die Entschädigungsmodalitäten für betroffene Bilanzkreisverantwortliche müssen deshalb so ausgestaltet werden, dass diese zeitnah den Wert des für den Bundeslastverteiler beschafften Gases ersetzt bekommen.

Das EnSiG enthält bereits Entschädigungsvorschriften für Schäden, die auf Maßnahmen aus dem EnSiG, sowie auf Verfügungen des Bundeslastverteilers beruhen. Da eine konkrete Ermittlung der Anspruchsgrundlage für die Entschädigung der betroffenen Bilanzkreisverantwortlichen zum jetzigen Zeitpunkt sowohl aufgrund der noch nicht abgeschlossenen Prozessvorbereitungen als auch der Berücksichtigung konkreter Umstände auf Seiten der Bilanzkreisverantwortlichen nicht möglich ist, sind alle in Frage kommenden Regelungen des EnSiG so anzupassen, dass das Risiko für die betroffenen Bilanzkreisverantwortlichen so weit wie möglich minimiert werden kann.

Vor diesem Hintergrund sowie mit dem Ziel, weitere Rechtsunsicherheiten zu beheben, schlägt der BDEW mit den folgenden konkreten Änderungen sowohl Verbesserungen an der bestehenden Entschädigungsregelung des § 11 EnSiG als auch eine Erweiterung des Härteausgleichs in § 12 EnSiG zur Absicherung der Bilanzkreisverantwortlichen vor.

3 § 11 EnSiG: Entschädigung

Der BDEW begrüßt, dass mit den in der letzten EnSiG-Novelle überarbeiteten Regelungen in § 11 EnSiG die Entschädigung bei Enteignungen von u.a. gasförmigen Energieträgern geregelt worden ist. Für den Fall einer drohenden Gasmangellage ist eine entsprechende Planungssicherheit insbesondere für die betroffenen Bilanzkreisverantwortlichen unabdingbar.

Die Inhalte bezüglich des Umfangs und Zeitpunkts, das heißt die Fristen zur Festsetzung der Entschädigung und der Auszahlung, sind allerdings nicht ausreichend verankert. Außerdem definiert § 11 EnSiG nicht eindeutig, wer die Entschädigung zu leisten hat. Den „Begünstigten“ zu definieren und einen Entschädigungsanspruch durchzusetzen, ist für den Entschädigungsberechtigten nicht möglich, da er die durch den Bundeslastverteiler aus dem eigenen Bilanzkreis entnommenen Gasmengen keinem Verbraucher zuordnen kann.

In der Gesetzesbegründung wird fälschlicherweise generell davon ausgegangen, dass einer Enteignung aus einem Portfolio keine konkreten Kosten zugeordnet werden können, weshalb bei Portfolios auf den Portfoliodurchschnittspreis abgestellt wird. Das stimmt in manchen, aber keinesfalls in allen Fällen. Viele und insbesondere größere Industriekunden werden auf

Basis Spotmarkt-indizierter Vertragspreise beliefert und die entsprechenden Mengen durch die Lieferanten dementsprechend Spotmarkt-basiert beschafft. Sollte diese Menge enteignet werden, könnten die durch diese Enteignung entstandenen Kosten also eindeutig auch innerhalb eines Portfolios beziffert werden (in diesem Beispiel wäre das dann der Spotmarkt-Preis).

Eine weitere Klarstellung sollte daher in Bezug auf die Entschädigungsberechnung bei Lieferverträgen mit Letztverbrauchern erfolgen. Grundsätzlich ist das Abstellen auf den tatsächlichen Wert im Zeitpunkt des Eigentumsentzuges verfassungsrechtlich geboten. Die Ausnahmeregelung zeigt, dass dies dem Gesetzgeber klar ist, dass es nicht darauf ankommen darf, wie lange der Erwerb zurückliegt, sondern ob der Erwerbswert den im Eingriffszeitpunkt gegebenen Wert überhaupt widerspiegelt. Die Entscheidung für eine teilweise entgegengesetzte Ausgestaltung bei der Ermittlung der Höhe der Entschädigung ist zumindest fraglich. Die Begründung in Zusammenhang mit dem Gesetzestext lässt hier außerdem Spielraum für Interpretation, ob der Marktpreis dem Verkehrswert entspricht oder bei einer Spotmarktkomponente der Portfoliopreis gebildet werden muss.

In § 11a Abs. 6 EnSiG hat der Gesetzgeber bereits sinnvolle Regelungen zur Entschädigung für enteignete Gasspeichermengen geschaffen, um die Nachweispflichten des Entschädigungsberechtigten mit zeitlichem Bezug zu regeln. Diese Regelungen stellen sicher, dass eine Entschädigung zeitnah erfolgt und definieren, wer die Entschädigung zu leisten hat. Daher schlägt der BDEW für Absatz 8 eine Übertragung der Systematik und Formulierung für die Entschädigungen von Enteignungen für Energieerzeugnisse vor.

BDEW-Vorschlag

- § 11 Abs. 4 EnSiG sollte wie folgt angepasst werden:

*(4) Für die Bemessung der Entschädigung sind bei der Enteignung von Gütern im Sinne des Absatzes 1 maßgeblich die Erwerbs- oder Produktionskosten des Entschädigungsberechtigten zum Zeitpunkt des Erwerbs oder der Produktion des enteigneten Guts zuzüglich der Kosten für die Finanzierung. Soweit **diese Kosten nicht ermittelbar sind, da** das Gut nach Satz 1 aus einem Bestand enteignet wurde, der durch mehrere untrennbar zusammenhängende oder zusammengesetzte Erwerbsvorgänge erlangt wurde, sind als Maßstab die durchschnittlichen mengengewichteten Erwerbskosten heranzuziehen. Abweichend von Satz 1 ist der Verkehrswert maßgebend, wenn dies trotz des überragenden öffentlichen Interesses an der Sicherung der Energieversorgung nach § 1 oder an der Erfüllung der Verpflichtungen zu Solidaritätsmaßnahmen nach § 2a unter Abwägung der gegenseitigen Interessen im Einzelfall geboten ist; dies kann der Fall sein, wenn der Erwerb oder die Produktion nach Satz 1 so lange zurückliegen, dass ein Abstellen auf den Bemessungsmaßstab nach Satz 1 im Einzelfall unbillig wäre. Im Falle der Enteignung von Produktionsmitteln der gewerblichen Wirtschaft im Sinne des Absatzes 1 ist für die Bemessung der Entschädigung deren Verkehrswert maßgeblich. Soweit die*

Ermittlung der Bemessung nach den Sätzen 1 bis 4 die Mitwirkung des Entschädigungsberechtigten erfordert, ist dieser verpflichtet, die notwendigen Handlungen vorzunehmen.

- § 11 Abs. 5 EnSiG sollte wie folgt angepasst werden:

~~*(5) Zur Leistung der Entschädigung ist derjenige verpflichtet, der durch die Rechtsverordnung oder Maßnahme im Sinne des Absatzes 1 Satz 1 begünstigt ist. Ist kein Begünstigter vorhanden, so hat d*~~
Der Bund hat die Entschädigung zu leisten, wenn die Enteignung durch eine nach diesem Gesetz erlassene Rechtsverordnung oder durch eine Maßnahme einer Bundesbehörde erfolgt ist; in den übrigen Fällen hat das Land die Entschädigung zu leisten, das die Maßnahme angeordnet hat. Kann die Entschädigung von demjenigen, der begünstigt ist, nicht erlangt werden, so haftet nach Maßgabe des Satzes 2 der Bund oder das Land; soweit der Bund oder das Land den Entschädigungsberechtigten befriedigt, geht dessen Anspruch gegen den Begünstigten auf den Bund oder das Land über. Der Übergang kann nicht zum Nachteil des Entschädigungsberechtigten geltend gemacht werden. [...]

- Außerdem sollte der folgende Absatz 8 angefügt werden:

(8) Der Entschädigungsberechtigte hat der zuständigen Behörde, die für die Berechnung der Entschädigung nach Absatz 4 erforderlichen Nachweise vorzulegen. Ab Vorliegen der vollständigen Nachweise hat die zuständige Behörde innerhalb von 21 Tagen die Entschädigung festzusetzen. Im Übrigen sind Absatz 4 sowie die Vorschriften der Verordnung über das Verfahren zur Festsetzung von Entschädigung und Härteausgleich nach dem Energiesicherungsgesetz vom 16. September 1974 (BGBl. I S. 2330), die durch Artikel 24 des Gesetzes vom 18. Februar 1986 (BGBl. I S. 265) geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung, mit Ausnahme der §§ 3, 4 Absatz 1 und § 5 der Verordnung über das Verfahren zur Festsetzung von Entschädigung und Härteausgleich nach dem Energiesicherungsgesetz entsprechend anzuwenden.

4 § 12 EnSiG: Härteausgleich

§ 12 EnSiG enthält eine Entschädigungsregelung für Maßnahmen auf Grundlage des EnSiG, die nicht von § 11 EnSiG erfasst sind. Das Verfügungskonzept der BNetzA lässt die Frage offen, ob es sich bei dem darin skizzierten Vorgehen grundsätzlich um Enteignungen von Gasmengen der Bilanzkreisverantwortlichen handelt. Dies wäre eine Voraussetzung für die Anwendung von § 11 EnSiG. Ohne Kenntnis der konkreten Verfügungstexte und der im Einzelfall betroffenen Bilanzkreisverantwortlichen ist eine pauschale Einordnung von Eigentumsverhältnissen über alle Bilanzkreisverantwortliche hinweg nicht möglich. Eine Anwendung von § 11 EnSiG kann deshalb nicht mit Sicherheit für jeden Fall angenommen werden.

Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass Bilanzkreisverantwortliche über die in Frage stehenden Gasmengen stets nur virtuell und (zumindest in ihrer Marktrolle als Bilanzkreisverantwortliche) nicht tatsächlich verfügen. Die Klärung der Eigentumsverhältnisse bedarf deshalb einer konkreten Prüfung der tatsächlich eintretenden Einzelfälle.

Um einer unter Umständen bestehenden Regelungslücke für die Entschädigung der Bilanzkreisverantwortlichen aufgrund gegen sie ergangener Verfügungen des Bundeslastverteilers zu begegnen, fordert der BDEW daher die Ergänzung des § 12 EnSiG um die in § 11 EnSiG aufgenommenen Regelungen zum Verfahren und zur Ermittlung der Höhe der Entschädigungen unter Berücksichtigung der für § 11 EnSiG geforderten Verbesserungen.

BDEW-Vorschlag

- § 12 Abs. 4 EnSiG sollte wie folgt angepasst werden:

(4) § 11 Absatz 3, **4 und 6 bis 8** ~~und 7~~ ist entsprechend anzuwenden.

20. Wahlperiode



Deutscher Bundestag

Ausschuss für Klimaschutz und
Energie

Ausschussdrucksache **20(25)321**

27.03.2023

Stellungnahme

Ines Schwerdtner

„Genug ist Genug“

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

Jacobin Magazin / Brumaire Verlag, Erkelenzdamm 59/61, 10999 Berlin

Ines Schwerdtner – Chefredakteurin und Gründerin von “Genug ist Genug”

Berlin, 27. März 2023

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

„Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Energiesicherungsgesetzes und des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen“

BT-Drs. 20/5993

Durch die Einführung eines neuen § 17b EnSiG wird gewährleistet, dass der Bundesregierung zur Sicherstellung der Energieversorgungssicherheit in der Bundesrepublik Deutschland auch nach der sechsmonatigen Frist der treuhänderischen Verwaltung ein Handlungsinstrumentarium zur Verfügung steht.

Hierbei stellt sich nun die *politische* Frage, ob einzelne Vermögensgegenstände an private Unternehmen veräußert oder weiterhin in der öffentlichen Hand verbleiben sollen. Der Gesetzesentwurf lässt beide Optionen zu. Zur Sicherung des Funktionierens des Gemeinwesens im Energiesektor sowie zur Aufrechterhaltung der Versorgungssicherheit ist der Bund als Begünstigter privaten Unternehmen vorzuziehen, da dieser im Interesse des Allgemeinwohls handelt.

Der neue § 17b EnSiG weist im Vergleich zu einer förmlichen Enteignung nach den §§ 18 ff. EnSiG zwar eine geringere Eingriffstiefe auf, da lediglich einzelne Vermögensgegenstände herausgelöst werden, es handelt sich dennoch um einen enteignungsgleichen Vorgang. Auch die gezielten Maßnahmen zur Energiesicherheit unterliegen der politischen Entscheidung, ob diese in öffentlicher oder privater Hand erfolgen. Darüber hinaus sollte die Bundesregierung prüfen, ob die angespannte Lage der Energieversorgung auch eine tatsächliche Enteignung nach Artikel 14 des deutschen Grundgesetzes zum Wohle der Allgemeinheit nötig macht und nach Artikel 15 GG vergesellschaftet und damit in Gemeineigentum und demokratischer Kontrolle überführt werden kann.

Aufgrund der drastischen Lage der Energieversorgung und -sicherheit nach dem russischen Angriffskrieg, dessen Ende und Folgen zu diesem Zeitpunkt nicht abzuschätzen sind, wäre es aus ökonomischen und politischen Gründen fahrlässig, einzelne Vermögensgegenstände herauszulösen und erneut zu privatisieren. Die Energiesicherheit kann nur vom Bund selbst gewährleistet werden. Außerdem muss sichergestellt

werden, dass die Energieversorgung zu diesem höchst vulnerablen Zeitpunkt nicht aus privaten ökonomischen Interessen abgewickelt wird, wie dies im Osten der Bundesrepublik mit massiven sozialen Folgewirkungen passiert ist.



Ines Schwerdtner

Chefredakteurin

E-Mail: schwerdtner@jacobin.de





Stellungnahme

Prof. Dr. Henning Vöpel

sop | Stiftung Ordnungspolitik

cep | Centrum für Europäische Politik

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

Stellungnahme

Prof. Dr. Henning Vöpel mit Dr. Götz Reichert und Dr. André Wolf

Deutscher Bundestag

23. März 2023

Öffentliche Anhörung | Ausschuss Klimaschutz und Energie

Energiesicherung und Wettbewerbsbeschränkungen



Vor dem Hintergrund des russischen Angriffskrieges gegen die Ukraine und die dadurch verschärfte Energiekrise soll der Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP zur Änderung des Energiesicherungsgesetzes und des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen die Handlungsfähigkeit des Staates im Krisenfall zur Sicherung der Energieversorgung stärken. Hierzu soll die Übertragung von Vermögensgegenständen treuhänderisch verwalteter Unternehmen aus Gründen des Allgemeinwohls ermöglicht werden.

- ▶ Im Grundsatz ist die Ergänzung der staatlichen Handlungsfähigkeit um das Instrument der Vermögensübertragung zur Sicherung der Energieversorgungssicherheit begründet und sachgerecht. Gerade im Bereich der Daseinsvorsorge in Verbindung mit kritischer Infrastruktur sollte diese Möglichkeit im Einklang mit entschädigungs- und wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen bestehen.
- ▶ Ein möglicher Eingriff sollte jedoch hinsichtlich Kriterien und Verfahren so klar definiert sein, dass keine Rechtsunsicherheit besteht. Insbesondere sollte neben der Phase des direkten Eingriffs ex ante zugleich das Verfahren über den Ausstieg geregelt sein. Greift der Staat in einem Ausnahmefall (Notfall) begründet in den Regelfall (Normalfall) der markt- bzw. privatwirtschaftlichen Versorgung ein, so sollte nach Wegfall der Gründe die Reprivatisierung, also die Rückkehr zum Regelfall in gleicher Weise geregelt sein.
- ▶ Durch die zusätzliche Eingriffsmöglichkeit können sich Erwartungen des Marktes über i) Verstaatlichung und Enteignung sowie ii) den Staat als ultimativen Versorger verändern. Private Investitionen und Aktivitäten zur Stärkung der Versorgungssicherheit dürfen dadurch nicht verdrängt werden.

Inhaltsverzeichnis

I. Bewertung	3
1. Wesentlicher Gegenstand des Gesetzentwurfes	3
2. Zur Ordnungspolitik der Versorgungssicherheit: Markt- und Politikversagen	6
3. Generelle Bewertung	6
II. Empfehlungen.....	8
1. Im Einzelnen	8
2. Zusammenfassend	8

I. Bewertung

Zu dem vorliegenden Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP zur „Änderung des Energiesicherungsgesetzes und des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen“ vom 14. März 2023 (BT-Drs. 20/5993; „**EnSiG-Gesetzentwurf**“) nehme ich wie folgt Stellung:

1. Wesentlicher Gegenstand des Gesetzentwurfes

Die Bundesregierung will vor dem Hintergrund der aktuellen Energiekrise die Handlungsmöglichkeiten des Staates zur Sicherstellung der Energieversorgung im akuten Krisenfall insbesondere durch eine Ergänzung des **Energiesicherungsgesetzes (EnSiG)**¹ erweitern. Diese zusätzliche Handlungsoption berührt das verfassungsrechtlich gemäß Art. 14 GG geschützte Recht auf Eigentum. Insgesamt wirkt in einer nach den Grundsätzen der sozialen Marktwirtschaft verfassten Wirtschaftsordnung diese neuerliche EnSiG-Novelle die Frage nach der grundsätzlichen Rolle des Staates für die Sicherstellung der Daseinsvorsorge und den Schutz kritischer Infrastruktur in systemischen Krisen und akuten Disruptionen insbesondere mit Blick auf die geeignete, erforderliche und angemessene Eingriffsintensität auf.

Zur Bewertung des Vorschlags ist es sinnvoll, die beiden bereits heute im EnSiG geregelten Arten staatlicher Interventionsmöglichkeiten zur Sicherung der Energieversorgungssicherheit mit Blick auf ihre unterschiedlicher Eingriffsintensität und konkrete Ausgestaltung zu unterscheiden: die „Treuhandverwaltung“ einerseits und die „Enteignung“ andererseits.

• Treuhandverwaltung und Übertragung von Vermögensgegenständen, §§ 17 ff. EnSiG

Bereits heute kann nach dem geltenden EnSiG ein Unternehmen, das „kritische Infrastruktur“ im Energiesektor betreibt², unter Treuhandverwaltung der Bundesnetzagentur gestellt werden, wenn die **konkrete Gefahr** besteht, dass es ansonsten seine dem „Funktionieren des Gemeinwesens“ dienenden Aufgaben im Energiesektor nicht erfüllt und hierdurch „eine **Beeinträchtigung der Versorgungssicherheit** droht“. Die Treuhandverwaltung ist auf längstens sechs Monate zu **befristen**, kann jedoch – sollte die Bedrohung der Energieversorgungssicherheit fortbestehen – jeweils um bis zu sechs weitere Monate verlängert werden.³

Die Bundesnetzagentur hat im Rahmen der Treuhandverwaltung insbesondere darauf hinzuwirken, dass der Betrieb des Unternehmens so fortgeführt wird, wie es für das Funktionieren des Gemeinwesens im Energiesektor erforderlich ist.⁴ Neben anderen Maßnahmen kann dies auch eine **Übertragung einzelner Vermögensgegenstände** des Unternehmens auf einen „anderen Rechtsträger“ umfassen. Ausdrücklich ausgeschlossen ist jedoch eine Übertragung der **Anteile** an dem unter Treuhandverwaltung gestellten Unternehmen.⁵ Nach Auffassung der Bundesregierung im April 2022 zur Einführung dieser Regelung⁶ ist eine Übertragung der Anteile an dem unter Treuhandverwaltung gestellten Unternehmens „nicht möglich, weil darin eine staatliche

¹ Gesetz zur Sicherung der Energieversorgung (Energiesicherungsgesetz – EnSiG).

² § 2 Abs. 10 des Gesetzes über das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSIG) i.V.m. § 2 und Anhang 1 Teil 3 Spalten B und D der Verordnung zur Bestimmung Kritischer Infrastrukturen nach dem BSI-Gesetz (BSI-KritisV).

³ § 17 Abs. 2 EnSiG.

⁴ § 17 Abs. 5 Satz 1 EnSiG.

⁵ § 17 Abs. 5 Satz 3 EnSiG.

⁶ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Energiesicherungsgesetzes 1975 und anderer energiewirtschaftlicher Vorschriften, [Entwurf einer Formulierungshilfe der Bundesregierung vom 22. April 2022 für die Fraktionen der SPD, von Bündnis 90/Die Grünen und der FDP](#), S. 41.

Güterbeschaffung und damit eine Enteignung läge.“ Zudem ist eine Übertragung von Vermögensgegenständen *de lege lata* nur möglich, wenn die **Übertragung „zum Werterhalt des Unternehmens erforderlich ist“**.⁷ Bemerkenswert ist, dass ebenfalls nach Auffassung der Bundesregierung im April 2022⁸ eine solche „Übertragung unter Berufung auf das Gemeinwohl [...] eine Enteignung [wäre], die im Rahmen einer Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Artikel 14 Absatz 1 Satz 2 des Grundgesetzes nicht zulässig ist.“

Folglich fehlt es derzeit für eine Übertragung, die nicht dem Werterhalt des Unternehmens, sondern zur Sicherung der Energieversorgung im Sinne des Gemeinwohls erfolgen soll, an einer hierfür erforderlichen gesetzlichen Grundlage. Dies soll nun – im Widerspruch zur ursprünglichen Rechtsauffassung der Bundesregierung vom April 2022 – durch den **EnSiG-Gesetzentwurf** geändert werden: *De lege ferenda* soll künftig die Bundesnetzagentur eine Übertragung von Vermögensgegenständen des treuhänderisch verwalteten Unternehmens anweisen können, wenn die **Übertragung „zur Sicherung des Funktionierens des Gemeinwesens im Sektor Energie sowie zur Aufrechterhaltung der Versorgungssicherheit“ erforderlich** ist und dies nicht allein durch die bestehende Treuhandverwaltung nach § 17 EnSiG erreicht werden kann.⁹

Begünstigte der Übertragung können sowohl der **Bund** als auch **öffentliche und private Unternehmen** sein.¹⁰ Hervorzuheben ist, dass nach dem EnSiG-Gesetzentwurf der Begünstigte den übertragenen Vermögensgegenstand explizit nur zur Sicherung des Funktionierens des Gemeinwesens im Energiesektor sowie zur Aufrechterhaltung der Versorgungssicherheit verwendet werden darf. Durch wen und wie dies sichergestellt werden soll, bleibt jedoch vollkommen offen.

- **Enteignung von, §§ 18 ff. EnSiG**

Wie die Bundesregierung bei Einführung der Enteignungsvorschriften nach §§ 18 EnSiG im April 2022 treffend feststellte, handelt es sich bei einer Enteignung als denkbar **tiefgreifendsten Eingriff in das Recht auf Eigentum nach Art. 14 GG** „um eine **Ultima Ratio**“.¹¹ Folglich ist eine Enteignung auch „nur zulässig, wenn sie zur Sicherung des Funktionierens des Gemeinwesens im Sektor Energie und zur Aufrechterhaltung der Versorgungssicherheit erforderlich ist und eine zeitlich begrenzte Treuhandverwaltung nach § 17 [EnSiG] nicht hinreichend geeignet ist, diesen Zweck zu erfüllen.“¹² Demnach können ausschließlich aus den vorgenannten Gemeinwohlgründen insbesondere **Anteile an einem Unternehmen**, das „kritische Infrastruktur“ im Energiesektor betreibt¹³, gegen die Zahlung der verfassungsrechtlich obligatorischen angemessenen **Entschädigung**¹⁴ enteignet werden.¹⁵ **Enteignungsbegünstigte** können nur solche juristischen Personen sein, die vom

⁷ § 17 Abs. 5 Satz 2 EnSiG.

⁸ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Energiesicherungsgesetzes 1975 und anderer energiewirtschaftlicher Vorschriften, [Entwurf einer Formulierungshilfe der Bundesregierung vom 22. April 2022 für die Fraktionen der SPD, von Bündnis 90/Die Grünen und der FDP](#), S. 41.

⁹ § 17b Abs. 1 Satz 1 EnSiG-Gesetzentwurf.

¹⁰ § 17b Abs. 2 EnSiG-Gesetzentwurf.

¹¹ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Energiesicherungsgesetzes 1975 und anderer energiewirtschaftlicher Vorschriften, [Entwurf einer Formulierungshilfe der Bundesregierung vom 22. April 2022 für die Fraktionen der SPD, von Bündnis 90/Die Grünen und der FDP](#), S. 42.

¹² § 18 Abs. 4 EnSiG.

¹³ § 2 Abs. 10 des Gesetzes über das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSiG) i.V.m. § 2 und Anhang 1 Teil 3 Spalten B und D der Verordnung zur Bestimmung Kritischer Infrastrukturen nach dem BSI-Gesetz (BSI-KritisV).

¹⁴ § 21 EnSiG.

¹⁵ § 18 Abs. 1 EnSiG.

Bund unmittelbar oder mittelbar gehalten werden (z.B. die Kreditanstalt für Wiederaufbau, KfW); auf Verlangen eines **Bundeslandes** kann auch zu dessen Gunsten enteignet werden.¹⁶

In diesem Zusammenhang ist – gerade mit Blick auf die generelle Befristung als wesentliches Merkmal einer Treuhandverwaltung gemäß §§ 17 ff. EnSiG – hervorzuheben, dass die Enteignungsvorschriften des EnSiG bereits *de lege lata* ausdrücklich eine Rückgängigmachung der Enteignung in Form eines „**Reprivatisierungsgebot**“ gemäß **§ 20 Abs. 3 EnSiG** festlegen: „Unternehmen, deren Anteile enteignet wurden, sind wieder zu privatisieren.“ Auch die Voraussetzungen einer Reprivatisierung sind geregelt: Demnach hat die Privatisierung zu erfolgen, „wenn und soweit die Aufrechterhaltung der Versorgungssicherheit eine Privatisierung erlaubt [...]“. Allerdings handelt es sich dabei – wie die Bundesregierung bei Einführung der Enteignungsvorschriften im April 2022 betonte¹⁷ – um „ein objektiv-rechtliches Privatisierungsgebot“, so dass ausdrücklich kein „Rechtsanspruch auf Privatisierung [...] für natürliche und juristische Personen“ besteht. Dies begründete die Bundesregierung damals damit, dass der „überragende Gemeinwohlbelang der Sicherung der Versorgungssicherheit [...] eine Ausnahme von einer Privatisierung begründen“ könne. „Eine solche Ausnahme von der Privatisierung könnte etwa im Hinblick auf Gasspeicher oder ähnlich wichtige Anlagen und Einrichtungen in Betracht kommen.“ Als Ausgleich hierfür muss jedoch das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz dem Deutschen Bundestag alle zwei Jahre einen Bericht zum Stand der Privatisierung vorlegen.

Insgesamt lässt die Regelungsstruktur des geltenden EnSiG im Allgemeinen und in Bezug auf die besonders grundrechtssensiblen Eingriffsmöglichkeiten der Treuhandverwaltung als auch der Enteignung von Unternehmen kritischer Energieinfrastrukturen klar erkennen, dass es sich um eine **Notfallgesetzgebung** handelt, die nur als absolute **Ausnahme von der Regel** im Sinne einer „Ultima ratio“ unter klar und eng zu definierenden Voraussetzung schwerwiegende Eingriffe in das Recht auf Eigentum erlauben. Dieses verfassungsrechtlich im Recht auf Eigentum nach Art. 14 GG angelegte Regel-Ausnahme-Verhältnis ist für die Bewertung des vorliegenden EnSiG-Gesetzentwurfs maßgeblich – und das heißt: In der Regel ist die Energieversorgung in Deutschland privatwirtschaftlich organisiert, und das aus guten – im Folgenden dargelegten – Gründen. Eingriffe des Staates in Form z.B. von Treuhandverwaltung und Enteignungen sind nur in Ausnahmesituation erlaubt. Sobald diese nicht mehr gegeben sind, ist der Staat aufgefordert, sich – so weit dies möglich ist – wieder zurückzuziehen („**Rückzugsgebot**“ bzw. „**Reprivatisierungsgebot**“).

Mit Blick auf die Bewertung der Möglichkeit, gemäß des neuen § 17b EnSiG eine Übertragung von Vermögensgegenständen auch „zur Sicherung des Funktionierens des Gemeinwesens im Sektor Energie sowie zur Aufrechterhaltung der Versorgungssicherheit“, stellt sich zunächst die konkrete Frage, ob – wie die Bundesregierung selbst noch im April 2022 noch annahm¹⁸ – eine solche „Übertragung unter Berufung auf das Gemeinwohl [...] eine Enteignung“ [wäre], die im Rahmen einer Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Artikel 14 Absatz 1 Satz 2 des Grundgesetzes nicht zulässig ist.“ Selbst wenn man hier zu dem Ergebnis käme, dass hier die Grenze zur Verfassungswidrigkeit (noch) nicht überschritten

¹⁶ § 18 Abs. 3 EnSiG.

¹⁷ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Energiesicherungsgesetzes 1975 und anderer energiewirtschaftlicher Vorschriften, [Entwurf einer Formulierungshilfe der Bundesregierung vom 22. April 2022 für die Fraktionen der SPD, von Bündnis 90/Die Grünen und der FDP](#), S. 43.

¹⁸ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Energiesicherungsgesetzes 1975 und anderer energiewirtschaftlicher Vorschriften, [Entwurf einer Formulierungshilfe der Bundesregierung vom 22. April 2022 für die Fraktionen der SPD, von Bündnis 90/Die Grünen und der FDP](#), S. 41.

sein sollte, so ist der Staat umso mehr aufgefordert, bei Wegfall der Voraussetzungen der Ausnahme-situation das ihm Zumutbare zur Wiederherstellung des Regelfalls zu unternehmen. **Daher ist zu kritisieren, dass der EnSiG-Geszentwurf kein derartiges „Reprivatisierungsgebot“ vorsieht.**

2. Zur Ordnungspolitik der Versorgungssicherheit: Markt- und Politikversagen

Die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen erfolgt in einer marktwirtschaftlichen Ordnung im Normalfall über Märkte. Neben den bekannten Fällen von „Marktversagen“, in denen der Staat schon heute eine wichtige Funktion übernimmt, kann es infolge von Krisen und Schocks auch bei einer grundsätzlich marktwirtschaftlichen Versorgung zu einer akuten Versorgungsnotlage kommen, in denen ein Eingriff des Staates – insbesondere im Bereich der Daseinsvorsorge – begründet und legitim ist. Dem Marktversagen gegenüberzustellen ist ein mögliches „Politikversagen“. Insbesondere in einigen energiepolitischen Entscheidungen der Vergangenheit sind bestimmte Risikoszenarien für die Versorgungssicherheit vernachlässigt worden.

Die Häufung an Krisen, in denen es zu akuten Versorgungsengpässen im Bereich der Daseinsvorsorge gekommen ist, hat die Sensibilität für Versorgungsrisiken deutlich erhöht. Zu nennen sind hier vor allem die Pandemie mit einer akuten Gefährdung der öffentlichen Gesundheit und die Energiekrise infolge des russischen Angriffskrieges und diesbezüglicher infrastruktureller Abhängigkeiten. Es ist davon auszugehen, dass aufgrund zunehmender geopolitischer, industriepolitischer und ökologischer Risiken in Zukunft weitere Schocks und Krisen mit Gefährdung der allgemeinen Versorgungslage eintreten werden, etwa bei der Versorgung mit Medikamenten oder Wasser.

Vor diesem Hintergrund ist die Erhöhung der allgemeinen Resilienz, aber auch der staatlichen Handlungsfähigkeit im akuten Krisen- und Katastrophenfall grundsätzlich sachgerecht. Dabei lassen sich zwei Phasen unterscheiden: die Phase des staatlichen Eingriffs im akuten Versorgungsnotstand und die Phase des staatlichen Rückzugs bzw. der Rückkehr in den Status quo ante, sobald sich die Versorgungsnotsituation aufgelöst hat oder die Gründe für den staatlichen Eingriff entfallen sind. Für beide Phasen braucht es klare Kriterien und Verfahrensregeln, um Rechtsunsicherheit zu vermeiden. Da sich die Ursachen und die Natur von Krisen und Schocks stark unterscheiden (Pandemie, Krieg etc.), ist eine Fallunterscheidung für staatliche Eingriffe geboten.

3. Generelle Bewertung

Die Ergänzung der staatlichen Handlungsmöglichkeiten im Krisenfall zur Sicherstellung der Energieversorgung um das Instrument der Vermögensübertragung ist im Grundsatz sachgerecht und begründet. Jedoch sollte jeder Eingriff nach klaren Kriterien und nach vorheriger Einzelfallprüfung, vor allem der Verhältnismäßigkeit erfolgen. Mit der Regelung des Eingriffs sollte zugleich das Verfahren über den Austritt aus diesen Maßnahmen geregelt sein. Insbesondere sollte nach der Phase der Treuhandverwaltung eine Verstaatlichung kein Regelfall werden, sondern im Gegenteil die Rückführung an den privaten Kapitalmarkt grundsätzlich angestrebt werden. Eine sukzessiv stärkere Rolle des Staates würde private Investitionen und Aktivitäten zur Stärkung der Versorgungssicherheit verdrängen und langfristig den Staat in die Pflicht nehmen. Dies wäre ordnungspolitisch kritisch zu bewerten für einen Bereich der Versorgung, der grundsätzlich marktwirtschaftlich organisiert werden kann und sollte.

Im Grundsatz sind die Gesetzgebungsvorhaben sachgerecht, da die Energieversorgung Teil der Daseinsvorsorge ist und als solche im Krisenfall notfalls durch staatliches Handeln sichergestellt werden

muss, falls Märkte dies nicht mehr gewährleisten können. Versorgungssicherheit kann in systemischen Krisen als eine Externalität betrachtet werden, d.h. jeder einzelne Erzeuger oder Versorger hat keinen ausreichenden Anreiz, in die Versorgungssicherheit als Funktion und Eigenschaft des Systems als Ganzes zu investieren bzw. im akuten Krisenfall die Versorgungssicherheit wieder herzustellen. Regulierung kann dies für die meisten Versorgungsrisiken sicherstellen. Die Bundesregierung möchte nun mit der Möglichkeit der Übertragung von Vermögensgegenständen von treuhänderisch verwalteten Unternehmen durch den vorgeschlagenen § 17b EnSiG ein weiteres Instrument schaffen. Dies kann jedoch zu adversen Anreizen bei privaten Akteuren führen, so dass die generelle Versorgungssicherheit herabgesenkt und nicht gestärkt wird. In den Krisen der jüngeren Vergangenheit (Pandemie und Energiepreiskrise) haben Marktmechanismen – auch kurzfristig – wesentlich zur Stabilisierung der Versorgung in Krisensituation beigetragen. Privatwirtschaftliche Anreize und dezentrales Wissen über Beschaffung spielen bei komplexen und schwierigen Versorgungslagen eine wichtige Rolle und sollten durch die Gesetzesänderung nicht geschwächt werden.

Die Schaffung einer gesetzlichen Möglichkeit zur Übertragung von Vermögensgegenständen an den Staat oder auch Privatunternehmen durch den Staat muss an vorab klar definierte und strenge Voraussetzungen gebunden sein. Darüber hinaus sind bei der konkreten Ausgestaltung ökonomische und juristische Folgeabschätzungen anzustellen. Grundlage ist eine klare Definition des Anwendungsbereichs und die Vermeidung unbestimmter Rechtsbegriffe, um Rechtsicherheit zu schaffen.

Zwei Punkte, die im Entwurf nicht befriedigend adressiert werden, sind hier kritisch hervorzuheben. Der erste Punkt betrifft den langfristigen Umgang mit unter Treuhandverwaltung gestellten Unternehmen. Soll Verstaatlichung als nächster Schritt hier zukünftig den Regelfall darstellen? Wenn alternativ die Strategie darauf abzielt, dem Kapitalmarkt wieder langfristig die Unternehmenskontrolle zu überlassen, stellt sich die Frage, wie eine Rücküberführung ohne größere Wertverluste vorbereitet und gemanagt werden kann. Sollte der Staat in diesen Fällen z.B. über KfW-Darlehen die Liquidität solcher Unternehmen auch längerfristig unterstützen? Und inwieweit sollte er dann Einfluss auf die zukünftige Eigentümerstruktur nehmen, um zukünftigen Gefährdungslagen vorzubeugen?

Der zweite Punkt betrifft die Greifbarkeit von Versorgungssicherheit als neuen Tatbestand. Weder im Entwurf selbst noch in der Begründung findet sich der Versuch einer Definition. Allgemein ist der Begriff im Kontext der Energiewirtschaft sehr auslegungsbedürftig. Dies ist aber für die Bewertung der Verhältnismäßigkeit und für die Abwägung verschiedener Rechtsgüter bedeutsam. Eine Anforderung könnte darin bestehen, eine stärkere Objektivierung der Interventionsmöglichkeiten zu schaffen, etwa indem die Bundesregierung mit ihrer Einschätzung verbindlich an aktuelle Lageberichte der Bundesnetzagentur anknüpft. Auch ein stärker präventives Risikomanagement ist in diesem Zusammenhang sinnvoll, etwa über regelmäßige Stresstests in Bezug auf die Auswirkungen zukünftiger Gasmangellagen (analog zu den jüngsten Stresstests im Bereich Stromnetzstabilität). In der Vergangenheit ist es vor dem Eintritt von Versorgungsnotlagen auch zu „Politikversagen“ gekommen, als dem Verkauf, der Übernahme oder dem Zusammenschluss von Unternehmen zugestimmt worden ist, die kritische Auswirkung auf die Versorgungssicherheit im Krisenfall aber schon absehbar oder zumindest als Risikoszenario hätte vorhanden sein sollen.

II. Empfehlungen

1. Im Einzelnen

1. **Klarstellung des Anwendungsbereichs:** Der Tatbestand einer krisenbedingt unzureichenden Versorgungssicherheit muss definiert werden, um willkürliche Eingriffe zu verhindern. Die Tatsache, dass infolge vorübergehender Versorgungsengpässe die Preise etwa steigen, ist kein hinreichender Grund. Eine Vermögensübertragung ist nur dann gerechtfertigt, wenn dadurch die technischen, infrastrukturellen und physischen Kapazitäten der Versorgung sichergestellt werden können, nicht aber Marktbedingungen selbst korrigiert werden sollen.
2. **Präzisierung des Verfahrens:** Ein staatlicher Eingriff muss die Voraussetzungen der Verhältnismäßigkeit erfüllen. Er beinhaltet notwendig eine Abwägung unterschiedlicher Rechtsgüter. Gerade im Fall von systemischen Versorgungsrisiken sind Out-of-market-Effekte einzubeziehen.
3. **Sicherstellung des operativen Betriebs:** Die Vermögensübertragung allein stellt in den meisten Fällen die Versorgungssicherheit nicht sicher, denn es werden technische und organisatorische Kompetenzen benötigt, über die Staat nicht originär verfügt, sondern selbst am Markt beschaffen muss.
4. **Geregelte Rückführung:** Es muss geregelt sein, unter welchen Bedingungen eine Rücküberlassung an private Investoren möglich ist. Eine mögliche Verstaatlichung nach treuhänderischer Übernahme sollte an restriktive Bedingungen geknüpft sein. Für den Fall der Rückführung an den Markt sollten ebenfalls klare Prozeduren definiert werden, u.a. Ausschreibung, Kapitalerhalt, Liquiditätssicherung, Beihilfe- und Fusionskontrolle.
5. **Vermeidung adverser Effekte auf Versorgungssicherheit:** Staatliche Eingriffe können ex ante die Risikoversorgung privater Unternehmen reduzieren wegen i) Eingriffen in Eigentumsverhältnisse (Verstaatlichung) und ii) Antizipation der staatlichen Sicherung (Moral Hazard). Konkret:
 - Die Möglichkeit von Verstaatlichung könnte das Investitionsverhalten private Erzeuger und Versorger zu weniger kapitalintensiven Investitionen verändern.
 - Die Möglichkeit einer staatlichen Intervention in Krisen könnte private Erzeuger und Versorger veranlassen, weniger in die Versorgungssicherheit zu investieren. Dem Staat käme dann ungewollt eine viel stärkere systemische Funktion zu, als dieser mit der Möglichkeit der Verstaatlichung im Krisenfall bezweckt.

2. Zusammenfassend

Im Grundsatz sind die Erweiterung und Ergänzung der Interventionsmöglichkeiten des Staates gerechtfertigt. Ein Eingriff muss begründet und die Dauer des Eingriffes im Regelfall begrenzt sein. Dabei bedürfen folgende Punkte jedoch einer Klarstellung:

- Wann ist eine solcher Eingriff geeignet, erforderlich und verhältnismäßig?
- Was passiert im Regelfall nach den Eingriffen und nach welchen Verfahren?

- Welche strukturellen und funktionalen Auswirkungen hat die Ergänzung staatlicher Eingriffsmöglichkeiten auf die systemische Versorgungssicherheit und wie verändert sich dadurch die Governance zwischen Staat und Markt i) im Krisenfall und ii) im Normalfall?

Dieses Gutachten plädiert für eine Präzisierung des Instruments und der damit verbundenen ordnungspolitischen Rolle des Staates. Neben der Begründung des Eingriffs selbst ist das Verfahren der Rückführung, sobald die Gründe für den Eingriff entfallen, zu präzisieren. Gerade für komplexe Krisen und Versorgungsnotlagen darf zukünftig die Rolle des Marktes für Prävention und Mitigation nicht geschwächt werden.

**Prof. Dr. Henning Vöpel**

Direktor Centrum für Europäische Politik
Vorstand der Stiftung Ordnungspolitik

Mitarbeit:

Dr. Götz Reichert, LL.M. (GWU)

Fachbereichsleiter
Energie | Umwelt | Klima | Verkehr

Dr. André Wolf

Fachbereichsleiter
Technologische Innovation, Infrastruktur und industrielle Entwicklung

Centrum für Europäische Politik FREIBURG | BERLIN

Kaiser-Joseph-Straße 266 | D-79098 Freiburg
Schiffbauerdamm 40 | Räume 4205/4206 | D-10117 Berlin
Tel. + 49 761 38693-0

Das **Centrum für Europäische Politik** FREIBURG | BERLIN,
das **Centre de Politique Européenne** PARIS und
das **Centro Politiche Europee** ROMA bilden
das **Centres for European Policy Network** FREIBURG | BERLIN | PARIS | ROMA.

Das gemeinnützige Centrum für Europäische Politik analysiert und bewertet die Politik der Europäischen Union unabhängig von Partikular- und parteipolitischen Interessen in grundsätzlich integrationsfreundlicher Ausrichtung und auf Basis der ordnungspolitischen Grundsätze einer

freiheitlichen und marktwirtschaftlichen Ordnung.