

Schriften zum Europäischen Recht

Band 204

Drittstaatliche Direktinvestitionen in Energieinfrastrukturen

Notwendigkeiten, Möglichkeiten und Grenzen
einer Investitionsaufsicht auf nationaler und
europäischer Ebene

Von

Tobias Schülken



Duncker & Humblot · Berlin

TOBIAS SCHÜLKEN

Drittstaatliche Direktinvestitionen
in Energieinfrastrukturen

Schriften zum Europäischen Recht

Herausgegeben von

Siegfried Magiera · Detlef Merten
Matthias Niedobitek · Karl-Peter Sommermann

Band 204

Drittstaatliche Direktinvestitionen in Energieinfrastrukturen

Notwendigkeiten, Möglichkeiten und Grenzen
einer Investitionsaufsicht auf nationaler und
europäischer Ebene

Von

Tobias Schülken



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Ruhr-Universität Bochum
hat diese Arbeit im Jahr 2020
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

D 294

Alle Rechte vorbehalten
© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Ochsenfurt-Hohstadt
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0937-6305
ISBN 978-3-428-18190-2 (Print)
ISBN 978-3-428-58190-0 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum im Sommersemester 2020 als Dissertation angenommen. Die Arbeiten am Manuskript wurden im August 2019 abgeschlossen. Während Änderungen in der europäischen Klimapolitik (insb. durch den europäischen Grünen Deal und das „Europäische Klimagesetz“) noch nachträglich in das Manuskript eingearbeitet wurden, konnten Rechtsprechung und insbesondere Änderungen im deutschen Außenwirtschaftsrecht nur bis Ende 2019 berücksichtigt werden.

Verlinkungen und Internetadressen wurden zuletzt am 10.09.2020 aufgerufen.

Mein Dank gilt zunächst dem Erstgutachter, Herrn Prof. Dr. Johann-Christian Pielow, für die Begleitung der vorliegenden Arbeit und Anregungen für die Überarbeitung des Manuskriptes zur Veröffentlichung.

Ferner gilt mein Dank Herrn Prof. Dr. Klaus-Dieter Borchardt für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens, aber auch – ebenso wie Frau Dr. Anna Samsel – für kostbare Eindrücke aus der Perspektive der EU-Kommission sowie Herrn Minister Herbert Reul MdL (zur Zeit unserer Gespräche noch Vorsitzender der CDU/CSU-Gruppe in der EVP-Fraktion) für seine Anregungen aus der Sicht des Europäischen Parlaments.

Weiterhin danke ich den Herausgebern für die Aufnahme in die Schriftenreihe und insbesondere Herrn Prof. Dr. Siegfried Magiera für dessen Vorschläge zur Anpassung des Manuskriptes an die Vorgaben der Schriftenreihe, die ich mit großem Dank und im Sinne des Lesers gern angenommen habe.

Außerdem dürfen hier die folgenden Personen nicht unerwähnt bleiben. Ihnen gebührt ebenso großer Dank:

Frau Prof. Margot Horspool, ohne die ein Forschungsaufenthalt am British Institute of International and Comparative Law in London nicht umsetzbar gewesen wäre.

Herr RA Christoph Krekeler, der maßgeblich zu der Entscheidung beigetragen hat, Rechtswissenschaften zu studieren. Frau Katrin Schlegel, Herr Marius Brinkmann und alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Instituts für Berg- und Energierecht der Ruhr-Universität Bochum für den regelmäßigen fachlichen Austausch sowie der Konrad-Adenauer-Stiftung, die mir nicht nur das Studium erheblich erleichtert, sondern wohl auch die Entstehung dieser Arbeit erst ermöglicht und meinen Horizont im Rahmen der ideellen Förderung maßgeblich erweitert hat.

Weiterhin gilt mein herzlicher Dank meiner Familie, die über die Zeit (und nur bedingt freiwillig) zu Experten auf dem Gebiet der vorliegenden Arbeit wurde, die immer ein offenes Ohr hatte und mich auch in schwierigen Phasen mit ganzer Kraft unterstützt hat.

Außerdem danke ich der Familie Kohlschein, bei der ich regelmäßig den Tapeten- bzw. Themenwechsel und die Ruhe genießen konnte, ohne die ein langwieriges Projekt wie eine Dissertation nur schwer durchzuhalten ist.

Schließlich danke ich Frau Paula Kohlschein, die alle Fortschritte, aber vor allem auch alle Rückschläge aus nächster Nähe miterlebt, alle Launen ertragen und mich immer aufgebaut, motiviert und unterstützt hat.

Berlin, im Spätsommer 2020

Tobias Schülken

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	19
I. Problemaufriss und Zielsetzung	19
II. Gang der Untersuchung und Methodik	21
B. Ausgangsbedingungen: Investitionsbedarfe, -arten, -ziele und Akteure	23
I. Investitionsdefizit in der Europäischen Union	24
1. Folgen der europäischen Wirtschafts- und Finanz- bzw. Staatsschuldenkrise ..	24
2. Der Ausbau Erneuerbarer Energien in der EU	27
II. Akteure im Zentrum des Interesses	29
1. Privatwirtschaftliche Investoren	30
2. Staatliche Investoren	31
3. Investorstaaten von besonderem Interesse	32
III. Investitionsarten	49
1. Portfolioinvestitionen	49
2. Direktinvestitionen (FDI)	50
3. Zwischenergebnis	50
IV. Anlageobjekte	50
1. Kritische Infrastrukturen – Begriffsklärung	51
2. Kritische Infrastrukturen im Energiebereich	54
3. Zwischenergebnis – Investitionsziele	69
V. Zusammenfassung Abschnitt B.	70
C. Der Schutz vor drittstaatlichen Direktinvestitionen	72
I. Bestehende Rahmenvorgaben	72
1. Sektorübergreifende Regelungen	72
2. Sektorspezifische Regelungen – Die sogenannte „Gazprom-Klausel“	131
II. In Wissenschaft und Politik diskutierte Alternativen	144
1. „Nationale Beteiligungsfazilität“	144
2. Preisser	145
3. Europäisches CFIUS	149
III. Zusammenfassung und Zwischenergebnis: Erforderlichkeit eines neuen Regulierungsansatzes	152

D. Entwicklung eines kohärenten europäischen Ansatzes im Umgang mit drittstaatlichen Direktinvestitionen	153
I. Regelungskompetenz der Union und Verhältnis zu nationalen Überprüfungsmechanismen	154
1. Einschlägige Kompetenznorm	155
II. Ausgestaltung	162
1. Die Rolle der Mitgliedstaaten	163
2. Die Rolle der EU-Kommission	165
III. Zusammenfassung und Zwischenergebnis	167
IV. Rechtliche Umsetzbarkeit	168
1. Vereinbarkeit mit Unionsrecht	168
2. Internationales Wirtschaftsrecht bzw. Wirtschaftsvölkerrecht	179
E. Schlussbetrachtung	186
I. Zusammenfassung in Thesenform	186
II. Untersuchungsergebnis und Ausblick	190
Literaturverzeichnis	191
Schlussanträge	206
Entscheidungen des EuG	206
Entscheidungen des EuGH	206
Sachverzeichnis	212

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	19
I. Problemaufriss und Zielsetzung	19
II. Gang der Untersuchung und Methodik	21
B. Ausgangsbedingungen: Investitionsbedarfe, -arten, -ziele und Akteure	23
I. Investitionsdefizit in der Europäischen Union	24
1. Folgen der europäischen Wirtschafts- und Finanz- bzw. Staatsschuldenkrise	24
a) Absinken des allgemeinen Investitionsniveaus	24
b) Privatisierung	26
c) „Reprivatisierung“	26
d) Zwischenergebnis	27
2. Der Ausbau Erneuerbarer Energien in der EU	27
a) Das Pariser-Klimaabkommen	27
b) Erforderliche Infrastrukturinvestitionen zum Ausbau Erneuerbarer Energien	28
II. Akteure im Zentrum des Interesses	29
1. Privatwirtschaftliche Investoren	30
2. Staatliche Investoren	31
3. Investorstaaten von besonderem Interesse	32
a) Norwegen	32
b) Russland	34
aa) Allgemeine sicherheitspolitische Situation	34
bb) Russische Energielieferungen als politisches Druckmittel	36
cc) Sonderfall Nord Stream 2 – geopolitisches Manöver oder kommerzielles Infrastrukturprojekt?	38
c) China	40
aa) Investitionspolitik Chinas: Die „Neue Seidenstraße“	41
bb) Beispiele	43
(1) Griechenland – Der Fall ADMIE	43
(2) Großbritannien – Hinkley Point C	44
(3) Malta – Enemalta	45
(4) Portugal – Redes Energeticas Nacionais (REN) und Energias de Portugal (EDP)	46

(5) Deutschland – 50Hertz	47
d) Zusammenfassung/Zwischenergebnis	48
III. Investitionsarten	49
1. Portfolioinvestitionen	49
2. Direktinvestitionen (FDI)	50
3. Zwischenergebnis	50
IV. Anlageobjekte	50
1. Kritische Infrastrukturen – Begriffsklärung	51
a) Definitionsansätze	51
b) Zwischenergebnis	53
2. Kritische Infrastrukturen im Energiebereich	54
a) Andere Energieanlagen mit hohem Schädigungspotenzial	54
aa) Energieerzeugungsanlagen: Systemstabilität und Regelenergie	54
bb) Gefahren durch Emissionen	55
b) Energienetze	56
aa) Stromnetz	56
(1) Transportaufgabe	56
(2) Flexibilisierungsaufgabe	57
bb) Gasnetz	57
(1) Transportaufgabe	58
(2) Flexibilisierungsaufgabe	59
(3) Gefahren durch Emissionen	59
c) Betreiber von Energienetzen	59
aa) Netzbetreiber als Investitionsziel	60
bb) Stellung der Betreiber von Energienetzen allgemein	60
(1) Netzbetrieb	61
(2) Netzwartung	61
(3) Bedarfsgerechter Ausbau	61
cc) Betreiber von Transportnetzen	62
(1) Elektrizitätssektor – Übertragungsnetzbetreiber	62
(a) Aufgaben	62
(b) Eigentümerstruktur	63
(aa) TransnetBW GmbH	64
(bb) TenneT TSO GmbH	65
(cc) Amprion GmbH	65
(dd) 50Hertz	65
(ee) Fazit	66
(2) Gassektor – Fernleitungsnetzbetreiber	66
(a) Aufgaben	66

(b) Eigentümerstruktur	67
dd) Betreiber von Verteilernetzen im Strom- und Gasbereich	68
(1) Aufgaben	68
(2) Eigentümerstruktur	68
3. Zwischenergebnis – Investitionsziele	69
V. Zusammenfassung Abschnitt B.	70
C. Der Schutz vor drittstaatlichen Direktinvestitionen	72
I. Bestehende Rahmenvorgaben	72
1. Sektorübergreifende Regelungen	72
a) Nationale Regelungen in der EU	72
aa) Investitionsüberprüfungsmechanismen	73
(1) Der deutsche Überprüfungsmechanismus im Einzelnen	74
(a) Regelungskompetenz der Bundesrepublik Deutschland	74
(b) Struktur des Prüfverfahrens nach AWG und AWV	75
(c) Persönlicher Anwendungsbereich	76
(d) Prüfungsmaßstab	77
(e) Verfahren	79
(aa) Standardverfahren	79
(bb) Unbedenklichkeitsbescheinigung	80
(f) Rechtsschutz	81
(2) Vereinbarkeit von AWG und AWV mit Unionsrecht	81
(a) Einschlägiger Anwendungsbereich: Niederlassungsfreiheit und/ oder Kapitalverkehrsfreiheit?	82
(aa) § 56 Abs. 1 Nr. 1 AWV – die 10%-Schwelle in kritischen Bereichen	84
(bb) § 56 Abs. 1 Nr. 2 AWV – die 25%-Schwelle für sonstige Unternehmen	85
(b) Eingriff	85
(c) Unionsrechtliche Rechtfertigung	86
(aa) Rechtfertigung der 10%-Schwelle für Investitionen in kri- tischen Bereichen (§ 56 Abs. 1 Nr. 1 AWV)	87
(α) Unionsrechtlich anerkannte Rechtfertigungsgründe ...	87
(β) Verhältnismäßigkeit	88
(bb) Rechtfertigung der 25%-Schwelle für Investitionen in „sonstige Unternehmen“ (§ 56 Abs.1 Nr. 2 AWV)	90
(cc) Zwischenergebnis	90
(3) Bewertung und Kritik an Investitionsüberprüfungsmechanismen ...	90
bb) Golden Shares	91
(1) Frankreich	92

(2) Belgien	93
(3) Polen	94
(4) Bewertung und Kritik an Golden Shares	95
cc) Eigentumsbeschränkungen	97
(1) Investitionsverbote	97
(2) Investitionsbeschränkungen	98
(3) Staatliche Eigentümerkontrolle durch Gesetz	99
(4) Staatliche Eigentümerkontrolle de facto	100
(5) Bewertung und Kritik an Eigentumsbeschränkungen	101
dd) Zusammenfassung zu bestehenden nationalen Regelungen und Zwischenenergebnis	101
b) Bestehende Regelungen auf der Ebene des EU-Rechts	102
aa) Schutzmaßnahmen nach Art. 64 AEUV	102
(1) Art. 64 Abs. 1 AEUV	102
(2) Art. 64 Abs. 2 und Abs. 3 AEUV	103
bb) Schutzmaßnahmen nach Art. 66 AEUV	103
cc) Europäisches Kartellrecht	104
(1) Art. 101 AEUV – Kartellverbot	104
(a) Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen	105
(b) Wettbewerbsbeschränkung	106
(c) Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels	107
(d) Spürbarkeit	107
(e) Folgen	108
(2) Art. 102 AEUV – Missbrauchsverbot	108
(a) Beherrschende Stellung	108
(b) Missbräuchliche Ausnutzung	109
(c) Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels	109
(d) Folgen	109
(3) Fusionskontrollverordnung (FKVO)	109
(a) Anwendungsbereich	109
(b) Kontrollverfahren	111
(aa) Vorprüfung	111
(bb) Hauptprüfungsverfahren	112
(c) Materieller Prüfungsmaßstab	112
(4) Bewertung und Kritik	113
dd) Verordnung zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union (EU-Screening-VO)	115
(1) Ziel der Verordnung	116

- (2) Die Verordnung im Einzelnen 117
 - (a) Regelungskompetenz der EU 117
 - (b) Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten bzw. den Mitgliedstaaten und der Kommission 117
 - (aa) Notifizierung von Überprüfungsmechanismen und jährliche Berichterstattung 117
 - (bb) Berichterstattung und Zusammenarbeit im Falle der Überprüfung durch einen Mitgliedstaat 118
 - (cc) Berichterstattung und Zusammenarbeit im Falle von Investitionen, die keiner Überprüfung unterzogen werden 120
 - (dd) Überprüfung von Investitionen bei Projekten oder Programmen von Unionsinteresse 122
 - (ee) Kontaktstellen und Expertengruppe für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Europäischen Union 123
 - (c) Gemeinsame Rahmenregelungen 123
 - (aa) Allgemeine Vorgaben für die Gestaltung eines Überprüfungsmechanismus 123
 - (bb) Prüfungsmaßstab: Beeinträchtigung der Sicherheit oder öffentlichen Ordnung 124
- (3) Bewertung und Kritik 124
- ee) Europäische Mechanismen zur Investitionsförderung 126
 - (1) Die Fazilität „Connecting Europe“ 126
 - (2) Europäischer Fonds für strategische Investitionen 127
 - (3) Vorübergehende Regulierungsfreistellung bei der Errichtung grenzüberschreitender Energienetze 127
 - (a) Ziel 127
 - (b) Verfahren 128
 - (c) Bewertung und Kritik 129
- ff) Zusammenfassung zu bestehenden Regelungen auf Ebene des EU-Rechts und Zwischenergebnis 129
- 2. Sektorspezifische Regelungen – Die sogenannte „Gazprom-Klausel“ 131
 - a) Vom Dritten EU-Energie-Binnenmarktpaket zum „Winterpaket“ 2019 131
 - b) Zielsetzung des Zertifizierungserfordernisses für Drittstaaten 132
 - c) Ursprünglicher Kommissionsvorschlag und Entwicklungsgeschichte 135
 - aa) Inhaltliche Ausgestaltung des Kommissionsvorschlags 135
 - bb) Die verfahrenstechnische Ausgestaltung des Kommissionsvorschlags (Art. 8b Vorschlag COM(2007) 528 final bzw. Art. 7b Vorschlag COM(2007) 529 final) 136
 - (1) Entscheidungskompetenzen auf mitgliedstaatlicher Ebene 137
 - (2) Entscheidungskompetenzen auf EU-Ebene 137
 - cc) „Entschärfung“ des Kommissionsvorschlags 138

d) Zertifizierungsverfahren nach Art. 53 Richtlinie (EU) 2019/944 (ex-Art. 11 Richtlinie 2009/72/EG bzw. Richtlinie 2009/73/EG)	139
aa) Die Kompetenzverteilung zwischen Kommission und Mitgliedstaaten im Zertifizierungsverfahren nach Art. 53 Richtlinie (EU) 2019/944 (ex-Art. 11 Richtlinie 2009/72/EG bzw. Richtlinie 2009/73/EG)	139
bb) Der Ablauf des Zertifizierungsverfahrens nach Art. 53 Richtlinie (EU) 2019/944 (ex-Art. 11 Richtlinie 2009/72/EG bzw. Richtlinie 2009/73/EG)	140
e) Zusammenfassung bestehender sektorspezifischer Rahmenvorgaben und Zwischenergebnis	143
 II. In Wissenschaft und Politik diskutierte Alternativen	144
1. „Nationale Beteiligungsfazilität“	144
2. Preisser	145
a) Herstellung von Transparenz	146
b) Modifikation des Außenwirtschaftsrechts	147
c) Zusammenfassung und Kritik	147
3. Europäisches CFIUS	149
a) Das Investitionsüberprüfungsverfahren in den USA	149
b) Zusammenfassung und Kritik	151
 III. Zusammenfassung und Zwischenergebnis: Erforderlichkeit eines neuen Regulierungsansatzes	152
 D. Entwicklung eines kohärenten europäischen Ansatzes im Umgang mit drittstaatlichen Direktinvestitionen	153
I. Regelungskompetenz der Union und Verhältnis zu nationalen Überprüfungsmechanismen	154
1. Einschlägige Kompetenznorm	155
a) Art. 207 Abs. 1 i. V.m. Art. 207 Abs. 2 AEUV	156
b) Art. 207 Abs. 1 AEUV i. V.m. Vorschriften der Kapital- und Zahlungsfreiheit	157
aa) Art. 207 Abs. 1 AEUV i. V.m. Art. 65 Abs. 1 lit. b AEUV	159
bb) Art. 64 Abs. 3 AEUV	160
c) Zwischenergebnis: Art. 207 Abs. 1 AEUV als Kompetenznorm	161
II. Ausgestaltung	162
1. Die Rolle der Mitgliedstaaten	163
a) Anwendbarkeit	163
b) Horizontaler Informationsaustausch	163
c) Nationale Mechanismen als „erste Instanz“	164

2. Die Rolle der EU-Kommission	165
a) Vertikaler Informationsaustausch	165
b) EU-Kommission als „zweite Instanz“	165
III. Zusammenfassung und Zwischenergebnis	167
IV. Rechtliche Umsetzbarkeit	168
1. Vereinbarkeit mit Unionsrecht	168
a) Einschlägiger Anwendungsbereich: Niederlassungsfreiheit und/oder Kapitalverkehrsfreiheit?	169
aa) Niederlassungsfreiheit (Art. 49 ff. AEUV)	169
bb) Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 ff. AEUV)	170
cc) Zusammenfassung und Zwischenergebnis	172
b) Eingriff	173
c) Unionsrechtliche Rechtfertigung	173
aa) Rechtfertigungsgrund: Öffentliche Ordnung oder Sicherheit (Art. 65 Abs. 1 lit b AEUV)	174
bb) Verhältnismäßigkeit der Maßnahme	175
d) Zwischenergebnis: Vereinbarkeit mit Unionsrecht	179
2. Internationales Wirtschaftsrecht bzw. Wirtschaftsvölkerrecht	179
a) Energiecharta-Vertrag (EnCV)	180
b) Bilateral Investment Treaties (BITs)	181
c) Welthandelsrecht – General Agreement on Trade and Services (GATS)	182
d) OECD Code of Liberalisation of Capital Movements	184
e) Völkergewohnheitsrecht	185
f) Zusammenfassung und Zwischenergebnis	185
E. Schlussbetrachtung	186
I. Zusammenfassung in Thesenform	186
II. Untersuchungsergebnis und Ausblick	190
Literaturverzeichnis	191
Schlussanträge	206
Entscheidungen des EuG	206
Entscheidungen des EuGH	206
Sachverzeichnis	212

Abkürzungsverzeichnis

AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AktG	Aktiengesetz
Aufl.	Auflage
AWG	Außenwirtschaftsgesetz
AWV	Außenwirtschaftsverordnung
BAnz	Bundesanzeiger
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie
BGBI.	Bundesgesetzblatt
Bill.	Billionen
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BIT	Bilateral Investment Treaty
BMI	Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat
BNetzA	Bundesnetzagentur
bbp	Bundeszentrale für politische Bildung
BSI	Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik
BSI-KritisV	Verordnung zur Bestimmung Kritischer Infrastrukturen nach dem BSI-Gesetz
CDU	Christlich Demokratische Union
CEF	„Connecting Europe Facility“/Fazilität „Connecting Europe“
CFIUS	Committee on Foreign Investment in the United States
CO2	Kohlenstoffdioxid
CSU	Christlich Soziale Union
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
Drs.	Drucksache
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
EFTA	European Free-trade Area
EnCV	Energiecharta-Vertrag
EP	Europäisches Parlament
ER	EnergieRecht
ESMA	European Securities and Markets Authority
ET	Energiewirtschaftliche Tagesfragen
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUR	Euro
EuR	Zeitschrift Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVU	Energieversorgungsunternehmen
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
FAS	Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung

FDI	Foreign Direct Investment
FNB	Fernleitungsnetzbetreiber
GA	Generalanwalt/Generalanwältin
GATS	General Agreement on Terms and Trade
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GOEP	Geschäftsordnung des Europäischen Parlaments
GPFG	Government Pension Fund Global
GWh	Gigawattstunde
Hrsg.	Herausgeber
i. d. F.	in der Fassung
i. d. S.	in diesem Sinne
I. F.	im Folgenden
i. S. v.	im Sinne von
i. W.	im Wesentlichen
ICSID	International Centre for Settlement of Investment Disputes
IHK	Industrie- und Handelskammer
ISO	Independent System Operator
IStR	Internationales Steuerrecht
ITO	Independent Transmission Operator
JENRL	Journal of Energy & Natural Resources
JZ	JuristenZeitung
KfW	Kreditanstalt für Wiederaufbau
kV	Kilovolt
KZV	Konzeption Zivile Verteidigung
LNG	Liquid Natural Gas
M.w.N.	Mit weiteren Nachweisen
Mitt.	Mitteilung
Mrd.	Milliarde(n)
MW	Megawatt
n. F.	neue Fassung
NATO	North Atlantic Treaty Organisation
NDC	Nationally Determined Contributions
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OBOR	One Belt One Road
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
R.L.R.	Ritsumeikan Law Review
RdE	Recht der Energiewirtschaft
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
SWP	Stiftung Wissenschaft und Politik
TPA	Third Party Access
UAbs.	Unterabsatz
ÜNB	Übertragungsnetzbetreiber
Urt.	Urteil
V	Volt
VNB	Verteilnetzbetreiber

VO	Verordnung
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankenrecht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht

Im Übrigen wird auf *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache verwiesen.

A. Einleitung

I. Problemaufriss und Zielsetzung

„Wir sind keine naiven Freihändler“, rief der scheidende EU-Kommissionspräsident Juncker den Abgeordneten des Europäischen Parlaments bei seiner „State of the Union“-Rede 2017¹ zu und machte klar: „Wenn ein ausländisches Staatsunternehmen die Absicht hat, einen europäischen Hafen, einen Teil unserer Energie-Infrastruktur oder ein Unternehmen im Bereich der Verteidigungstechnologie zu übernehmen, dann sollte dies in aller Transparenz sowie nach eingehender Prüfung und Debatte geschehen. Es ist eine Frage der politischen Verantwortung, dass wir wissen, was vor unserer eigenen Haustür passiert, sodass wir unsere kollektive Sicherheit schützen können, wenn es sein muss.“

Unter den von Juncker genannten Sektoren berührt insbesondere die sichere und unterbrechungsfreie Versorgung mit Energie ein Grundinteresse jeder modernen Gesellschaft. Speziell den entsprechenden Netzen kommt bei der Energieversorgung eine besondere Rolle zu: Während heutzutage Erzeugungsanlagen zwar dezentral produzieren und eine Anlage notfalls durch eine andere ersetzt werden kann, muss zu jeder Zeit gewährleistet sein, dass die produzierte Energie dort ankommt, wo sie gebraucht wird. Hierzu ist ein zuverlässiges und belastbares Leitungsnetz erforderlich, das sich allerdings vor dem Hintergrund einer mehr und mehr aus erneuerbaren Quellen speisenden europäischen Energieversorgung neuen Herausforderungen ausgesetzt sieht. Neben ihrer Kernaufgabe des Energietransports müssen die Energienetze zunehmend auch für eine Flexibilisierung bzw. den Ausgleich wetterbedingter Schwankungen bei der Einspeisung volatiler Erneuerbarer Energien sorgen. Damit sie den hiermit verbundenen – nicht zuletzt technischen – Herausforderungen gewachsen sind, ist der Ausbau und die Modernisierung des Netzes erforderlich.

Bedingt durch leere Staatskassen – als Folge der europäischen Wirtschafts- und Finanz- bzw. Staatsschuldenkrise – kommt es allerdings zu bedeutenden Investitionslücken, in die speziell solche Investoren aus Drittstaaten stoßen, für die auch nationale Steuerungs- bzw. Partikularinteressen bei ihrer Investitionsentscheidung eine wesentliche Rolle spielen.² Das gilt umso mehr für hoheitlich gelenkte Inves-

¹ Rede des EU-Kommissionspräsidenten Jean-Claude Juncker v. 13.09.2017 zur Lage der Union, abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-17-3165_de.htm.

² Vgl. *Lecheler/Germelmann*, Zugangsbeschränkungen für Investitionen, S. 2 ff.

toren, die sich zunehmend und neben den altbekannten (Hedge-)Fonds³ in der EU engagieren und nicht nur in sehr unterschiedlichen Formen auftreten, sondern sich auch gemessen an ihrer Größe, Struktur oder den mit einer Beteiligung verfolgten Absichten deutlich voneinander unterscheiden.

Die vorliegende Arbeit verfolgt das Ziel, zunächst die Gefahren zu verdeutlichen, die speziell von hoheitlich kontrollierten Investitionen aus Drittstaaten in die europäischen Energienetze ausgehen. Sie konzentriert sich im Hinblick auf den Ursprung des Kapitals einerseits – vor dem Hintergrund einer groß angelegten Investitionsoffensive im Rahmen der sogenannten „Neuen Seidenstraßen Initiative“ – auf die Volksrepublik China sowie andererseits auf Russland, das als einer der wichtigsten Gaslieferanten und unmittelbarer Nachbar der Europäischen Union von besonderer Bedeutung für die europäische Energieversorgungssicherheit ist.

Zwar bestehen bereits einige entweder sektorübergreifende oder aber speziell auf den Energiesektor ausgerichtete Regelungsansätze zum Schutz vor drittstaatlichen Investitionen oder werden zumindest diskutiert. Eine umfassende Untersuchung im Rahmen dieser Arbeit wird allerdings zeigen, dass sie aufgrund ganz unterschiedlicher Defizite nicht ausreichend leistungsfähig sind, um den von strategisch motivierten Beteiligungen ausgehenden Gefahren für die europäische Energieversorgungssicherheit – insbesondere wegen ihres hohen Stellenwertes für das Funktionieren jeder modernen Gesellschaft – wirksam zu begegnen. Aufbauend auf den herausgearbeiteten Schwächen der existierenden Vorschriften ergibt sich das Erfordernis eines leistungsfähigen Mechanismus zum Umgang mit drittstaatlichem Kapital.

Als Vorbild dient hier die Struktur der europäischen Verordnung zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Europäischen Union⁴, die zu einem Mechanismus weiterentwickelt wird, der durch die Einbeziehung einer zusätzlichen europäischen Überprüfungsebene einerseits einen wirksamen Beitrag zum Schutz der europäischen Versorgungssicherheit leistet und dennoch den Vorgaben des Unions- sowie des internationalen Wirtschafts- bzw. Wirtschaftsvölkerrechts genügt.

³ Von denen freilich auch Gefahren für die europäische Energieversorgungssicherheit ausgehen können soweit „sehr kurzfristige Gewinninteressen (...) die Stabilität des Anlageobjekts bedrohen“, *Willems/Wolfers/Rau*, 04.08.2008, Mehr Schutz vor ausländischen Investoren?, S. 20.

⁴ Vgl. Verordnung (EU) 2019/452 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 19.03.2019 zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union, Abl. EU L-79 I/1 (i.F.: EU-Screening-VO).

II. Gang der Untersuchung und Methodik

Die vorliegende Arbeit ist in fünf Teile gegliedert:

Teil A leitet allgemein in das Thema ein und beschreibt den Gang der Untersuchung.

Teil B beschäftigt sich mit den Ursachen des europäischen Investitionsdefizits speziell im Bereich der Energieinfrastrukturen und beleuchtet unterschiedliche Investoren, Investitionsarten und Investitionsziele sowie die jeweils von ihnen ausgehenden bzw. mit ihnen verbundenen Gefahren. Dabei beschränkt sich die Untersuchung mit Blick auf die Herkunft des Kapitals auf bestimmte Staaten, die entweder über besonders finanzkräftige Investitionsvehikel verfügen oder aus anderen Gründen besonders problematisch erscheinen.

Während zahlreiche Einrichtungen unterschiedlicher Sektoren⁵ grundsätzlich – und auch nach der in dieser Arbeit zugrunde gelegten Definition – eine Kritische Infrastruktur darstellen, beleuchten die hier vorgenommenen Untersuchungen speziell den Energiebereich und arbeiten in einem weiteren Schritt gerade die Einrichtungen heraus, mit denen im Energiesektor das größte Schädigungspotenzial verbunden ist.

Teil C beschäftigt sich mit den auf unterschiedlichen Regelungsebenen bereits existierenden Rahmenvorgaben im Umgang mit drittstaatlichem Kapital und setzt sich mit Steuerungsansätzen auseinander, die in Wissenschaft und Politik diskutiert werden. Die jeweiligen Ansätze werden auf ihre spezifischen Stärken und Schwächen hin untersucht. Es soll gezeigt werden, dass die bislang existierenden oder diskutierten Regelungsansätze den bestehenden Herausforderungen nicht gerecht werden.

In Teil D werden dann die im vorherigen Verlauf der Arbeit herausgearbeiteten Erkenntnisse zu einem kohärenten europäischen Ansatz im Umgang mit Investitionen aus Drittstaaten weiterentwickelt und auf ihre rechtliche Umsetzbarkeit im Hinblick auf Kompetenzfragen sowie ihre Vereinbarkeit mit Unions- und internationalem Wirtschafts- bzw. Wirtschaftsvölkerrecht untersucht.

⁵ Neben dem Energiesektor (einschließlich der Versorgung mit kritischen Ressourcen bzw. Rohstoffen) kommen grundsätzlich als Kritische Infrastrukturen etwa noch die folgenden Bereiche in Betracht: Verkehr, Wasser, Gesundheit, Kommunikation, Medien, Datenverarbeitung oder -speicherung, Luft- und Raumfahrt, Verteidigung, Wahl- oder Finanzinfrastrukturen und sensible Einrichtungen sowie Investitionen in Grundstücke und Immobilien, die für die Nutzung dieser Infrastrukturen von entscheidender Bedeutung sind sowie der Bereich der Nahrungsmittelsicherheit und der Zugang zu sensiblen Informationen (einschließlich personenbezogener Daten), vgl. Art. 4 Abs. 1 EU-Screening-VO.