Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Online-Aufsatz

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift

Gegründet von Rechtsanwalt **Prof. Dr. Hermann Weber**, Schriftleiter von 1982–2001

Herausgegeben von **Prof. Dr. Martin Burgi,** München – **Prof. Dr. Christian Calliess,** Berlin – **Dr. Josef Christ,** Richter des BVerfG, Karlsruhe – **Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde,** Rechtsanwalt, Stuttgart – **Dr. Frank Fellenberg,** Rechtsanwalt, Berlin – **Prof. Dr. Andreas Heusch,** Präsident des VG, Düsseldorf – **Prof. Dr. Andrea Kießling,** Frankfurt a. M. – **Prof. Dr. Thomas Mayen,** Rechtsanwalt, Bonn – **Prof. Dr. Hubert Meyer,** Geschäftsf. Vorstandsmitglied des Niedersächsischen Landkreistages, Hannover – **Prof. Dr. Janbernd Oebbecke,** Münster – **Prof. Dr. Sabine Schlacke,** Greifswald – **Dr. Heribert Schmitz,** Ministerialrat a. D., Berlin – **Prof. Dr. Friedrich Schoch,** Freiburg – **Dr. Thomas Schröer,** Rechtsanwalt, Frankfurt a. M. – **Prof. Dr. Rudolf Streinz,** München

Schriftleitung: Rechtsanwalt **Prof. Dr. Achim Schunder** und Rechtsanwalt **Dr. Johannes Heuschmid,** Beethovenstraße 7 b, 60325 Frankfurt a. M.

8 2023
Seite 1–12
42. Jahrgang
15. November 2023

Rechtsanwalt Dr. Philipp Fölsing*

Treuhandverwaltung von Unternehmen der kritischen Infrastruktur: Kein Freibrief für Eingriffe in das Eigentum und die unternehmerische Freiheit

Mit Urteil vom 14.3.2023 (NVwZ 2023, 1326) bestätigte das BVerwG die Rechtmäßigkeit der sechsmonatigen Treuhandverwaltung gem. § 17 I EnSiG, die das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) mit Wirkung vom 16.9.2022 für die deutschen Tochtergesellschaften des russischen staatlichen Energiekonzerns Rosneft angeordnet hatte. Das BVerwG stellte in seinem Urteil maßgeblich darauf ab, dass die Treuhandverwaltung die Inhaberschaft der Gesellschaftsanteile und ihre Renditegrundlage unberührt lässt, weil Verfügungen des Treuhänders über die Anteile ausgeschlossen und Veräußerungen von Vermögensgegenständen nur zum Werterhalt des Unternehmens zulässig seien. Nach dem Urteil des BVerwG verlängerte das BMWK die Treuhand zweimal um weitere sechs Monate. Die aktuelle Verlängerung vom 7.9.2023 läuft bis zum 10.3.2024. Jedoch hat sich die Rechtslage grundlegend verändert. Denn nunmehr erlaubt § 17b I EnSiG die Übertragung von Vermögensgegenständen des unter staatlicher Treuhand stehenden Unternehmens auch dann, wenn diese zur Sicherung des Funktionierens des Gemeinwesens im Sektor Energie und zur Aufrechterhaltung der Versorgungssicherheit erforderlich ist. Für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der verlängerten Treuhandverwaltung dürften die durch § 17b I EnSiG erweiterten Befugnisse von besonderer Bedeutung sein.

I. Die staatliche Treuhandverwaltung gem. § 17 EnSiG

In der Plenarsitzung des Bundestags vom 20.4.2023 warnte die Abgeordnete Maria-Lena Weiss der CDU/CSU-Bundestagsfraktion die Regierungsparteien bei der Beratung über den neuen § 17b EnSiG zur Übertragung von Vermögensgegenständen des unter staatlicher Treuhandverwaltung stehenden Unternehmens davor, das Urteil des BVerwG vom 14.3.2023[1] als Freibrief für weitere Eigentumseingriffe zu verstehen:

„Das BVerwG hat zwar im März sein Okay für die Treuhandübernahme der Rosneft-Töchter gegeben; aber dh noch lange nicht, dass Sie beim Thema ‚Treuhand und Enteignung' nach freiem Gusto verfahren können. Das Recht auf Eigentum hat auch im Bereich der kritischen Infrastruktur, in unserer Energieversorgung einen hohen Stellenwert."[2]

Gleichzeitig betonte die Abgeordnete Weiss, dass sich

„Eingriffe des Staates nicht nur am Maßstab des Grundgesetzes messen lassen müssen, sondern auch am völkerrechtlichen Investitionsschutz".[3]

Damit sind die Grenzen der staatlichen Treuhandverwaltung abgesteckt: Die Grundrechte des GG, der GRCh und der EMRK treten auch in Krisenzeiten nicht zurück. Völkerrechtliche Investitionsschutzabkommen, selbst mit einem Aggressor wie Russland, dürfen nicht missachtet, Entschädigungen für Enteignungen nicht ausgeschlossen werden.

Der russische Überfall auf die Ukraine hatte Verwerfungen auf den europäischen Energiemärkten zur Folge. Die bislang aus Russland gelieferten fossilen Energieträger Gas und Öl verteuerten sich um ein Vielfaches. Die russischen Staatskonzerne Rosneft und Gazprom versuchten über temporäre Lieferstopps, die sie mit angeblichen Wartungsarbeiten begründeten, die europäischen Energiemärkte zu destabilisieren. Unter diesem Eindruck führte der deutsche Gesetzgeber mit dem „Gesetz zur Änderung des Energiesicherungsgesetzes 1975 und anderer energiewirtschaftlicher Vorschriften" vom 20.5.2022[4] für das BMWK die Möglichkeit ein, Unternehmen der kritischen Infrastruktur gem. § 17 I EnSiG unter staatliche Treuhandverwaltung zu stellen. Das gilt für deutsche Unternehmen gleichermaßen wie für die inländischen

* Der Autor ist Rechtsanwalt in Hamburg.
1 BVerwG NVwZ 2023, 1326.
2 Deutscher Bundestag, PlenProt. 20/97 v. 20.4.2023, S. 11700.
3 Deutscher Bundestag, PlenProt. 20/97 v. 20.4.2023, S. 11700.
4 BGBl. 2022 I 760 ff.

Unternehmensteile, Niederlassungen oder Tochtergesellschaften ausländischer Unternehmen. Voraussetzung ist die konkrete Gefahr, dass das Unternehmen ohne die staatliche Treuhandverwaltung seine dem Funktionieren des Gemeinwesens im Sektor Energie dienenden Aufgaben nicht erfüllen wird/kann und dadurch die nationale Versorgungssicherheit gefährdet wird. Gemäß § 17 II EnSiG ist die Treuhandverwaltung auf längstens sechs Monate zu befristen. Sie kann aber, wenn ihre Voraussetzungen weiter vorliegen, alle sechs Monate jeweils um weitere sechs Monate verlängert werden. Die Treuhandanordnung erfolgt gem. Abs. 3 durch das BMWK. Sie kann gem. Abs. 4 insbesondere vorsehen, dass

1. die Wahrnehmung der Stimmrechte der Gesellschafter des Unternehmens ausgeschlossen wird;
2. die Stimmrechte aus den Anteilen an dem Unternehmen auf eine Stelle des Bundes übergehen und diese Stelle berechtigt ist, Mitglieder der Geschäftsleitung abzuberufen und neu zu bestellen sowie der Geschäftsleitung Weisungen zu erteilen;
3. die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis der Geschäftsleitung in Bezug auf das Vermögen des Unternehmens beschränkt wird und Verfügungen unter dem Vorbehalt der Zustimmung der nach Nr. 2 benannten Stelle des Bundes stehen.

Eine Anfechtungsklage gegen die Treuhandanordnung hat gem. § 17 VI 1 EnSiG keine aufschiebende Wirkung. Gemäß S. 2 entscheidet das BVerwG über die Klage in erster und letzter Instanz. Die Kosten für die Treuhand muss gem. § 17 VIII EnSiG das unter Treuhand gestellte Unternehmen tragen. Gemäß Abs. 7 kann das Unternehmen für Rechtswirkungen, die über die allgemeine Sozialbindung des Eigentums gem. Art. 14 II GG hinausgehen, einen angemessenen Ausgleich verlangen. Dieser wird auf Antrag durch das BMWK festgesetzt und kann verwaltungsgerichtlich überprüft werden. Antragsberechtigt ist allerdings nur, wer sich auf das Eigentumsgrundrecht gem. Art. 14 I GG berufen kann. Juristische Personen aus Drittländern sind gem. Art. 19 III GG gerade nicht grundrechtsfähig.

Wenn die staatliche Treuhandverwaltung zur Sicherung der Energieversorgung nicht ausreicht, sind gem. § 18 EnSiG als Ultima Ratio auch Enteignungen möglich. Für eine Enteignung ist gem. § 21 I 1 EnSiG eine Entschädigung zu leisten. Die Entschädigung wird gem. § 21 IV 3 EnSiG durch das BMWK festgesetzt und gem. § 22 VII EnSiG durch den BGH in erster und letzter Instanz überprüft. Auch für eine Entschädigung gem. § 21 I EnSiG ist aber nach S. 2 Voraussetzung, dass sich der Betroffene auf das Eigentumsgrundrecht berufen kann. Anders als in § 17 VII EnSiG ist in § 21 I 3 EnSiG allerdings ausdrücklich geregelt, dass Verpflichtungen des Bundes aus völkerrechtlichen Verträgen gem. Art. 59 I 2 GG unberührt bleiben. Hierbei handelt es sich insbesondere um Investitionsschutzabkommen. Da § 21 I 3 EnSiG lediglich deklaratorische Wirkung zukommt, können Entschädigungen aufgrund von Investitionsschutzabkommen auch bei der Treuhand in Betracht kommen. Fraglich ist nur, ob solche Entschädigungen auch auf Antrag vom BMWK festzusetzen und verwaltungsgerichtlich überprüfbar sind oder ob sie nach dem Rechtsschutzregime des Investitionsschutzabkommens, in aller Regel also vor einem internationalen Schiedsgericht geltend zu machen sind. Jedenfalls für die Frage nach der Rechtmäßigkeit der Treuhandanordnung scheint das BVerwG von einer Direktwirkung von Investitionsschutzabkommen auszugehen.[5] In seinem Urteil vom 14.3.2023 diskutierte es eine enteignungsgleiche Wirkung gem. Art. 4 des Vertrags vom 13.6.1989 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken u#ber die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Kapitalanlagen[6] (Sowjetisch-Deutsches Investitionsschutzabkommen – SDI), das auch nach der Auflösung der UdSSR im Verhältnis der Bundesrepublik Deutschland zur Russischen Föderation weiter anzuwenden sei.[7] Das BVerwG verneinte eine enteignungsgleiche Wirkung im Ergebnis aber, weil nach der damals gültigen Rechtslage Veräußerungen von Vermögensgegenständen des unter Treuhand gestellten Unternehmens nicht erlaubt waren und damit die Renditegrundlage unangetastet blieb.[8]

Nach dem „Gesetz zur Änderung des Energiesicherungsgesetzes 1975 und anderer energiewirtschaftlicher Vorschriften“ vom 20.5.2022 kam nämlich eine Übertragung von Vermögensgegenständen des Unternehmens auf einen anderen Rechtsträger nur in Betracht, wenn dies zum Werterhalt des Unternehmens erforderlich ist (§ 17 V 2 EnSiG). In der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung vom 26.4.2022 hieß es noch ausdrücklich, dass eine Übertragung unter Berufung auf das Gemeinwohl eine Enteignung darstellen würde, die im Rahmen einer eigentumsrechtlichen Inhalts- und Schrankenbestimmung gem. § 14 I 2 GG nicht zulässig sei.[9] Auf diese Einschränkung stellte das BVerwG in seinem Urteil vom 14.3.2023 noch maßgeblich ab. Mit dem „Gesetz zur Änderung des Energiesicherungsgesetzes und des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen“ vom 23.6.2023[10] wurde eine Übertragung von Vermögensgegenständen in § 17b I EnSiG auch zur Sicherung des Funktionierens des Gemeinwesens im Sektor Energie sowie zur Aufrechterhaltung der Versorgungssicherheit erlaubt, wenn die reine Treuhandverwaltung hierzu nicht ausreicht.

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 14.3.2023, also vom selben Tag wie das Urteil des BVerwG, hob hervor, dass bei einem unter staatliche Treuhand gestellten Unternehmen eine Übertragung von Vermögensgegenständen zur Sicherung der Energieversorgung erforderlich werden könne. Der Gesetzentwurf erkannte jedoch an, dass eine Übertragung von Vermögensgegenständen unter Berufung auf das Gemeinwohl nicht von § 17 EnSiG gedeckt sei. Diese erfordere vielmehr gem. Art. 14 III 2 GG eine gesonderte gesetzliche Grundlage, die zugleich Art und Ausmaß der Entschädigung regelt.[11] Damit wird die Übertragung von Vermögensgegenständen gem. § 17b EnSiG als entschädigungspflichtige Enteignung gesehen. Entschädigungsberechtigt soll – wie bei der ausdrücklich als solche bezeichneten Enteignung gem. § 18 EnSiG – gem. §§ 17b IV 2, 21 I 2 EnSiG jedoch nur sein, wer sich auf das Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 I GG berufen kann. Ausländische juristische Personen gehören gem. Art. 19 III GG nicht dazu. Diese werden gem. §§ 17b IV 2, 21 II 3 EnSiG auf etwaige Ansprüche aus völkerrechtlichen Verträgen, insbesondere Investitionsschutzabkommen, verwiesen. Wiederum stellt sich die Frage, ob investitonsschutzrechtliche Entschädigungsansprüche gem. § 17b V 5 EnSiG vom BMWK festzusetzen sind und gem. Abs. 8 vom BGH überprüft werden können oder ob sie nach dem investitionsschutzrechtlichen Regime, also vor einem internationalen Schiedsgericht, durchgesetzt werden müssen.

5 Vgl. BVerwG NVwZ 2023, 1326 Rn. 108.
6 BGBl. 1990 II 342 ff.
7 Vgl. BFHE 206, 332 (338) = DStRE 2004, 1293 = IStR 2004, 833.
8 Vgl. BVerwG NVwZ 2023, 1326 Rn. 109.
9 BT-Drs. 20/1501, 36.
10 BGBl. 2023 I Nr. 167.
11 BT-Drs. 20/5993, 11.

II. Die Treuhandanordnungen des BMWK vom 14.9.2022, 15.3. und 7.9.2023

1. Erste Treuhandanordnung vom 14.9.2022

Das BMWK ordnete am 14.9.2022 mit sechsmonatiger Wirkung vom 16.9.2022 ab die staatliche Treuhandverwaltung der deutschen Tochtergesellschaften des russischen staatlichen Energiekonzerns Rosneft, der Rosneft Deutschland GmbH und der RN Refining and Marketing GmbH, an und setzte als Treuhänderin die Bundesnetzagentur (BNetzA) ein.[12] Rosneft Deutschland sei mit einer Verarbeitungsmenge von mehreren Mio. Tonnen Erdöl pro Jahr eines der größten erdölverarbeitenden Unternehmen in Deutschland. Die beiden deutschen Tochtergesellschaften des russischen Staatskonzerns decken, so das BMWK, knapp zwölf Prozent der gesamten inländischen Erdölverarbeitungskapazität ab. Rosneft Deutschland ist u. a. an der PCK-Raffinerie GmbH in Schwedt an der Oder, an der Bayernoil Raffineriegesellschaft mbH, an der Mineralölraffinerie Oberrhein GmbH & Co. KG sowie an mehreren bedeutenden Ölleitungen in Deutschland, Österreich, Italien und Frankreich beteiligt. In den Raffinerien, an denen die Rosneft Deutschland GmbH beteiligt ist, lässt sie Erdöl verarbeiten und ist entsprechend ihrer Beteiligung auch für den Vertrieb der dort produzierten Mineralölprodukte verantwortlich. Auch die RF Refining and Marketing GmbH ist mittelbar an der PCK-Raffinerie in Schwedt beteiligt. Beide deutschen Tochtergesellschaften halten unmittelbar oder mittelbar die Mehrheit der Anteile an der PCK-Raffinerie Schwedt. Zudem unterstützt die RF Refining and Marketing GmbH ihre Schwestergesellschaft Rosneft Deutschland als Servicegesellschaft im Bereich Controlling, Buchhaltung und Berichtswesen sowie beim Management von Liquidität und Kreditrisiken.

Das BMWK sah insbesondere zwei Gefahren: Am Markt bestünden erhebliche Unsicherheiten über die sanktionsrechtliche Behandlung beider deutschen Rosneft-Tochtergesellschaften. Deshalb hätten viele Vertragspartner die Zusammenarbeit mit ihnen und ihren Beteiligungsunternehmen eingestellt. Mehrere große IT-Dienstleister und Dienstleister im Zusammenverkehr hätten betriebsnotwendige Dienstleistungen abgelehnt. Warenkreditversicherungen konnten nicht mehr abgeschlossen werden. Selbst ein Wirtschaftsprüfer für die verpflichtenden gesetzlichen Jahresabschlussprüfungen ließ sich nicht mehr finden. Die ausbleibende Versorgung mit Hilfs- und Betriebsstoffen und Belieferung mit Ersatzteilen hätte in absehbarer Zeit ein Herunterfahren insbesondere des Betriebs der PCK-Raffinerie Schwedt zur Folge gehabt. Das Verhalten der Vertragspartner, insbesondere von Speditionsunternehmen und Kreditinstituten, sei von Overcompliance-Reaktionen[13] geprägt gewesen. Das führe vor allem bei der Bayernoil-Raffinerie dazu, dass bereits verarbeitete Rohölprodukte nicht abtransportiert werden konnten. Dadurch entstünden Engpässe bei der Zwischenlagerung. Dies wiederum ziehe eine Drosselung der Produktionskapazitäten nach sich. Gleichzeitig käme Rosneft Deutschland aufgrund russischer Lieferstopps ihren eigenen Belieferungsverpflichtungen mit Erdöl nicht nach, was zu weiteren Produktionseinschränkungen geführt hätte. Gerade die angespannte Versorgungslage mit Mineralölprodukten im süddeutschen Raum wäre dadurch noch mehr verschärft worden. Die Overcompliance hätte selbst durch einen Letter of Comfort des BMWK nicht verhindert werden können.

Konkrete Gefahren sah das BMWK auch für die PCK-Raffinerie in Schwedt.[14] Diese würde gegenwärtig über eine Pipeline aus Russland (Druschba-Pipeline) versorgt. Das Risiko, dass Russland die Öllieferungen als strategisches und politisches Druckmittel einsetze und zu diesem Zweck reduziere oder ganz einstelle, sei hoch. Deshalb sei es zur Aufrechterhaltung der Versorgungssicherheit geboten, dass die PCK-Raffinerie von russischem Öl unabhängig würde. Die Umstellung auf andere Erdöllieferanten sei mit einem grundlegenden Umbau der vorhandenen Infrastruktur verbunden gewesen. Hierzu hätte es des uneingeschränkten Vertrauens der wesentlichen Vertragspartner gebraucht. Polen sei zu umfangreicheren Öllieferungen über eine Pipeline aus dem Hafen in Danzig nur bereit gewesen, wenn die deutschen Rosneft-Gesellschaften nicht mehr unter russischem Einfluss stehen. Öffentlichen Auftraggebern sei es zudem nach dem 10.10.2022 verboten, Vertragsverhältnisse mit den beiden Gesellschaften zu unterhalten, sollten sie zu diesem Zeitpunkt noch russisch beherrscht sein.[15]

Durch einen Ausfall der PCK-Raffinerie Schwedt würde, so das BMWK, die bundesweite Versorgung mit Erdölprodukten und damit mit lebensnotwendigen Gütern beeinträchtigt und insbesondere im Nordosten Deutschlands gefährdet. Deshalb würden beide deutschen Rosneft-Tochtergesellschaften, so das BMWK in seiner Bekanntmachung vom 16.9.2022 im Bundesanzeiger, kritische Infrastrukturen betreiben, die gem. § 17 I EnSiG für das Funktionieren des Gemeinwesens im Sektor Energie und die Aufrechterhaltung der Versorgungssicherheit essentiell sind. Aufgrund der Overcompliance der Vertragspartner sowie der Risiken hinsichtlich der Belieferung mit russischem Öl sei die Versorgungssicherheit für Deutschland konkret gefährdet. Die angeordnete staatliche Treuhandverwaltung führe dazu, dass Vertragspartner ihr Vertrauen zurückgewinnen und die Zusammenarbeit fortsetzen.[16] Ohne die Treuhandverwaltung gem. § 17 I EnSiG könne zudem die für die Versorgungssicherheit erforderliche Umstellung auf nicht-russisches Öl nicht erreicht werden.

Durch die staatliche Treuhandverwaltung würde die Verbindung von Rosneft Deutschland und RN Refining & Marketing zu ihren russischen Gesellschaftern unterbrochen. Dies eröffne eine Ausweitung der Versorgungsmöglichkeiten mit nicht-russischem Öl über den Hafen von Rostock, die zwischen Rostock und Schwedt existierende Pipeline, Lieferungen aus dem polnischen Danzig oder den Einkauf von Öl aus anderen Herkunftsländern.[17] Wegen der konkreten Gefährdung der Versorgungssicherheit sei die Treuhandanordnung auch verhältnismäßig. Die Kosten der Treuhand erlegt der Bescheid des BMWK gem. § 17 VIII EnSiG den betroffenen Unternehmen auf. Eine Anhörung sei gem. § 28 II Nr. 1 VwVfG wegen des öffentlichen Interesses und zudem auch wegen Gefahr in Verzug entbehrlich gewesen, da sonst ein unmittelbarer Kapitalentzug durch die Gesellschafter gedroht hätte.

2. Zweite Treuhandanordnung vom 15.3.2023

Am 15.3.2023 und damit nur einen Tag nach der Entscheidung des BVerwG zur Rechtmäßigkeit der ersten Treuhandanordnung verlängerte das BMWK die staatliche Treuhandverwaltung der deutschen Rosneft-Tochtergesellschaften um weitere sechs Monate bis zum 10.9.2023. In seiner Bekannt-

12 BAnZ AT 16.9.2022 B1.
13 BAnZ AT 16.9.2022 B1, 2.
14 BAnZ AT 16.9.2022 B1, 3.
15 VO (EU) 2022/576 zur Änderung der VO 833/2014/ (EU) über restriktive Maßnahmen angesichts der Handlungen Russlands, die die Lage in der Ukraine stabilisieren, ABlEU 111, 1, Art. 5k.
16 BAnZ AT 16.9.2022 B1, 4.
17 BAnZ AT 16.9.2022 B1, 4.

machung im Bundesanzeiger betonte das BMWK, dass die Zuverlässigkeit der Öllieferungen Russlands durch die Druschba-Pipeline seit dem Überfall auf die Ukraine und den Erfahrungen mit der Belieferung und Speicherung von russischem Erdgas substanziell infrage gestellt sei.[18] Zuletzt hätte Russland die Öllieferungen über die Druschba-Pipeline im Februar 2023 unterbrochen. Dies zeige, dass Russland die fossilen Energieträger Gas und Öl als strategisches und politisches Druckmittel einsetze. Die deutschen Rosneft-Gesellschaften seien deshalb für die Versorgung der PCK-Raffinerie in Schwedt mehr denn je auf andere Lieferquellen angewiesen. Die Fortsetzung, Sicherstellung und gegebenenfalls der Ausbau der im Rahmen der staatlichen Treuhandverwaltung seit dem 16.9.2022 bereits angestoßenen Diversifizierung seien für den Geschäftsbetrieb der Rosneft-Tochtergesellschaften und damit für die Aufrechterhaltung der Versorgungssicherheit in Deutschland nach wie vor erforderlich. Vor der ersten Treuhandanordnung sei eine solche Diversifizierung nicht betrieben worden. Ohne die Aufrechterhaltung der Treuhand sei ihre Fortsetzung nicht möglich.

Mit Auslaufen der ersten sechsmonatigen Treuhandverwaltung würde sich die Versorgungssituation der deutschen Rosneft-Gesellschaften und der von ihnen betriebenen Raffinerien, insbesondere der PCK-Raffinerie Schwedt erneut verschlechtern. Aufgrund von Folgeeffekten, so das BMWK, sei das Risiko von Lieferengpässen von End- und Großhandelskunden in verschiedenen deutschen Regionen, insbesondere im Südwesten und Osten, hoch. Zudem drohe mit Auslaufen der staatlichen Treuhandverwaltung erneut eine erhebliche Einschränkung des Geschäftsbetriebs aufgrund neuerlicher Overcompliance-Reaktionen wesentlicher Vertragspartner für betriebsnotwendige Dienstleistungen. Die Verbindungen zu Banken, die Aufrechterhaltung des Zahlungsverkehrs sowie die IT-Infrastruktur würden dadurch gefährdet. So habe ein Kreditversicherer der Rosneft Deutschland mitgeteilt, dass eine Prolongation der Kreditlinien vom Fortbestehen der Treuhand abhängig gemacht würde. Es bestünde somit die konkrete Gefahr des erschwerten Zugangs zum Markt für den Einkauf relevanter Produktionsmittel, einschließlich Rohöl.

Der Aufbau eines notwendigen zweiten Datenzentrums werde bislang mit Hinweis auf Overcompliance-Bedenken im Hinblick auf das Auslaufen der aktuell bestehenden Treuhandverwaltung am 15.3.2023 abgelehnt. Im Bankenbereich verweigere ein Zahlungsdienstleister, der sich aufgrund der aktuell bestehenden Treuhandverwaltung zu einer Zusammenarbeit mit Rosneft Deutschland und RN Refining & Marketing bereit erklärt hatte, mit Hinweis auf das Auslaufen der Treuhandverwaltung die Ausgabe neuer Bu#rgschaften. Auch andere wichtige Vertragspartner der Rosneft Deutschland und der RN Refining & Marketing hätten ihre weitere Zusammenarbeit unter die Bedingung einer Treuhandverwaltung gestellt.[19] Aus diesen Gründen sieht das BMWK die Versorgungssicherheit ohne staatliche Treuhandverwaltung der deutschen Rosneft-Gesellschaften nach wie vor gefährdet. Das BMWK geht davon aus, dass durch die Verlängerung der staatlichen Treuhand Vertragspartner der Rosneft-Tochtergesellschaften ihre Geschäftsbeziehungen fortsetzen würden.[20]

Mildere Mittel stünden nicht zur Verfügung. Insbesondere ein Comfort Letter des BMWK oder der BNetzA zur rechtlichen Unbedenklichkeit der Vertragsbeziehungen reiche nicht aus. Denn maßgebliche Marktteilnehmer hätten, so das BMWK, die Fortführung der Geschäftsbeziehungen zu den deutschen Rosneft-Gesellschaften von einer umfassenden „Entmakelung“ und damit von einer Fortführung der Treuhandverwaltung gem. § 17 I, IV EnSiG abhängig gemacht.[21] Ad infinitum darf die Verlängerung der staatlichen Treuhandverwaltung jedoch nach Ansicht des Verfassers nicht mit dem vermeintlichen Vertrauensverlust Dritter begründet werden. Denn die Treuhand dient ja gerade dazu, dieses Vertrauen für das Unternehmen zurückzugewinnen, damit es seinen Aufgaben am Markt wieder frei nachkommen kann. Wenn dieses Vertrauen nicht zurückgewonnen werden kann, ist die Treuhand kein geeignetes Mittel mehr und stellt damit keinen verhältnismäßigen Grundrechtseingriff mehr dar. Dann muss der Staat die Versorgungssicherheit für seine Unternehmen und Bürger auf andere Weise wiederherzustellen versuchen. Eine einmalige Verlängerung der Treuhand dürfte noch nicht problematisch sein. Bei weiteren Verlängerungen dürften jedoch zumindest die Begründungsanforderungen steigen.

3. Dritte Treuhandanordnung vom 7.9.2023

Am 7.9.2023 verlängerte das BMWK die staatliche Treuhandverwaltung der deutschen Rosneft-Tochtergesellschaften abermals um sechs Monate bis zum 10.3.2024.[22] Zu diesem Zeitpunkt hatte das BVerwG die Rechtmäßigkeit der zweiten Treuhandanordnung noch nicht überprüft. In seiner dritten Treuhandanordnung stellte das BMWK maßgeblich darauf ab, dass russisches Öl gem. Art. 3m III Buchst. a der VO 833/2014/ (EU) seit dem 24.6.2023 nicht mehr in die Bundesrepublik Deutschland eingeführt werden dürfe.[23] Eine Versorgung der Raffinerien der Rosneft Deutschland und der RN Refining and Marketing mit russischem Rohöl sei damit unmöglich. Ohne staatliche Treuhandverwaltung sei die Belieferung der PCK-Raffinerie in Schwedt, der MiRO-Raffinerie in Karlsruhe und der Bayernoil-Raffinerie in Vohburg/Neustadt a. d. Donau, an denen die Rosneft Deutschland beteiligt ist, beeinträchtigt. Ohne Teuhandverwaltung würden Rohölhändler und -transporteure nämlich eine Zusammenarbeit mit Rosneft Deutschland, RN Refining & Marketing und ihren Tochtergesellschaften ablehnen. Gleichzeitig würden den drei Raffinerien Erdölprodukte der Rosneft-Tochtergesellschaften nicht mehr abgenommen. Diese Erkenntnisse rechtfertigten, so das BMWK, die Annahme, dass ohne eine Fortsetzung der Treuhandverwaltung eine Beeinträchtigung der Versorgungssicherheit eintreten würde.[24]

Auch in seiner dritten Treuhandanordnung berief sich das BMWK also maßgeblich darauf, dass zentrale Vertragspartner die weitere Zusammenarbeit von der Fortführung der Treuhandverwaltung abhängig machen. Das BMWK hob erneut das Overcompliance-Verhalten derjenigen Vertragspartner hervor, die betriebsnotwendige Dienstleistungen zur Verfügung stellen oder Rohöl liefern.[25] Zudem bezog sich das BMWK auf die Ergebnisse der Anhörung der Rosneft Deutschland und der RN Refining & Marketing. Rosneft Deutschland hätte mitgeteilt, dass den Gesellschaften bei Auslaufen der Treuhandverwaltung wesentliche Beeinträchtigungen drohten, die nach dortiger Einschätzung dazu füh-

18 BAnZ AT 15.3.2023 B2, 2.
19 BAnZ AT 15.3.2023 B2, 2/3.
20 BAnZ AT 15.3.2023 B2, 4.
21 BAnZ AT 15.3.2023 B2, 4.
22 BAnZ AT 8.9.2023 B1.
23 VO (EU) 2023/1214 zur Änderung der VO 833/2014/ (EU) über restriktive Maßnahmen angesichts der Handlungen Russlands, die die Lage in der Ukraine destabilisieren, ABl. 2023 L 159, 1, Art. 3m III Buchst. a.
24 BAnZ AT 8.9.2023 B1, 2.
25 BAnZ AT 8.9.2023 B1, 3.

ren würden, dass die Fortsetzung des Geschäftsbetriebs in bisherigem Umfang nicht mehr möglich wäre.[26] Mit diesem Ergebnis der Anhörung war jedoch zu rechnen gewesen, da die BNetzA die Geschäftsführung der deutschen Rosneft-Tochtergesellschaften ausgewechselt hatte. Dadurch wurde die Verbindung der Rosneft-Tochtergesellschaften zu ihren russischen Muttergesellschaften, die die Verlängerung der staatlichen Treuhand nach wie vor ablehnten, dauerhaft gekappt.[27]

III. Urteil des BVerwG vom 14.3.2023

Die Gesellschafterinnen der deutschen Rosneft-Gesellschaften erhoben gegen die Treuhandanordnungen des BMWK gem. § 17 VI EnSiG Klage vor dem in erster und letzter Instanz zuständigen BVerwG. Sie machten geltend, durch den Ausschluss von der Wahrnehmung ihrer Stimmrechte gem. § 17 IV Nr. 1 EnSiG in ihren Gesellschafterrechten verletzt worden zu sein. Die Klage gegen die erste Treuhandanordnung wies das BVerwG mit Urteil vom 14.3.2023[28] zurück. Das BVerwG hielt die Gesellschafterinnen der deutschen Rosneft-Gesellschaften gem. § 42 II VwGO für klagebefugt, da sie durch die staatliche Treuhandverwaltung und den damit gem. § 17 IV Nr. 1 EnSiG verbundenen Ausschluss von der Wahrnehmung ihrer Stimmrechte in ihren Gesellschafterrechten betroffen seien.[29] Auf die Frage, ob sie sich über die Prozessgrundrechte hinaus auf die deutschen Grundrechte berufen können – gem. Art. 19 III GG seien nur deutsche juristische Personen grundrechtsfähig –, käme es für die Klagebefugnis nicht an. Die Klagebefugnis der Gesellschafterinnen leite sich, so das BVerwG, unmittelbar aus § 42 II VwGO ab. Die Rechtsschutzgarantie sieht das Gericht im Rechtsstaatsgebot gem. Art. 20 III GG verankert.[30] Auf die sog. Adressatentheorie, nach der jede belastende Anordnung jedenfalls eine mögliche Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 I GG impliziert, stellt das BVerwG nicht ab. Denn wegen Art. 19 III GG erscheint die Grundrechtsfähigkeit der klagenden Gesellschafterinnen als ausländische juristische Personen zweifelhaft.[31]

Aus Sicht des Verfassers dürfte der öffentlich-rechtliche Justizgewährungsanspruch jedoch eher aus Art. 19 IV 1 GG resultieren. Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm nach diesem verfassungsrechtlichen Gebot der Rechtsweg offen. Genauso wie das BVerwG bekräftigt auch der EuGH die überragende Bedeutung des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes.[32] Nach Art. 47 I GRCh, der denselben Wortlaut hat wie Art. 19 IV 1 GG, steht, so der EuGH, jeder Person, deren Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, die Möglichkeit zu, bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen. Nur eine wirksame gerichtliche Kontrolle könne, so der EuGH, die Einhaltung von Recht und Gerechtigkeit gewährleisten. Sie sei für jeden Rechtsstaat zentral. Deshalb erstaunt der Versuch des BMWK, den Klägerinnen ihre einfachgesetzliche Klagebefugnis abzusprechen, weil sie vom russischen Staat beherrscht sind[33] – in diesem Zusammenhang wird auch übersehen, dass die Aktien von Rosneft an der Moskauer Börse gehandelt, über 40 Prozent der Anteile von ausländischen Investoren gehalten werden und es zudem eine signifikante Zahl an Kleinaktionären gibt.[34] Aus Sicht des Verfassers ist es zu begrüßen, dass sich das BVerwG nicht auf diese Argumentation eingelassen hat.[35] Das Gericht hält die Treuhandanordnung für formell und materiell rechtmäßig. Eine Anhörung hätte gem. § 28 II Nr. 1 Var. 1 VwVfG wegen Gefahr in Verzug nicht stattfinden können, da Hinweise auf einen drohenden Kapitalabzug den Zusammenbruch der Unternehmen befürchten ließen.[36] Die Rechtsgrundlage für die staatliche Treuhand, § 17 I bis IV EnSiG, hält das Gericht für verfassungsgemäß.

Bei konkreten Gefahren für das Gemeinwesen im Sektor Energie und die Versorgungssicherheit sei der mit der Treuhand verbundene Eingriff in die Berufsfreiheit gem. Art. 12 I GG und die unternehmerische Betätigung gem. Art. 2 I GG verhältnismäßig.[37] Auch die Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums an den Anteilsrechten der Gesellschafter gem. Art. 14 I GG sei verhältnismäßig.[38] Das BVerwG bejahte zudem die Voraussetzungen des § 17 I EnSiG. Sein Urteil konzentriert sich auf die PCK-Raffinerie in Schwedt.[39] Hierbei handele es sich um eine Anlage der Kritischen Infrastruktur. Einrichtungen, Anlagen oder Teile aus dem Sektor Energie seien jedenfalls dann, so das Gericht, zur kritischen Infrastruktur zu zählen, wenn sie wie die PCK-Raffinerie in Schwedt von so hoher Bedeutung für das Funktionieren des Gemeinwesens sind, dass ihr Ausfall oder ihre Beeinträchtigung erhebliche Versorgungsengpässe oder Gefährdungen für die öffentliche Sicherheit nach sich ziehen.[40] Ein Ausfall der PCK-Raffinerie hätte die Befriedigung existenzieller Bedürfnisse wie die Wärmeversorgung von Wohnungen, Schulen und Heimen, die Krankentransporte und die Feuerwehr gefährdet, deren Funktionsfähigkeit der Staat zur Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten sicherstellen muss.[41]

Die PCK-Raffinerie Schwedt werde von den deutschen Rosneft-Tochtergesellschaften betrieben. Betreiber sei, wer nach den rechtlichen, tatsächlichen und wirtschaftlichen Umständen bestimmenden Einfluss auf Bestand oder Betrieb einer Anlage oder Teilen davon hat. § 17 I EnSiG gehe davon aus, dass eine Anlage von mehreren gemeinschaftlich betrieben werden kann, und behandele zwecks effektiver Gefahrenabwehr jeden Mitbetreiber als Betreiber.[42] Das Ergebnis der Beweisaufnahme, in deren Rahmen das BVerwG die Geschäftsführer der deutschen Rosneft-Gesellschaften, die zuständigen Mitarbeiter des BMWK sowie Vertragspartner als Zeugen vernommen hatte, hätte, so das Gericht, die Prognose gerechtfertigt, dass die Unternehmen im Falle einer Unterbrechung der russischen Öllieferungen, auf die Versuche des Kapitalabzuges hindeuteten, ihren Versorgungsbeitrag nicht mehr leisten können.[43] Zur Aufgabenerfüllung gem. § 17 I EnSiG zähle, so das BVerwG, auch, rechtzeitige und ausreichende Vorkehrungen dafu#r zu treffen, dass das Unternehmen auf absehbare Veränderungen der Marktbedingungen reagieren und seinen Versorgungsbeitrag unter geänderten Rahmenbedingungen weiterhin erbringen kann.[44] Für den Fall eines russischen Lieferstopps hätten die Unternehmen keine Vorsorge getroffen. Die Anforderungen an die Wahrscheinlichkeit eines solchen russischen Liefer-

26 BAnZ AT 8.9.2023 B1, 5.
27 Vgl. BAnZ AT 16.9.2022 B1, 4.
28 BVerwG NVwZ 2023, 1326.
29 Vgl. BVerwG NVwZ 2023, 1326 Rn. 16.
30 Vgl. BVerwG NVwZ 2023, 1326 Rn. 17.
31 Vgl. Winkler/Zeccola NVwZ 2023, 1242.
32 Vgl. EuGH C-72/15, ECLI:EU:C:2017:236 Rn. 73 = EuZW 2017, 529 = NVwZ 2018, 50 Ls. – Rosneft.
33 Vgl. BVerwG NVwZ 2023, 1326 Rn. 9.
34 Vgl. Malmendier UKuR 2023, 151 (154).
35 Vgl. BVerwG NVwZ 2023, 1326 Rn. 16f.
36 Vgl. BVerwG NVwZ 2023, 1326 Rn. 22.
37 Vgl. BVerwG NVwZ 2023, 1326 Rn. 35.
38 Vgl. BVerwG NVwZ 2023, 1326 Rn. 36.
39 Vgl. BVerwG NVwZ 2023, 1326 Rn. 40.
40 Vgl. BVerwG NVwZ 2023, 1326 Rn. 41.
41 Vgl. BVerwG NVwZ 2023, 1326 Rn. 102.
42 Vgl. BVerwG NVwZ 2023, 1326 Rn. 42 ff.
43 Vgl. BVerwG NVwZ 2023, 1326 Rn. 48.
44 Vgl. BVerwG NVwZ 2023, 1326 Rn. 49.

stopps seien, so das BVerwG, wegen der überragenden Bedeutung der Versorgungssicherheit relativ gering. Denn es reiche schon eine drohende Beeinträchtigung. Eine Gefährdung oder Störung brauche noch nicht eingetreten sein.[45] Zudem stünden die Overcompliance-Reaktionen der Banken und Versicherungen, durch die der Geschäftsbetrieb konkret gefährdet würde, fest.[46]

Die vom BMWK angestrebten Ziele der Treuhand, nämlich die Gewährleistung der Betriebsfortführung im Interesse der Versorgungssicherheit, die Reduzierung der Overcompliance-Probleme und die rechtzeitige Diversifizierung des Rohölbezugs durch Investitionen etwa in die Ertüchtigung der Pipeline von Rostock nach Schwedt, an deren Finanzierung der Rosneft-Konzern in der Vergangenheit kein Interesse zeigte, wiesen keine Ermessensfehler auf.[47] Den Vorwurf, das BMWK hätte mit der staatlichen Treuhandverwaltung ein Importembargo russischen Pipeline-Öls durch die Hintertür durchsetzen wollen, wies das BVerwG zurück. Auf der einen Seite sei die Treuhand bereits mehrere Monate vor dem 6. EU-Sanktionspaket[48] gegen Russland vom 3.6.2022 – das zum 5.12.2022 ein Importverbot für russisches Öl vorsah, Pipeline-Rohöl jedoch gem. Art. 3m III Buchst. d hiervon ausnahm, sowie der Protokollerklärung der deutschen Bundesregierung von Ende Mai 2022, auf den Import russischen Öls vollständig zu verzichten –, diskutiert worden.[49] Die Geschäftsleitung von Rosneft Deutschland hätte sich selbst an das BMWK gewandt, weil sie durch die Overcompliance-Reaktionen der Vertragspartner ihren Geschäftsbetrieb gefährdet sah. Die Treuhand sei auf der anderen Seite dann auch nicht unmittelbar nach dem 6. Sanktionspaket und der Protokollerklärung der Bundesregierung angeordnet worden, sondern erst, als sich der Zusammenbruch der beiden Unternehmen der kritischen Infrastruktur tatsächlich abzeichnete.[50]

Das BVerwG ließ offen, ob Eingriffe in deutsche Grundrechte vorliegen und ob sich die Gesellschafterinnen der deutschen Rosneft-Gesellschaften als ausländische juristische Personen hierauf berufen können. Grundsätzlich sind ausländische juristische Personen gem. Art. 19 III GG, wie schon oben ausgeführt, nicht grundrechtsfähig. Eingriffe in die Berufsfreiheit gem. Art. 12 I GG, die unternehmerische Betätigung gem. Art. 2 I GG sowie das Eigentum gem. Art. 14 I GG seien aber, so das Gericht, angesichts der überragenden Bedeutung der geschützten Rechtsgüter ohnehin verhältnismäßig.[51] Hierzu führte das BVerwG in seiner Pressemitteilung vom 14.3.2023 aus:

„Sollten Eingriffe in Art. 12 I und 2 I GG vorliegen, sind sie verhältnismäßig. Das Einschalten der Treuhänderin war geeignet und wegen der unzureichenden Wirkung des Letters of Comfort erforderlich, die Overcompliance-Probleme zu reduzieren. Außerdem ermöglichte es, unverzüglich die für die Versorgungssicherheit nötigen Investitionen wie den Ausbau der Pipeline voranzutreiben. Bloße Auflagen hätten der Overcompliance nicht begegnen können und die Diversifizierung des Rohölbezugs erschwert. Mittel des Erdöl-Bevorratungsverbandes sind für unvorhergesehene Engpässe vorgesehen. Die Verwaltungs- und Verfügungsbeschränkungen sind erforderlich, um die Wirksamkeit der Treuhandverwaltung zu sichern.

Auch die Eigentumsgewährleistung des Art. 14 I GG ist, falls betroffen, nicht verletzt. Die Anordnung stellt eine nicht entschädigungspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums an den Gesellschaftsanteilen dar. Sie ist verhältnismäßig, weil sie wegen der überragenden Bedeutung des Gemeinwohlguts der Versorgungssicherheit von der Sozialbindung des Eigentums gedeckt ist. Ein Ausfall der PCK-Raffinerie hätte die Befriedigung existenzieller Bedürfnisse wie die Wärmeversorgung von Wohnungen, Schulen und Heimen, die Krankentransporte und die Feuerwehr gefährdet, deren Funktionsfähigkeit der Staat zur Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten sicherstellen muss.“[52]

Dies gelte auch für die Unionsgrundrechte der GRCh, die genau wie die deutschen Grundrechte des GG gem. Art. 52 I GRCh unter dem Vorbehalt einer verhältnismäßigen gesetzlichen Regelung stehen, die ihren Wesensgehalt achten.[53] Abschließend stellte das BVerwG fest, dass die Treuhandanordung auch nicht gegen Art. 4 des Sowjetisch-Deutschen Investitionsschutzabkommens verstößt. Ihr komme gerade keine enteignungsgleiche Wirkung zu.[54]

IV. Würdigung des Urteils des BVerwG

Die Entscheidung des BVerwG erscheint energiepolitisch sinnvoll und rechtlich vertretbar. Auch wenn sich die Beweiswürdigung des Gerichts für den Verfasser nicht überprüfen lässt, liegen die Voraussetzungen des § 17 I EnSiG wohl vor.

1. Verlängerungsmöglichkeit der Treuhandanordnung ad infinitum gem. § 17 II EnSiG

Zwar erscheint die Möglichkeit, die staatliche Treuhandverwaltung gem. § 17 II EnSiG alle sechs Monate um weitere sechs Monate, dies jedoch praktisch unbegrenzt, zu wiederholen, nicht unproblematisch. Dem betroffenen Unternehmen und seinen Gesellschaftern kann aus Sicht des Verfassers nicht zugemutet werden, gegen jede Verlängerungsanordnung gem. § 17 VI EnSiG von Neuem vor dem BVerwG zu klagen. Deshalb würde es zu kurz greifen, wie das BVerwG allein darauf abzustellen, dass es sich bei jeder Verlängerung um einen neuen, wiederum anfechtbaren Rechtseingriff handelt, der jeweils anhand der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt seines Erlasses zu überprüfen ist.[55] Denn die gerichtliche Überprüfung der Verlängerung ist innerhalb des Sechs-Monats-Zeitraums des § 17 II EnSiG regelmäßig noch nicht abgeschlossen. Die Anfechtungsklage gegen die Treuhandanordnung hat gem. § 17 VI 1 EnSiG keine aufschiebende Wirkung. Deshalb droht eine neuerliche Verlängerung, bevor die vorhergehende Verlängerung durch das BVerwG auf ihre Rechtmäßigkeit überprüft werden konnte – so geschehen mit der dritten Treuhandanordnung des BMWK vom 7.9.2023.[56] Allerdings muss das BMWK vor jeder Verlängerung genau prüfen, ob die Voraussetzungen für die staatliche Treuhand noch vorliegen. Mit zunehmender Dauer dürften auch die Anforderungen an die Begründung steigen. Bei zunehmender Gesamtdauer kann die Schwelle zur enteignungsgleichen Wirkung überschritten werden.[57]

45 Vgl. Winkler/Zeccola NVwZ 2023, 1342.
46 Vgl. BVerwG NVwZ 2023, 1326 Rn. 52.
47 Vgl. BVerwG NVwZ 2023, 1326 Rn. 74.
48 VO (EU) 2022/879 zur Änderung der VO 833/2014/ (EU) über restriktive Maßnahmen angesichts der Handlungen Russlands, die die Lage in der Ukraine destabilisieren, ABl. 2022 L 153, 53.
49 Vgl. BVerwG NVwZ 2023, 1326 Rn. 80.
50 Vgl. BVerwG NVwZ 2023, 1326 Rn. 83.
51 Vgl. BVerwG NVwZ 2023, 1326 Rn. 101 f.
52 Abrufbar unter https://www.bverwg.de/pm/2023/20.
53 Vgl. BVerwG NVwZ 2023, 1326 Rn. 107.
54 Vgl. BVerwG NVwZ 2023, 1326 Rn. 108.
55 Vgl. BVerwG NVwZ 2023, 1326 Rn. 109.
56 BAnZ AT 8.9.2023 B1.
57 Vgl. BVerwG NVwZ 2023, 1326 Rn. 109.

Insbesondere dürfte sich die Treuhand nicht ad infinitum mit dem Vertrauensverlust von Geschäftspartnern und Overcompliance-Reaktionen rechtfertigen lassen. Denn die staatliche Treuhand soll gerade das Vertrauen des Marktes in das Unternehmen zurückgewinnen und diesem ermöglichen, wieder frei am Markt agieren zu können und seinen Versorgungsauftrag frei von Beschränkungen zu erfüllen. Kann dieses Ziel dauerhaft nicht erreicht werden, ist die Treuhandverwaltung nicht geeignet und damit unverhältnismäßig. Dann muss der Staat nach Alternativen für die Energieversorgung suchen. Jedenfalls im Rahmen der ersten Treuhandanordnung muss bei der Ermessensausübung und Prüfung der Verhältnismäßigkeit die bloße Möglichkeit zur Verlängerung nicht einbezogen werden – es sei denn, die Treuhand ist von Vornherein auf einen längeren Zeitraum als sechs Monate angelegt.

Hier ist zwar zu berücksichtigen, dass die Ertüchtigung der Pipeline von Rostock nach Schwedt, die das BMWK mit der staatlichen Treuhandverwaltung zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit vorantreiben will, voraussichtlich einen Zeitraum von zwei bis drei Jahren in Anspruch nehmen wird.[58] Jedoch steht damit nicht fest, dass auch die staatliche Treuhand selbst auf diesen Gesamtzeitraum angelegt war. Auch stellt die Ertüchtigung der Infrastruktur nicht den einzigen Zweck der Treuhandverwaltung dar. Vorrangig ging es dem BMWK um die kurzfristige Diversifizierung der Rohölbeschaffung.

2. Kostentragungspflicht des betroffenen Unternehmens gem. § 17 VIII EnSiG

Keinesfalls unproblematisch erscheint auch der Umstand, dass die Kosten für die Treuhand gem. § 17 VIII EnSiG das betroffene Unternehmen tragen muss, obwohl die Treuhandverwaltung gem. § 17 I EnSiG dem Sektor Energie und der Versorgungssicherheit und somit ganz eindeutig den Interessen des deutschen Staates dient. Den betroffenen Gesellschaftern erwächst durch die Treuhand kein Vorteil. Im Gegenteil: Die Treuhand führt zumindest temporär zu einer Vergesellschaftung der betroffenen Unternehmen iSd Art. 15 GG.[59] Das gilt jedenfalls dann, wie die Treuhand wie hier darauf abzielt, die Verbindungen der inländischen Tochtergesellschaften zu den ausländischen Gesellschaftern dauerhaft zu kappen.[60] Die Tätigkeit der BNetzA als Treuhänderin dürfte zu deren aus Steuermitteln zu finanzierenden Aufgabe als Bundesbehörde zählen. Dazu zählen auch die Kosten für Interims-Geschäftsführer, Rechts- und sonstige Berater, die die BNetzA im Rahmen der Treuhand einsetzt. Aus Sicht des Verfassers dürfen hierfür neben den Steuern keine Beiträge erhoben werden. Dies betrifft jedoch, selbst wenn die Treuhandanordung und die Kostentragung im selben Bescheid geregelt sind, nicht die unmittelbare Rechtmäßigkeit der Treuhandanordnung, sondern vielmehr allein die Anordnung zur Kostentragungspflicht. Der staatliche Treuhänder darf die Kosten nämlich nicht einfach aus dem Vermögen des unter Treuhand gestellten Unternehmens entnehmen. Vielmehr können die Kosten, auch Vorschüsse, nur durch einen weiteren Verwaltungsakt eingefordert werden. Im Rahmen des Rechtsschutzes gegen diesen Verwaltungsakt – jedenfalls wenn die Kostentragung im selben Verwaltungsakt angeordnet wird wie die Treuhand selbst, ist gem. § 17 VI 2 EnSiG das BVerwG in erster und letzter Instanz zuständig – kann auch ein Verstoß des § 17 VIII EnSiG gegen die Finanzverfassung der Bundesrepublik Deutschland geltend gemacht werden.

3. Embargo für russisches Pipeline-Öl durch die Hintertür?

Der Verdacht, dass das BMWK die Treuhand instrumentalisiert, um in Deutschland ein Embargo gegen russisches Pipeline-Öl durch die Hintertür einzuführen, besteht für das BVerwG, wie oben ausgeführt, allenfalls auf den ersten Blick.[61] Immerhin erkennt das BVerwG an, dass es sich hierbei um einen Ermessensfehlgebrauch handeln würde.[62] Schon aus den Ausführungen des BVerwG selbst ergeben sich für den Verfasser an den Absichten des BMWK durchaus Zweifel. Denn die Einfuhr russischen Pipeline-Öls war im Zeitpunkt der ersten Treuhandanordnung von den EU-Sanktionen ausgenommen.[63] Diese Ausnahme lief für Deutschland erst zum 23.6.2023 aus.[64] Somit gab es in Deutschland im Zeitpunkt der ersten und zweiten Treuhandanordnung keine Rechtsgrundlage für ein Embargo leitungsgebundenen russischen Öls.[65] Zwar hatte die deutsche Bundesregierung Ende Mai 2022 in einer Protokollerklärung erklärt, trotz dieser Ausnahme auf die Einfuhr russischen Pipeline-Öls verzichten zu wollen. Diese Protokollerklärung hatte jedoch keine Gesetzeskraft und war deshalb gegenüber den in Deutschland tätigen Unternehmen nicht durchsetzbar. Trotzdem wollte das BMWK durch die Treuhand erreichen, dass sich die deutschen Rosneft-Gesellschaften nicht mehr mit russischem Öl beliefern lassen, sondern über Lieferanten aus anderen Ländern. Im BMWK bestand, wie auch das BVerwG in seinem Urteil als Ergebnis seiner Beweisaufnahme festhielt, Unsicherheit, wann und wie sich der in der Protokollerklärung angeku#ndigte Verzicht auf den Import russischen Rohöls rechtlich umsetzen lasse. Allerdings könne, so hieß es in dem Verwaltungsvorgang des BMWK, der Treuhänder die deutschen Rosneft-Gesellschaften anweisen, kein russisches Öl mehr zu beziehen.[66]

Das BVerwG schloss daraus, dass die Absicht, die Rosneft-Tochtergesellschaften zur sofortigen Umstellung auf kasachisches Rohöl zu veranlassen, unmittelbar umgesetzt werden sollte, weil die erwartete Regelung des Importembargos wegen des mehrmonatigen Vorlaufs fu#r Lieferverträge nicht abgewartet werden könne. Die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung für den Komplettverzicht auf russisches Öl wäre seitens des BMWK gleichwohl nicht geleugnet worden. Das Treuhandverhältnis hätte die gesetzliche Regelung nicht ersetzen, sondern deren Umsetzung vorbereiten sollen.[67] Trotzdem ist die „Flucht ins Gesellschaftsrecht“,[68] die durch die Treuhand offenbar ermöglicht werden sollte, nicht unproblematisch. Anders als die Treuhandanordnung selbst unterliegen nämlich die gesellschaftsrechtlichen Anordnungen des Treuhänders keiner verwaltungsrechtlichen Kontrolle mehr.[69] Ob es zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen gibt, die sich vor den Zivilgerichten im Wege des Eilrechtsschutzes

58 Vgl. BVerwG NVwZ 2023, 1326 Rn. 95.
59 Vgl. Winkler/Zeccola NVwZ 1342, 1343.
60 Vgl. BAnZ AT 16.9.2022 B1, 4.
61 Vgl. BVerwG NVwZ 2023, 1326 Rn. 81, 83.
62 Vgl. BVerwG NVwZ 2023, 1326 Rn. 76.
63 Vgl. (EU) VO 2022/879 zur Änderung der VO Nr. 833/2014 (EU) über restriktive Maßnahmen angesichts der Handlungen Russlands, die die Lage in der Ukraine destabilisieren, ABl. 2023 L 153, 53, Art. 3m III Buchst. d.
64 Vgl. VO (EU) 2023/1214 zur Änderung der VO Nr. 833/2014 (EU) über restriktive Maßnahmen angesichts der Handlungen Russlands, die die Lage in der Ukraine destabilisieren, ABl. 2023 L 159, 1, Art. 3m III Buchst. a.
65 Vgl. Malmendier UKuR 2023, 151.
66 Vgl. BVerwG NVwZ 2023, 1326 Rn. 81.
67 Vgl. BVerwG NVwZ 2023, 1326 Rn. 81.
68 Vgl. so Malmendier UKuR 2023, 151.
69 Vgl. Malmendier UKuR 2023, 151.

durchsetzen lassen, ist keinesfalls sicher. Aus Sicht des Verfassers wird deshalb durch die mit der Treuhand verbundene „Flucht ins Gesellschaftsrecht“ der Rechtsschutz ausgehöhlt.[70]

Für den Verfasser zeigt sich, dass es dem BMWK natürlich darum ging, dass die deutschen Rosneft-Gesellschaften über die Regelungen des 6. Sanktionspaketes der EU[71] hinaus auch auf russisches Pipeline-Öl verzichten. Offen bleibt jedoch, ob dies dem Zweck diente, die Protokollerklärung der Bundesregierung ohne Gesetzeskraft zum Verzicht auf russisches Pipeline-Öl durchzusetzen, oder ob es nicht jedenfalls unmittelbar darum ging, die Versorgungssicherheit in Deutschland sicherzustellen. Letzteres erscheint dem Verfasser dann doch wahrscheinlicher. Denn seit dem Überfall Russlands auf die Ukraine zeigt sich die Unzuverlässigkeit der russischen Energielieferungen. Russland setzt Gas und Öl offensichtlich zu strategischen und politischen Zwecken ein.

4. Ausschluss der Entschädigung gem. Art. 14 III, 19 III GG

Ausgleichszahlungen gem. § 17 VII EnSiG für Rechtswirkungen der Treuhand, die über die Sozialbindung hinausgehen, und Entschädigungen für Enteignungen gem. §§ 18, 21 I EnSiG und enteignungsgleiche Vermögensübertragungen gem. §§ 17b IV, 21 I EnSiG sind für ausländische und ausländisch beherrschte juristische Personen, die sich gem. Art. 19 III GG nicht auf das deutsche Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 I GG berufen können, ausgeschlossen. Eine Ausnahme erkennt das BVerfG mit Blick auf die Niederlassungsfreiheit gem. Art. 54 I, 49 I AEUV nur für EU-Gesellschaften an.[72] Der Ausschluss der Entschädigung für juristische Personen aus Drittländern könnte gegen das in der GRCh geregelte Jedermann-Grundrecht auf Eigentum gem. Art. 17 I GRCh verstoßen, das im Gegensatz zu dem deutschen GG auch für ausländische juristische Personen gilt[73] und wegen der Grundfreiheiten im Binnenmarkt gem. Art. 26 II AEUV auch staatlich beherrschte Unternehmen schützt.[74] Ebenso könnte das Jedermann-Recht auf Schutz des Eigentums gem. Art. 1 I des Ersten Zusatzprotokolls zur EMRK verletzt sein. Diese Frage stellt sich jedoch nicht im Rahmen der Rechtmäßigkeit der Treuhand, sondern vielmehr im Verfahren über die Entschädigung. Auch scheinen vorliegend Auswirkungen der ersten Treuhand, die über die auch im Rahmen der GRCh und der EMRK anzuerkennende Sozialbindung des Eigentums hinausgehen, ausgeschlossen.[75]

5. Direktwirkung von Art. 4 des Sowjetisch-Deutschen Investitionsschutzabkommens von 1989

Interessant ist, dass das BVerwG die Treuhandanordnung auch an Art. 4 des Sowjetisch-Deutschen Investitionsschutzabkommens von 1989[76] (SDI) misst.[77] Moderne Investitionsschutzabkommen schließen eine solche Direktwirkung regelmäßig aus.[78] Auch sieht das Sowjetisch-Deutsche Investitionsschutzabkommen sowohl im Verhältnis ausländischer Investor-Staat in Art. 10 als auch im Verhältnis der Vertragsparteien untereinander in Art. 9 jeweils eine Schiedsklausel vor. Ob § 21 I 3 EnSiG, nach dem die Verpflichtungen des Bundes aus völkerrechtlichen Verträgen unberührt bleiben, gleichzeitig eine Direktwirkung solcher völkerrechtlichen Verträge erlaubt, erscheint fraglich. Denn diese Vorschrift bezieht sich unmittelbar nur auf die Frage der Entschädigung und trifft zu einer möglichen Direktwirkung zudem keine Aussage. Allerdings ordnete der EuGH für den Energy Charter Treaty (ECT)[79] eine unmittelbare Wirkung an:

„Soweit sich das vorlegende Gericht Fragen zur Vereinbarkeit von Art. 26 II und III des Gesetzesdekrets Nr. 91/2014 mit Art. 10 der Energiecharta stellt, ist drittens festzustellen, dass diese Charta in Anbetracht von Art. 216 II AEUV die Organe der Europäischen Union und die Mitgliedstaaten bindet, da sie ein gemischtes Abkommen ist.“[80]

Diese Aussage könnte sich auf das Sowjetisch-Deutsche Investitionsschutzabkommen übertragen lassen, das genau wie der ECT eine unmittelbare Wirkung nicht ausschließt. In diesem Zusammenhang würde sich dann die Frage stellen, ob das BVerwG im Rahmen der Prüfung der investitionsschutzrechtlichen Vorschriften die Rechtsprechung des BVerfG zu Eigentum, Inhalts- und Schrankenbestimmungen und Enteignung[81] zugrundelegen darf oder ob es sich nicht vielmehr ausschließlich an der schiedsgerichtlichen Spruchpraxis zu indirekten Enteignungen, die den Enteignungsbegriff deutlich weiter versteht als die deutsche Verfassungsdogmatik, zu orientieren hat. Aus Sicht des Verfassers zurecht orientiert sich das BVerwG an dem investitionsschutzrechtlichen Eigentums- und Enteignungsbegriff:

„Eine nach Art. 4 I SDI tatbestandsmäßige Enteignung oder Maßnahme mit gleichartigen Auswirkungen läge nur bei einer – hier fehlenden – Entziehung von Eigentumsrechten oder bei einer faktischen oder schleichenden Enteignung (de-facto expropriation, creeping expropriation) im Sinne einer enteignungsgleichen Maßnahme vor.“

Trotzdem sollte die Auslegung der Investitionsschutzabkommen dem dort geregelten Rechtsschutzregime, idR also internationalen Schiedsgerichten oder dem in neueren Abkommen unter Beteiligung der EU vorgesehenen ständigen Investitionsschiedsgerichtshof, vorbehalten bleiben.[82] Das ergibt sich nach Meinung des Verfassers schon daraus, dass es sich bei Investitionsschutzabkommen um völkerrechtliche Verträge gem. Art. 59 I 2 GG handelt und gerade nicht um allgemeine Regeln des Völkerrechts, die gem. Art. 25 S. 1 GG Bestandteil des Bundesrechts sind und nach S. 2 den Gesetzen vorgehen und Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebiets erzeugen.

V. Rechtmäßigkeit der Verlängerung der Treuhand unter Geltung des § 17b EnSiG nF

Bei der ersten Verlängerung der staatlichen Treuhandverwaltung über die deutschen Rosneft-Gesellschaften um weitere

70 Vgl. genauso Malmendier UKuR 2023, 151 (152).
71 VO (EU) 2022/879 zur Änderung der VO Nr. 833/2014 (EU) über restriktive Maßnahmen angesichts der Handlungen Russlands, die die Lage in der Ukraine destabilisieren, ABl. 2022 L 153, 53.
72 Vgl. BVerfGE 143, 246 Rn. 196 = NVwZ-Beil. 2017, 9 = ZNER 2016, 456 (Vattenfall).
73 Vgl. European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union im Rahmen der nationalen Gesetzgebung und Politikgestaltung, S. 20.
74 Vgl. BVerfG NVwZ 2020, 1500 Rn. 29 (Kohleausstieg).
75 Vgl. BVerwG NVwZ 2023, 1326 Rn. 102.
76 BGBl. 1990 II 342 ff.
77 Vgl. BVerwG NVwZ 2023, 1326 Rn. 108 ff.
78 Vgl. Art. 30.6 CETA zwischen der EU und Kanada; Art. 4.18 EUVIPA zwischen der EU und Vietnam; Art. 4.11 EUStPA zwischen der EU und Singapur.
79 Abrufbar unter https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf.
80 EuGH C-798/18, C-799/18, ECLI:EU:C:2021:280 Rn. 67 = NVwZ 2021, 1601 = RIW 2021, 589 (598) m. RIW-Komm. Fölsing – Federazione nazionale delle imprese elettrotecniche ed elettroniche (Anie) u. a.
81 Vgl. BVerfGE 155, 238 = NVwZ-RR 2021, 177 = NVwZ 2020, 1661 Ls. (WindSeeG); BVerfGE 143, 246 = NVwZ-Beil 2017, 9 = ZNER 2016, 456 (Vattenfall).
82 Vgl. Schlussanträge GA Wathelet v. 19.9.2017 – C-284/16, ECLI:EU:C:2017:699 Rn. 264 = BeckRS 2017, 125330 – Achmea.

sechs Monate am 15.3.2023 war die Neuregelung des § 17b EnSiG, die Vermögensübertragungen zur Sicherung des Energiesektors und der Versorgungssicherheit erlaubt, noch nicht in Kraft. Sie trat erst am 26.6.2023 in Kraft.[83] Allerdings wurde die Erweiterung der Befugnisse des staatlich eingesetzten Treuhänders in der Regierung bereits diskutiert und vorbereitet. Bereits am 14.3.2023 und damit einen Tag vor der Verlängerung der Treuhandanordnung um weitere sechs Monate wurde der Gesetzentwurf der Regierungsfraktionen veröffentlicht.[84] Deshalb sind die erweiterten Befugnisse des staatlichen Treuhänders zur Übertragung von Vermögensgegenständen des unter Treuhand gestellten Unternehmens gem. § 17b I EnSiG nF schon bei der Rechtmäßigkeitsprüfung der ersten Verlängerungsanordnung zu berücksichtigen. In seinem Urteil vom 14.3.2023 betonte das BVerwG, dass der ersten Treuhandanordnung vom 14.9. 2022 keine enteignungsgleiche Wirkung zukomme. Denn eine Vermögensübertragung sei gem. § 17 V 2 EnSiG ausschließlich zum Werterhalt des Unternehmens möglich. Der Regierungsentwurf zur Einführung der staatlichen Treuhandverwaltung erkannte ebenfalls an, dass eine Übertragung von Vermögensgegenständen unter Berufung auf das Gemeinwohl eine Enteignung darstellen würde, die im Rahmen einer eigentumsrechtlichen Inhalts- und Schrankenbestimmung gem. § 14 I 2 GG nicht zulässig sei.[85]

Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Neuregelung des § 17b EnSiG wegen Verstoßes gegen Art. 14 GG zwingend verfassungswidrig ist. Nach wie vor geht der Gesetzgeber nämlich davon aus, dass eine Vermögensübertragung im Interesse des Gemeinwohls von § 17 EnSiG nicht gedeckt sei. Eine Übertragung von Vermögensgegenständen unter Berufung auf das Gemeinwohl erfordere vielmehr gem. 14 III 2 GG eine gesonderte gesetzliche Grundlage, die zugleich Art und Ausmaß der Entschädigung regelt.[86] Der Gesetzgeber erkennt also ausdrücklich an, dass in § 17b EnSiG eine Enteignung bzw. ein enteignungsgleicher Vorgang liegt, der zu einer Entschädigungspflicht führt. In der Beratung des Gesetzentwurfs in der Plenarsitzung des Bundestages vom 20.4.2023 wurde kein Hehl daraus gemacht, dass die gesetzliche Neuregelung auf die Rosneft-Tochtergesellschaften und die von ihnen kontrollierte PCK-Raffinerie in Schwedt abzielt. Das ist aus Sicht des Verfassers aber auch nicht problematisch, da die Rosneft-Tochtergesellschaften der erste und bislang einzige Anwendungsfall der staatlichen Treuhandverwaltung gem. § 17 EnSiG sind. Gleichzeitig bestätigte der SPD-Abgeordnete Hümpfer jedoch, dass die Regierungskoalition mit der neu geregelten Möglichkeit zur Vermögensübertragung nicht nur die aktuelle Versorgungssicherheit gewährleisten will, sondern vielmehr auch auf die Transformation des Energiemarktes abzielt. Er stellte auf S. 11701 heraus:

„In der Zukunft nutzen wir diesen Hochtechnologiestandort nicht mehr, um fossiles Erdöl zu verarbeiten, nein, die PCK Schwedt und die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter vor Ort werden zur Lebensader einer sicheren und klimaneutralen Energieversorgung. Ich denke dabei vor allem an die Produktion von Wasserstoff und die Produktion grüner synthetischer Kraftstoffe. All das brauchen wir in der Zukunft. All das kann Schwedt in der Zukunft liefern."[87]

Die staatliche Treuhandverwaltung gem. § 17 I EnSiG und die Übertragung von Vermögensgegenständen des unter Treuhand gestellten Unternehmens auf andere Rechtsträger ist nur zulässig, um die Versorgungssicherheit zu gewährleisten. Keinesfalls darf sie dazu instrumentalisiert werden, die Energieagenda der Bundesregierung hin zu erneuerbaren Energien voranzutreiben. Ein Unternehmen unter staatliche Treuhand zu stellen, um die eigene politische Agenda voranzutreiben und die Geschäftstätigkeit des Unternehmens weg von fossilen Energieträgern hin zu grünem Wasserstoff und grünen synthetischen Kraftstoffen zu transformieren, dürfte in unzulässiger Weise in die Berufsfreiheit und unternehmerische Betätigung des Unternehmens und seiner Gesellschafter eingreifen. Auch dürfen sich der Staat, seine Vertreter oder der staatlich eingesetzte Treuhänder nicht zum De-facto-Eigentümer des Unternehmens aufschwingen, auch nicht durch öffentliche Kommentare („In der Zukunft nutzen wir …"). Jedoch sind die Äußerungen von Bundestagsabgeordneten der Regierungsfraktionen nicht dem BMWK zuzurechnen. Auch hatte das BMWK die Verlängerung der Treuhand lange vor der Debatte im Bundestag angeordnet, weil aus seiner Sicht die Voraussetzungen des § 17 I EnSiG weiter vorliegen. Pointierte Parlamentsdebatten sollten aus Sicht des Verfassers nicht überbewertet werden.

Schließlich will die Regierung offensichtlich die Entschädigung auf ein Minimum begrenzen und nach Möglichkeit ganz ausschließen. Vom SPD-Abgeordneten Hümpfer heißt es nämlich auf S. 11701 des Plenarprotokolls weiter:

„Wir haben die Verantwortung, keine Steuermittel zu verschwenden. Deshalb haben wir dafür gesorgt, dass das Gesetz eine Mitverschuldensklausel enthält, die dafür sorgt, dass der Anspruch auf Entschädigung gekürzt werden kann, wenn der Eigentümer des Unternehmens eine Mitschuld an der Maßnahme trägt. Das schafft eine deutliche Rechtssicherheit gegenüber den Gerichten und privaten Schiedsgerichten und spart uns im Fall der Fälle Geld, mit dem sparsam umzugehen wir verpflichtet sind."[88]

Dem Verfasser erscheint es problematisch, wenn der Gesetzgeber von Vornherein darauf abzielt, die für Enteignungen und enteignungsgleiche Vorgänge wie die Übertragung von Vermögensgegenständen des unter staatliche Treuhand gestellten Unternehmens auf andere Rechtsträger zu leistende Entschädigung auf „Null" zu minimieren. Damit erscheint die Regelung in § 17b V 1 EnSiG, dass sich die Entschädigung am Verkehrswert des übertragenen Vermögensgegenstands zu orientieren hat, wie ein bloßes Lippenbekenntnis. Aber auch hier gilt, dass pointierte Äußerungen im Parlament von Abgeordneten, die zwar einer Regierungsfraktion, nicht aber der Regierung angehören, nicht überbewertet werden sollten. Im Übrigen würde sich die Frage nach der Höhe der Entschädigung und einem im Einzelfall zu prüfenden etwaigen Mitverschulden nicht bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit der Vermögensübertragung durch das BVerwG gem. § 17b VII EnSiG stellen, sondern vielmehr bei der Prüfung der vom BMWK festzusetzenden Entschädigung, über die gem. § 17b VIII EnSiG der BGH in erster und letzter Instanz entscheidet.

Auch der Regierungssachverständige Professor Dr. Till Patrick Holterhus von der Leuphana-Universität Lüneburg hielt in seiner Stellungnahme vom 26.3.2023 zu dem Regierungsentwurf über das Mitverschulden eine Reduzierung der Entschädigung „potenziell bis auf null" für möglich.[89] In

83 BGBl. 2023 I Nr. 167.
84 BT-Drs. 20/5993.
85 BT-Drs. 20/1501, 36.
86 BT-Drs. 20/5993, 11.
87 Deutscher Bundestag, PlenProt. 20/97 v. 20.4.2023, S. 11701.
88 Deutscher Bundestag, PlenProt. 20/97 v. 20.4.2023, S. 11701.
89 Vgl. Stellungn. von Prof. Dr. Till Patrick Holterhus v. 26.3.2023 zum GE der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Energiesicherungsgesetzes und des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Ausschussdrs. 20(25) 320, 5.

diesem Zusammenhang stellt sich jedoch die Frage, worin denn das anspruchsausschließende Mitverschulden Rosnefts liegen soll. Es erscheint zweifelhaft, ob den deutschen Rosneft-Tochtergesellschaften der völkerrechtswidrige Überfall Russlands auf die Ukraine zugerechnet werden kann. Zudem richtete sich der Überfall gegen die Ukraine und nicht gegen Deutschland. Ob sich über das Verbot von Angriffskriegen gem. Art. 2 Nr. 4 der UN-Charta auch ein Verschulden gegen Deutschland begründen lässt, ist fraglich. Prof. Holterhus meinte zwar in seiner Stellungnahme zu der Novelle des EnSiG:

„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.“[90]

Allerdings müsste sich die Obliegenheit Rosnefts zur Gewährleistung der deutschen Energieversorgung aus dem Sowjetisch-Deutschen Investitionsschutzabkommen[91] ableiten lassen. Die in § 17 I EnSiG umschriebenen Aufgaben eines Unternehmens, das Kritische Infrastruktur im Energiesektor betreibt, seinen bisher geleisteten Beitrag zur Energieversorgung weiter zu erbringen,[92] sind gerade nicht maßgeblich. Denn die Entschädigungspflicht ist nach deutschem Recht gem. § 17b IV 2 EnSiG ja gerade ausgeschlossen, weshalb sich auch das Mitverschulden nicht aus dem deutschen Recht ableiten lässt. Ältere Investitionsschutzabkommen wie das Sowjetisch-Deutsche Investitionsschutzabkommen von 1989[93] begründen jedoch regelmäßig keine Investorenpflichten, jedenfalls nicht ausdrücklich. Die Verletzung etwaiger vertraglicher Lieferverpflichtungen Rosnefts, die sich nicht aus dem Investitionsschutzabkommen ableiten lassen, spielt allenfalls für die Rechtmäßigkeit der Treuhand aus Gründen der Versorgungssicherheit eine Rolle. In seiner zweiten Treuhandanordnung vom 15.3.2023 führte das BMWK zur Begründung der Verlängerung der staatlichen Treuhand aus:

„Seit dem Angriff Russlands auf die Ukraine und den Erfahrungen mit der Belieferung und der Speicherung russischen Erdgases ist die Zuverlässigkeit von Öllieferungen durch die Druschba-Pipeline substanziell infrage gestellt. Zuletzt hat Russland im Februar 2023 die Belieferung durch die Druschba-Pipeline unterbrochen. Dies zeigt erneut, dass die Belieferung mit russischem Rohöl, wie es beim Energieträger Gas bereits der Fall ist, von Russland als strategisches und politisches Druckmittel eingesetzt wird.“[94]

Als Doppelvoraussetzung sowohl für die Rechtmäßigkeit der Treuhandanordnung als auch für ein anspruchsausschließendes Mitverschulden lässt sich die Verletzung etwaiger vertraglicher Lieferverpflichtungen gegenüber anderen Unternehmen in Deutschland dagegen nicht rechtfertigen. Auch eine Übertragung der Gesellschaftsanteile an Tochterunternehmen gem. § 17b I EnSiG über die eigentliche Treuhandanordnung gem. § 17 I EnSiG hinaus („ … und 2. die bestehende Treuhandverwaltung nach § 17 nicht hinreichend geeignet ist, diesen Zweck zu erfüllen.“) lässt sich mit der Verletzung vertraglicher Lieferverpflichtungen nicht begründen. Denn eine sogenannte „Umbrella-Clause“ zur Einhaltung sämtlicher vertraglicher Verpflichtungen sieht das Sowjetisch-Deutsche Investitionsschutzabkommen[95] gem. Art. 7 II allenfalls für den Investitionsstaat („Jede Vertragspartei hält jede andere Verpflichtung ein, die sie in Bezug auf Kapitalanlagen von Investoren der anderen Vertragspartei in ihrem Gebiet übernimmt.“), nicht aber für den Investor vor. Deshalb ist nicht davon auszugehen, dass sich das BMWK bei der Übertragung von Vermögensgegenständen des unter staatliche Treuhand gestellten Unternehmens auf andere Rechtsträger einer Entschädigungsleistung gem. § 17 IV, V EnSiG kategorisch verschließen wird.

VI. Nach dem BVerwG-Urteil: Viergleisiger Rechtsschutz

Laut ihren Prozessbevollmächtigten[96] beabsichtigen die Gesellschafterinnen der deutschen Rosneft-Gesellschaften, zusätzlich zu ihren Anfechtungsklagen gegen die Verlängerungsanordnungen gem. § 17 VI EnSiG, viergleisig zu verfahren: Offenbar bereiten sie 1. gem. Art. 93 I Nr. 4a GG iVm § 90 I BVerfGG eine Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil des BVerwG wegen Verletzung ihres Prozessgrundrechts auf rechtliches Gehör gem. Art. 103 I GG vor. Zur Wahrung der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde haben sie beim BVerwG zunächst gem. § 152 I VwGO eine sogenannte Gehörsrüge erhoben. Ferner planen sie 2. eine Klage vor dem EuG wegen Verletzung des Jedermann-Grundrechts auf Schutz des Eigentums gem. Art. 17 I GRCh und 3. eine Beschwerde vor dem EGMR wegen Verstoßes gegen das Jedermann-Rechts auf Eigentum gem. Art. 1 I des Ersten Zusatzprotokolls zur EMRK. Schließlich streben die Gesellschafterinnen der Rosneft-Tochtergesellschaften 4. gegen die Bundesrepublik Deutschland offenbar eine Schiedsklage nach einem Investitionsschutzabkommen an. Nicht näher ausgeführt wurde, ob sich diese Schiedsklage nach dem Sowjetisch-Deutschen Investitionsschutzabkommen (SDI)[97] oder nach dem Energy Charter Treaty (ECT)[98] richten soll.

Ob dieser viergleisige Rechtsschutz Aussicht auf Erfolg hat, ist mit Spannung zu erwarten. Für den Verfasser lässt sich nicht beurteilen, ob das BVerwG tatsächlich den zentralen Vortrag missachtet und die Gesellschafterinnen der Rosneft-Tochtergesellschaften in ihrem Prozessgrundrecht auf rechtliches Gehör verletzt hat. Insofern dürfte die Entscheidung des BVerwG über die bereits erhobene Anhörungsrüge gem. § 152 I VwGO erste Anhaltspunkte liefern. Ein Verstoß gegen Art. 17 I GRCh und gegen Art. 1 I des Ersten Zusatzprotokolls zur EMRK erscheint dem Verfasser zweifelhaft. Denn auch im Rahmen der GRCh und der EMRK ist, wie bereits oben ausgeführt, die Sozialbindung des Eigentums zu berücksichtigen. Auswirkungen, die über diese Sozialbindung des Eigentums hinausgehen, scheinen bislang weder mit der ersten Treuhandanordnung noch mit ihrer erstmaligen Verlängerung eingetreten zu sein. Art. 4 des Sowjetisch-Deutschen Investitionsschutzabkommens schützt genauso wie Art. 13 ECT vor direkten und indirekten Enteignungen. Art. 10 I ECT geht noch darüber hinaus und garantiert stabile, gerechte, günstige und transparente Bedingungen für

90 Vgl. Stellungn. von Prof. Dr. Till Patrick Holterhus v. 26.3.2023 zum GE der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Energiesicherungsgesetzes und des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Ausschussdrs. 20(25) 320, 5.
91 BGBl. 1990 II 342 ff.
92 Vgl. BVerwG NVwZ 2023, 1326 Rn. 48.
93 BGBl. 1990 II 342 ff.
94 BAnZ AT 15.3.2023 B2, 2.
95 BGBl. 1990 II 342 ff.
96 Vgl. Rosneft versus Federal Ministry for Economics and Climate Protection, abrufbar unter https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:7097591084687450112/.
97 BGBl. 1990 II 342 ff.
98 https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf.

Investoren („stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors"). Ob die Gesellschafterinnen der deutschen Rosneft-Tochtergesellschaften sich auf die genannten Investitionsschutzabkommen berufen können, bleibt jedoch ebenfalls abzuwarten.

Denn Mehrheitseigner des Rosneft-Konzerns ist der Russische Staat. Staatsunternehmen fallen regelmäßig nicht unter den Schutz von Investitionsschutzabkommen.[99] Nicht zu vergessen ist jedoch, dass die Aktien von Rosneft an der Moskauer Börse gehandelt, über 40 Prozent der Anteile von ausländischen Investoren gehalten werden und es zudem eine signifikante Zahl an Kleinaktionären gibt.[100] Im Falle des Energy Charter Treaty kommt aber hinzu, dass die russische Regierung dieses Abkommen zwar unterzeichnet, jedoch nicht ratifiziert hat. Gemäß Art. 45 ECT könnte der Energy Charter Treaty in Bezug auf Russland somit allenfalls vorläufig Anwendung finden. Im Yukos-Verfahren beruft sich die russische Regierung darauf, dass die Schiedsklausel des Art. 26 ECT gegen sie gerade nicht gilt. Denn ihrer Behauptung nach verstoßen Investitionsschiedsverfahren gegen die russische Verfassung.[101] Möglicherweise muss sich der Rosneft-Konzern als im Mehrheitseigentum des russischen Staates stehende Unternehmensgruppe hieran festhalten lassen. Auch machte die deutsche Regierung kürzlich von ihrem Recht gem. Art. 17 ECT Gebrauch. Gemäß Art. 17 ECT kann ein Vertragspartner die Vorteile aus Teil III des Energy Charter Treaty, insbesondere aus Art. 10 und Art. 13 ECT, gegenüber einer juristischen Person verweigern, wenn Staatsbürger oder Staatsangehörige eines dritten Staates Eigentümer dieser juristischen Person sind oder diese kontrollieren und wenn diese juristische Person keine nennenswerte Geschäftstätigkeit im Gebiet der Vertragspartei ausübt, in der sie gegründet wurde. Das BMWK erklärte mit Schreiben vom 15.3.2023[102] gegenüber dem Energy Charter-Sekretariat:

„… As you are aware, the Russian Federation signed the Energy Charter Treaty („ECT) on 17 December 1994, but did not ratify it. On 6 August 2009, the Russian Federation has publicly announced that it would not ratify, but withdraw from the ECT.

Against this background and for the sake of good order, the Federal Republic of Germany hereby informs that it exercises its right under Article 17 ECT and denies the advantages of Part III ECT to:

i. any legal entity owned or controlled by citizens or nationals of the Russian Federation and without any substanzial business activites in the Area of the Contracting Party in which it is organized (Article 17.1 ECT)…"

Übersetzung des Verfassers:

„… Wie Ihnen bekannt ist, unterzeichnete die Russische Föderation am 17.12.1994 den Energy Charter Treaty, ratifizierte ihn jedoch nicht. Am 6.12.2009 hat die Russische Föderation öffentlich angekündigt, das Abkommen nicht mehr zu ratifizieren, sondern es vielmehr aufzukündigen.

Vor diesem Hintergrund und der guten Ordnung halber informiert Sie die Bundesrepublik Deutschland darüber, dass sie ihr Recht gem. Art. 17 ECT ausübt und die Rechte aus dem III. Teil des Abkommens verweigert gegenüber i. einer juristischen Person, die im Eigentum von Bürgern oder Staatsangehörigen der Russischen Föderation steht oder von ihnen kontrolliert wird und keine nennenswerte wirtschaftliche Tätigkeit auf dem Gebiet des Vertragsstaates, in dem sie organisiert ist, ausübt (Art. 17.1 ECT)."

Zumindest die Erklärung gem. Art. 17 ECT dürfte einer möglichen Schiedsklage der Gesellschafterinnen der deutschen Rosneft-Tochtergesellschaften nach dem Energy Charter Treaty aber nicht entgegenstehen. Zwar sind zwischen die Rosneft-Konzernobergesellschaft, die in Russland operativ tätig ist, und die deutschen Tochtergesellschaften offenbar Zwischenholdings dazwischengeschaltet. Selbst wenn diese kein eigenes wirtschaftliches Geschäft haben sollten, wäre ihnen jedoch eine eigene Schiedsklage nicht gem. Art. 17 ECT verwehrt. Abzustellen wäre nämlich auf die gesamte Rosneft-Unternehmensgruppe und damit auch auf die in Russland operativ tätige Konzernobergesellschaft. Auch erfolgte die Erklärung gem. Art. 17 ECT erst am 15.3.2023. Die erste Treuhandanordnung trat am 16.9.2022 in Kraft und lief zum 15.3.2023 bereits wieder aus. Der Schutz des III. Teils des ECT kann nicht rückwirkend für in der Vergangenheit bereits abgeschlossene Sachverhalte ausgeschlossen werden. Zudem zeigt die Datumsübereinstimmung (Verlängerung der Treuhand am 15.3.2023; Erklärung gem. Art. 17 ECT ebenfalls am 15.3.2023), dass die Erklärung aus Anlass eines einzelnen, ganz konkreten Konflikts erfolgt ist. Der Investitionsstaat kann sich jedoch nicht einem konkreten rechtlichen Konflikt in Folge bereits vollzogener Maßnahmen durch eine Erklärung gem. Art. 17 ECT nachträglich entziehen. Vielmehr kann der Schutz des III. Teils des ECT nur abstrakt für die Zukunft verneint werden. Alles andere wäre aus Sicht des Verfassers treuwidrig. Denn solange der Investitionsstaat keine Erklärung gem. Art. 17 ECT abgibt, darf der Investor davon ausgehen, dass seine Investition durch den Energy Charter Treaty geschützt ist.

VII. Fazit und Ausblick

Für die staatliche Treuhandverwaltung von Unternehmen der kritischen Infrastruktur gem. § 17 EnSiG gilt: Die Grundrechte des GG, der GRCh und der EMRK treten auch in Krisenzeiten nicht zurück. Völkerrechtliche Investitionsschutzabkommen, selbst mit einem Aggressor wie Russland, dürfen nicht missachtet, Entschädigungen für Enteignungen nicht ausgeschlossen werden. Die pointierte Debatte im Bundestag vom 20.4.2023 sollte in diesem Zusammenhang jedoch nicht überbewertet werden. Gemäß § 17 II 2 EnSiG darf die staatliche Treuhandverwaltung nur verlängert werden, wenn ihre Voraussetzungen weiterhin vorliegen, wenn also weiterhin die Gefahr besteht, dass die Unternehmen ohne Fortsetzung der Treuhandverwaltung ihre dem Funktionieren des Gemeinwesens im Sektor Energie dienende Aufgabe nicht erfüllen können. Jede weitere Verlängerung der Treuhand müsste allerdings angesichts ihrer fortgeschrittenen Dauer besonders genau begründet werden.[103] Die bloße Befürchtung von Overcompliance-Reaktionen dürfte nicht mehr ausreichen. Auch ein möglicher Vertrauensverlust bei Vertragspartnern allein dürfte eine erneute Verlängerung der Treuhand nicht mehr rechtfertigen. Ob die allgemeinen Ausführungen des BMWK in seiner dritten Treuhandanordnung vom 7.9.2023 ohne entsprechende Konkretisierungen für eine abermalige Verlängerung der Treuhand ausreichen, ist daher fraglich.

99 Vgl. zur Nordstream 2-AG und ihrem Mutterkonzern Gazprom etwa Fölsing SchiedsVZ 2021, 223 (228).
100 Vgl. Malmendier UKuR 2023, 151 (154).
101 Vgl. Fölsing SchiedsVZ 2021, 223 (228).
102 Abrufbar unter https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Occasional/0097-IN-17 032 023-Germany__BMWK_original.pdf.
103 Vgl. BVerwG NVwZ 2023, 1326 Rn. 109.

„Wesentliche Verträge von Rosneft Deutschland und RN Refining & Marketing enthalten Sonderkündigungsrechte für die jeweiligen Vertragspartner für den Fall, dass die Treuhandverwaltung ausläuft. Daher droht mit Auslaufen der Treuhandverwaltung eine erhebliche Einschränkung des Geschäftsbetriebs der Rosneft Deutschland und RN Refining & Marketing aufgrund von Overcompliance-Verhalten von Vertragspartnern, die betriebsnotwendige Dienstleistungen zur Verfügung stellen oder Rohöl liefern.“[104]

Denn die staatliche Treuhand dient ja gerade dazu, das Vertrauen des Marktes wieder zu stärken. Konnte dieses Ziel innerhalb der bereits ein Jahr andauernden Treuhandverwaltung nicht erreicht werden, ist die Treuhand möglicherweise kein geeignetes Mittel. Dann müsste der Staat nach geeigneten Alternativen für die Gewährleistung der Versorgungssicherheit durch andere Unternehmen suchen. Sollte mit der weiteren Verlängerung der Treuhand eine Vermögensübertragung gem. § 17b EnSiG beabsichtigt werden, wäre dies bereits bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Verlängerungsanordnung selbst zu berücksichtigen. Denn dann würde der Betroffene mit der Treuhandanordnung ein Stück näher an seine eigene, wie auch der Gesetzgeber anerkennt,[105] Enteignung gem. § 17b EnSiG herangerückt. Nicht nur die Vermögensübertragung selbst, sondern auch die Schaffung ihrer Voraussetzungen muss jedoch Ultima Ratio bleiben.[106]

104 BAnZ AT 8.9.2023 B1, 3.
105 BT-Drs. 20/5993, 11.
106 Vgl. Malmendier UKuR 2013, 1551 (152).