

Teil 1: Einleitung und Rechtsfigur der Zertifizierung	19
A. Problemaufriss	19
I. Ein neuer Markt für Transportnetze	19
II. Staatliche Reaktionsmöglichkeiten	22
B. Gegenstand und Gang der Untersuchung	24
I. Rechtsrahmen – Drittes Liberalisierungspaket und EnWG	24
II. Gang der Untersuchung	25
C. Zertifizierung nach § 4b EnWG als Zulassungsbeschränkung	25
I. Abkehr vom Protektionismus – „Gazprom-Klausel“ im Wandel	26
II. Zertifizierung nach §§ 4a, 4b EnWG als Zulassungsbeschränkung	30
1. Neues Instrumentarium im EnWG	30
2. Allgemeine Konfliktlinien im Rahmen von § 4b EnWG	31
3. Doppelte Zielrichtung im Rahmen von § 4b EnWG	32
III. Anwendungsbereich von § 4b EnWG	33
1. Persönlicher Anwendungsbereich – Personen aus Drittstaaten	34
a. „Personen“ – juristische Personen	34
b. „Aus Drittstaaten“ – Anknüpfungspunkt für die Bestimmung der Staatszugehörigkeit	35
1) Kein Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten	35
2) Bestimmung der Staatszugehörigkeit	36
3) Zwischenergebnis	39
2. Sachlicher Anwendungsbereich – Kontrollerwerb	39
a. Verweis auf Kontrollbegriff der FKVO	40
b. Sonderproblem: Erwerb über Tochtergesellschaft im Inland	42
1) Rein innerstaatlicher Sachverhalt oder Umgehung?	42
2) Auslegung der Drittstaatenklausel – Unterscheidung zwischen Erwerb und Kontrolle	44

c. Sonderproblem: Mehrheit von kontrollierenden Personen	47
1) Gemeinsame Kontrolle im Sinne der FKVO	47
2) Sonderfall: Gemeinsame Kontrolle von EU- und drittausländischen Unternehmen	49
3. Zeitlicher Anwendungsbereich – erstmalige und bereits getätigte Investitionen	50
IV. Besonderes Verfahren im Rahmen von § 4b EnWG	51
1. Verfahrensziele	51
a. Zertifizierung nach §§ 4a, 4b EnWG	51
b. Benennung i.S.v. § 4a EnWG	53
c. Genehmigung nach § 4 EnWG	53
2. Gang des Zertifizierungsverfahrens im Einzelnen	54
3. Bewertung	57
4. Darlegung der entscheidungserheblichen Tatsachen	58
D. Zwischenfazit	60
Teil 2: Wettbewerbsförderung durch Entflechtung im Rahmen der Drittstaatenklausel	61
A. Ausgangspunkt: Zertifizierungsvoraussetzung gem. § 4b EnWG	61
B. Entflechtungsregulierung und Entflechtungsmodelle	62
I. Motive einer Entflechtungsregulierung im Energiebereich	63
1. Ausgangslage im Energiebereich	63
2. Transportnetze als natürliche Monopole	63
3. Vertikal integrierte Unternehmen	66
4. Flankierende Aufgaben einer Entflechtungsregulierung	68
II. Entflechtungsmodelle nach dem EnWG	70
1. Eigentumsrechtliche Entflechtung – Ownership Unbundling (OU)	70
a. OU als massiver Eingriff in die Konzernstruktur	70
b. Minderheitsbeteiligungen im Rahmen des OU	72
1) „Kontrolle“ und „Rechte“ im Sinne von § 8 Abs. 2 Satz 6 EnWG	72
2) Wesentliche Minderheitsrechte durch Stimmrechte gem. § 8 Abs. 2 Satz 6 Nr. 1 EnWG	73
3) Halten von Mehrheitsbeteiligungen gem. § 8 Abs. 2 Satz 6 Nr. 3 EnWG	75

c. Systematik und Fallgruppen der Minderheitsbeteiligungen	76
1) Konfliktpotenzial	76
2) Beteiligungen am TNB zwischen 0,1% und 25%.	77
3) Beteiligungen am TNB zwischen 50% und 100%.	77
4) Beteiligungen am TNB zwischen 25,01% und 49,9%.	78
(1) Differenzierende Betrachtung	78
(2) Aktienrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten	79
(3) GmbH-rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten	81
d. Einschränkende Auslegung der OU-Vorschriften	82
e. Fazit zum OU	82
2. Unabhängiger Netzbetreiber – Independent System Operator (ISO)	83
a. Treuhand-Charakter des ISO	83
b. Voraussetzungen gem. § 9 EnWG	83
3. Unabhängiger Transportnetzbetreiber – Independent Transmission Operator (ITO)	84
a. ITO als „3rd option“	84
b. Anforderungen an den ITO	85
c. Mindesteinfluss durch das Aufsichtsorgan gem. § 10d EnWG	89
d. Überwachung und Rolle der Regulierungsbehörde	92
e. Fazit zum ITO	93
III. Wahl der Entflechtungsmodelle	94
1. Wahlrecht bezüglich (selektiver) Umsetzung in nationales Recht	94
2. Wahlrecht bezüglich konkret anzuwendendem Entflechtungsmodell	95
a. Strikte Entscheidung für ein OU	95
b. Mehrheit von Entflechtungsmodellen	96
c. Situation im Rahmen von Art. 11 Strom/Gas-RL	96

C. Konflikte im Rahmen der Entflechtungsregulierung	98
I. Einleitung und Regelfall – Anwendungsbereich von § 6 EnWG	98
1. Angriffspunkt der Entflechtungsregulierung und Fallbeispiel	98
2. Geographischer und tätigkeitsbezogener Regelfall	100
a. Bezug zum Fallbeispiel	100
b. Normativer Anknüpfungspunkt – § 3 Nr. 38 EnWG und Art. 2 Nr. 21 Strom/Gas-RL	101
II. Tätigkeitsbezogene Konfliktfälle – Behandlung von Finanzinvestoren?	104
1. Bezug zum Fallbeispiel	104
2. Energierechtliche Dogmatik	105
3. Beschlusspraxis der BNetzA und EU-Kommission	107
a. Dogmatik der BNetzA – Einschränkende Auslegung der OU-Vorschriften	107
b. Methodik der BNetzA – Marktbezogene Einzelfallprüfung	109
4. Zwischenergebnis	113
III. Geographische Konfliktfälle – Entflechtung außerhalb des Binnenmarktes?	113
1. Bezug zum Fallbeispiel	113
2. Märkte ohne wirtschaftlichen und technischen Bezug zum Binnenmarkt	114
a. Problematik	114
b. Energierechtliche Dogmatik	115
1) Wortlaut und Systematik	115
2) Unionsrechtskonforme Umsetzung	116
3) Teleologische Betrachtung	118
c. Beschlusspraxis der BNetzA und EU-Kommission	119
d. Zwischenergebnis	120
3. Märkte mit technischem und wirtschaftlichen Bezug zum Binnenmarkt	120
a. Problematik	120
b. Die energierechtliche Dogmatik	120
c. Die völkerrechtliche Dogmatik	121
d. Zukünftiges politisches Ziel der Reziprozität?	122
IV. Zwischenergebnis	124

D. Völkerrechtliche Implikationen der Entflechtungsregulierung	125
I. Problematik einer binnenmarktüberschreitenden Entflechtung	125
1. Einführung	125
2. Drittäusländisches Mutterunternehmen als Adressat der Entflechtungsregulierung	126
a. Verkaufszwang am Beispiel des OU	126
b. Einzelne Rechtspflichten am Beispiel des ITO	127
3. Konsequenzen und Konfliktpotenzial	128
II. Völkerrechtliche Dogmatik – das Auswirkungsprinzip	130
1. Das Auswirkungsprinzip als völkerrechtlicher Rechtfertigungstatbestand	130
2. Rechtsgrundlage im Rahmen der Entflechtungsregulierung	133
3. Anwendung im Rahmen der Entflechtungsregulierung	134
III. Extraterritoriale Wirkung der Entflechtungsvorschriften	135
1. Auslandsanknüpfung und Auslandsregelung im Rahmen des ITO	135
2. Verkaufszwang im Rahmen des OU bezgl. Tochtergesellschaften in Drittstaaten	136
3. Praxisprobleme: Informationsbeschaffung und Zustellung	137
IV. Grenzen und Jurisdiktionskonflikte	138
1. Grenzen einer extraterritorialen Wirkung	138
2. Konkreter Jurisdiktionskonflikt am Beispiel der „cooling-off“ Periode	140
3. Lösungsvorschlag unter Berücksichtigung der besonderen Antragssituation	141
E. Zwischenfazit	145
Teil 3: Energieversorgungssicherheitsprüfung im Sinne der Drittstaatenklausel	147
A. Ausgangspunkt: Zulassungsbeschränkung gem. § 4b EnWG	147
B. Energieversorgungssicherheitsprüfung des BMWi	150
I. Grundsatz: Umfassender Begriff der Energieversorgungssicherheit	150
1. Definitionen, Ziele und Facetten	150

2. Rechtsquellenvielfalt	152
II. Netzbezug – Relevante Risiken für die Energieversorgungssicherheit	154
1. Ausgangspunkt	154
2. Ausstattung des TNB	155
3. Sicherung des Investitionsflusses in die Infrastruktur	158
a. Der Netzentwicklungsplan	158
b. Anwendungsbereich des Netzentwicklungsplans	159
c. Vereinbarkeit der sekundärrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten mit den EU-Grundrechten	161
4. Kompetenzüberschneidungen	165
5. Bewertungsgrundlage und Darlegungslasten	166
III. Eingrenzung: Politische Energieversorgungssicherheitsprüfung des BMWi	169
1. Ausgangspunkt: Methodische Betrachtung der Drittstaatenklausel	169
a. Lex specialis zu § 4a EnWG	170
b. Richtlinienkonforme Auslegung	171
2. Spezifische Risiken im Rahmen von § 4b EnWG	172
a. Der Netzbetrieb unter (fremd-)politischem Einfluss – Staatsfonds und Staatsunternehmen	173
b. Zunahme von Abhängigkeiten durch eine Zertifizierung	177
c. Gefährdung des Investitionsklimas durch Protektionismus	179
3. Bewertungsgrundlage	180
a. Systematik: Konkretisierung durch § 4b EnWG	180
b. Relevanz völkerrechtlicher Abkommen zum Investitionsschutz	183
c. Relevanz sonstiger völkerrechtlicher Abkommen im Energiebereich	183
d. Aspekte des Einzelfalls	184
IV. Zwischenfazit	185
C. Hintergrund: Energieaußenbeziehungen im Wandel	185
I. Zukünftige Vorreiterrolle der EU – Art. 194 AEUV	186
1. Zielkatalog und explizite Energiekompetenz	186
2. Außenkompetenz der EU im Energiebereich?	188

II. Kurz- und mittelfristige Maßnahmen: Unionsweiter Informationsaustausch	191
1. Beschluss Nr. 994/2012/EU	191
2. Bewertung	193
III. Langfristiges Ziel: Einheitliche Energieaußenpolitik der EU	195
1. Perspektiven und mögliche Inhalte zukünftiger Abkommen	195
2. Der ECT als sektorspezifisches Vertragswerk	197
a. Hintergrund und Inhalte	197
b. Ausblick	198
3. Energieaußenpolitik am Beispiel des Partnerschaftsabkommens und des Energiedialogs EU-Russland	199
a. Partnerschaftsabkommen und Energiedialog	199
b. Status quo – Mangel an Rechtsverbindlichkeit	202
IV. Relevanz für die Drittstaatenklausel	204
1. Kompetenz für zukünftiges völkervertragliches Vorgehen im Rahmen der Drittstaatenklausel	205
2. Beseitigung von Informationsdefiziten und Ausblick	207
D. Rechtliche Maßstäbe für eine Gefahrprognose im Rahmen von § 4b EnWG	210
I. Ermittlung des Sachverhalts	210
II. Beurteilungsspielraum im Rahmen der Energieversorgungssicherheitsprüfung	212
1. Figur des Beurteilungsspielraums	212
2. Methodische Auslegung von § 4b EnWG	215
a. Grammatikalische Auslegung	215
b. Systematische Auslegung	215
1) Struktur des § 4b Abs. 3 EnWG	215
2) Zertifizierungsverfahren unter Mitwirkung der Europäischen Kommission	216
c. Sinn und Zweck – insbesondere politische Tragweite	218
1) Indizwirkung: Prognoseentscheidung und komplexer Sachverhalt	218
2) Politische Tragweite	220
d. Ergebnis zum Beurteilungsspielraum	223
E. Zwischenfazit	225

Teil 4: Drittstaatenklausel im investitionsschutzrechtlichen Kontext	227
A. Relevanz des völkerrechtlichen Investitionsschutzes	227
I. Problemaufriss	227
II. Kompetenzen im Wandel – Art. 207 AEUV	229
III. Sekundärrecht und völkerrechtliche Investitionsschutzabkommen	233
1. Investitionsschutzabkommen der EU	233
2. Investitionsschutzabkommen der Mitgliedstaaten	234
B. Vereinbarkeit der Drittstaatenklausel mit dem völkerrechtlichen Investitionsschutz	235
I. Vorbemerkungen zum Prüfungsmaßstab	235
II. Anwendungsbereich von Investitionsschutzabkommen	236
1. Sachlicher Anwendungsbereich – Investition	236
2. Personeller Anwendungsbereich – Investor	238
3. Sonderproblem: Indirekte Investition über Tochtergesellschaften	239
4. Zeitliche Einordnung der Investitionen	242
a. Verweigerung des erstmaligen Marktzutritts – „pre-establishment“ Phase	242
b. Eingriffe in die Unternehmensstruktur – „post-establishment“ Phase	243
III. Standards zur Schaffung eines positiven Investitionsklimas	245
1. Recht auf Marktzutritt	245
a. Spezielle Zugangsregeln?	245
b. Relevanz des Grundsatzes der „fairen und billigen Behandlung“ – „fair and equitable treatment“	246
c. Auswirkungen auf die Drittstaatenklausel	247
2. Grundsatz der Inländergleichbehandlung – „national treatment“	250
3. Grundsatz der Meistbegünstigung – „Most favoured nation treatment“	252
IV. Zulässigkeit eingriffsintensiver Maßnahmen zur Sicherung der Energieversorgung	253
1. Tatbestandliche Vorgaben	253
2. Sonderproblem der rein regulativen Eingriffe	254
a. Problematik: Investitionsschutz vs. innerstaatliche Politikgestaltung	255

b. Praxis der Schiedsgerichte	256
c. Fazit und Bezug zu § 4b EnWG	258
3. Maßnahmen im Rahmen von § 4b EnWG als indirekte Enteignungen?	260
a. Verweigerung der Neuzertifizierung – Entzug einer staatlichen Erlaubnis	260
b. Neuzertifizierung unter Entflechtungsvoraussetzungen	262
1) OU-Modell – Zwangsverkauf	262
2) ITO-Modell – Kontrollverlust	263
c. Entschädigung	268
C. Völkerrechtliche Investitionsschutzabkommen der EU	268
I. Energiecharta-Vertrag – Investitionsschutzrechtliche Besonderheiten	269
1. Investitionsschutzrechtlicher Anwendungsbereich des ECT	269
2. Anspruch Marktzulassung und allgemeine Investitionsförderung	269
3. Eingriffsintensive Maßnahmen	270
II. Investitionsschutz im Rahmen des GATS	271
1. Handel mit Dienstleistungen durch „kommerzielle Präsenz“	271
2. Recht auf Marktzugang nach dem GATS im Hinblick auf § 4b EnWG?	273
a. Ausgangslage	273
b. Anwendungsbereich von Art. 16 GATS – Marktzugang	274
1) Erfordernis spezifischer Verpflichtungen	274
2) Energiebereich im Rahmen des GATS	275
c. Anwendungsbereich von Art. 2 GATS – Meistbegünstigung	275
3. Fazit zum GATS	278
III. Ausblick und zukünftige Abkommen	278
D. Völkerrechtliche Investitionsschutzabkommen der Bundesrepublik	280
E. Zwischenfazit	280

Teil 5: Auslandserwerb und europäische Grundfreiheiten	283
A. Abgrenzung zwischen Niederlassungsfreiheit und Kapitalverkehrsfreiheit	283
I. Besondere Relevanz bei Drittstaatenbezug	283
II. Rechtsprechung des EuGH	284
1. Rechtsprechung zum Gesellschaftsrecht – insbesondere „Golden Shares“	284
2. Rechtsprechung zum Steuerrecht	288
III. Fazit und Bewertung	290
B. Rechtsschutz für Personen aus Drittstaaten	293
I. Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit im Rahmen von § 4b EnWG	293
II. Exkurs: Netzerwerb von Energieunternehmen aus Drittstaaten unterhalb der Kontrollschwelle	294
C. Rechtsschutz für Personen aus der EU	294
I. Erwerbsverbot im Binnenmarkt – Konfliktlinien und Rechtsgrundlagen	294
II. Rechtsgrundlagen	297
1. „Level-playing-field“ Klausel gem. Art. 43 Strom/Gas-RL	297
2. Erwerbsverbot gem. Art. 9 Abs. 12 Strom/Gas-RL	299
3. Zwischenergebnis	302
D. Rechtfertigung eines Erwerbsverbots im Binnenmarkt	302
I. Anknüpfungspunkt der Prüfung – Abschließendes Sekundärrecht?	303
II. Eingriff in den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit	304
1. Schutzbereich	304
2. Diskriminierung	305
3. Allgemeines Beschränkungsverbot	306
III. Rechtfertigung	307
1. Anknüpfungspunkt einer Rechtfertigungsprüfung	307
2. Rechtfertigungsgründe	308
3. Verhältnismäßigkeit	309
a. Geeignetheit	310
b. Erforderlichkeit	312
c. Angemessenheit – umfassende Abwägung im Einzelfall	315

E. Zwischenfazit	318
Teil 6: Ergebnisse und Ausblick	321
A. Ergebnisse	321
I. Zertifizierung gemäß § 4b EnWG als Zulassungsbeschränkung	321
II. Wettbewerbsförderung durch Entflechtung	322
III. Erhaltung der Energieversorgungssicherheit	323
IV. Drittstaatenklausel im investitionsschutzrechtlichen Rechtsrahmen	324
V. Netzkontrolle und Grundfreiheiten	325
B. Bewertung und Ausblick	325
Literaturverzeichnis	329