

PJSC Gazprom auch EU-Kommission Entsch. v. 24.5.2018 – Fall AT.39816 Rn. 5 f. – Upstream gas supplies in Central and Eastern Europe).

Die Gazprom Germania war im Bereich der Gasversorgung auf zahlreichen Stufen der internationalen und deutschen Wertschöpfungsketten aktiv (s. zu den Aktivitäten der Gazprom Germania BMWK, Anordnung gem. § 6 AWG bez. der Anteile an der Gazprom Germania GmbH vom 4.4.2022, BAnz AT 4.4.2022 B13, 1; BMWK, Anordnung gem. § 17 EnSiG bez. der Anteile an der Gazprom Germania GmbH vom 17.6.2022, BAnz AT 17.06.2022 B15, 1).

Über ihre Tochtergesellschaft Gazprom Marketing & Trading Ltd trat die Gazprom Germania als Nachfragerin von Erdgas, Flüssigerdgas und Flüssiggas auf den internationalen Gasbeschaffungsmärkten auf und war im Gastrading aktiv. Das über die Gazprom Marketing & Trading Ltd beschaffte Gas setzte sie über ihre Tochtergesellschaft Wingas GmbH auf dem nachgelagerten deutschen Gasgroßhandelsmarkt an regionale Gasversorger, Stadtwerke, Industriekunden und Kraftwerke ab (s. BMWK, Anordnung gem. § 6 AWG bez. der Anteile an der Gazprom Germania GmbH vom 4.4.2022, BAnz AT 4.4.2022 B13, 1; BMWK, Anordnung gem. § 17 EnSiG bez. der Anteile an der Gazprom Germania GmbH vom 17.6.2022, BAnz AT 17.6.2022 B15, 1). Die Marktstellung der Wingas GmbH auf dem deutschen Gasgroßhandelsmarkt war mit rund 20 % Marktanteil erheblich (siehe Wingas Factsheet vom Januar 2020, abrufbar unter [https://www.wingas.com/fileadmin/Wingas/content/04\\_Unternehmen/2020-01-31-Factsheet\\_DE\\_WEB-1seitig-RZ-vro.pdf](https://www.wingas.com/fileadmin/Wingas/content/04_Unternehmen/2020-01-31-Factsheet_DE_WEB-1seitig-RZ-vro.pdf), zuletzt abgerufen am 13.02.2023).

Über die Tochtergesellschaft Astora GmbH betrieb die Gazprom Germania zudem Erdgasspeicher in Deutschland, deren Kapazität sich auf etwa ein Fünftel der in Deutschland vorgehaltenen Speicherkapazität belief (BMWK, Anordnung gem. § 6 AWG bez. der Anteile an der Gazprom Germania GmbH vom 4.4.2022, BAnz AT 4.4.2022 B13, 1; BMWK, Anordnung gem. § 17 EnSiG bez. der Anteile an der Gazprom Germania GmbH vom 17.6.2022, BAnz AT 17.06.2022 B15, 1; s. auch Wingas Factsheet vom Januar 2020, abrufbar unter [https://www.wingas.com/fileadmin/Wingas/content/04\\_Unternehmen/2020-01-31-Factsheet\\_DE\\_WEB-1seitig-RZ-vro.pdf](https://www.wingas.com/fileadmin/Wingas/content/04_Unternehmen/2020-01-31-Factsheet_DE_WEB-1seitig-RZ-vro.pdf), zuletzt abgerufen am 13.2.2023). Schließlich betrieb die Gazprom Germania, wiederum über eine Tochtergesellschaft, Gasnetze in Deutschland (BMWK, Anordnung gem. § 6 AWG bez. der Anteile an der Gazprom Germania GmbH vom 4.4.2022, BAnz AT 4.4.2022 B13, 1; BMWK, Anordnung gem. § 17 EnSiG bez. der Anteile an der Gazprom Germania GmbH vom 17.6.2022, BAnz AT 17.6.2022 B15, 1.).

## 2. Anordnung des BMWK vom 4.4.2022 gemäß § 6 AWG bezüglich der Anteile an der Gazprom Germania GmbH

Am 4.4.2022 ordnete das BMWK auf der Grundlage von § 6 Abs. 1 S. 1 AWG iVm §§ 4 Abs. 1 Nr. 4, 13 Abs. 6 AWG die Treuhandverwaltung hinsichtlich sämtlicher Stimmrechte aus Geschäftsanteilen an der Gazprom Germania durch die BNetzA bis zum 30.9.2022 an.

Hintergrund der Treuhandanordnung auf Grundlage des AWG war ein Veräußerungsvorgang, der dem BMWK gem. § 55a Abs. 4 AWV hätte gemeldet werden müssen, aber ohne entsprechende Meldung vollzogen wurde. Die Gazprom Export hatte am 25.3.2022 100 % der Anteile an der Gazprom Germania an eine Gesellschaft namens Gazprom export business services LLC mit Sitz in Russland übertragen. Wenige Tage später wurden 0,1 % der Anteile an dieser Gesellschaft an eine Gesellschaft namens Palmary veräußert. Da die bei der Gazprom export business services LLC verbliebenen restlichen Anteile in Höhe von 99,9 % stimmrechtslos waren, kontrollierte die russische Palmary die Gazprom Germania allein. Unklar war nach Auffassung des BMWK, wer wirtschaftlich und rechtlich hinter Palmary stand. Am 1.4.2022 fasste die Gazprom export business services LLC sodann unter Verstoß gegen das Verbot der Stimmrechtsausübung nach § 15 Abs. 4 S. 1 AWG den Beschluss, die Gazprom Germania zu liquidieren. Im Beschluss wurde die Geschäftsführung der Gazprom Germania angewiesen, die freiwillige Liquidierung durchzuführen (BMWK, Anordnung gem. § 6 AWG bez. der Anteile an der Gazprom Germania GmbH vom 4.4.2022, BAnz AT 4.4.2022 B13, 1).

- 7 Da die Beteiligten ihrer Meldepflicht nach § 55a Abs. 4 S. 1 AWW nicht nachgekommen waren und zudem gegen das Verbot der Stimmrechtsausübung nach § 15 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 AWG verstoßen und eine Liquidierung der Gazprom Germania beschlossen hatten, ordnete das BMWK zur Sicherung des Erhalts der Gazprom Germania die Treuhandverwaltung an, die es bis zum 30.9.2022 befristete (s. BMWK, Anordnung gem. § 6 AWG bez. der Anteile an der Gazprom Germania GmbH vom 4.4.2022, BAnz AT 4.4.2022 B13, 2).

### **3. Anordnung des BMWK vom 17.6.2022 gemäß § 17 EnSiG bezüglich der Anteile an der Gazprom Germania GmbH**

- 8 Seit Inkrafttreten des § 17 EnSiG am 22.5.2022 steht dem BMWK die Möglichkeit offen, jenseits der Maßnahmen nach dem AWG die Treuhand über Unternehmen anzuordnen, die eine kritische Infrastruktur iSd § 2 Abs. 10 BSI-Gesetz im Sektor Energie betreiben.
- 9 Von dieser Möglichkeit hat das BMWK am 17.6.2022 gegenüber der Gazprom Germania Gebrauch gemacht. Es hat dabei die Anordnung vom 4.4.2022 nach § 6 AWG nicht aufgehoben, sondern lediglich den Vorrang der Anordnung vom 17.6.2022 angeordnet (s. Tenorziffer 6 der Anordnung vom 17.6.2022).
- 10 Hintergrund der Treuhandanordnung aufgrund des § 17 EnSiG waren die weiterhin bestehende Unsicherheit bezüglich der Eigentümerstellung sowie die Wahrnehmung der tatsächlichen oder potenziellen Anteilseigner der Gazprom Germania durch andere Marktteilnehmer. Diese Umstände führten dazu, dass sich Vertragspartner von der Gazprom Germania und ihren Tochterunternehmen lösen wollten. Die AWG-Anordnung vom 4.4.2022 konnte diese Situation aufgrund der engen zeitlichen Befristung bis zum 30.9.2022 nicht auflösen. Aufgrund von Sanktionen seitens der Russischen Föderation am 11.5.2022 entstand darüber hinaus ein erhöhter Finanzierungsbedarf für die Betriebsfortführung der Gazprom Germania, der unter der am 4.4.2022 angeordneten Treuhandverwaltung nicht gedeckt werden konnte, sodass erhebliche Insolvenzrisiken für die Gazprom Germania bestanden (s. zu allem Vorstehenden BMWK, Anordnung gem. § 17 EnSiG bez. der Anteile an der Gazprom Germania GmbH vom 17.6.2022, BAnz AT 17.6.2022 B15, 1 f.).
- 11 Aufgrund der operationellen und finanziellen Verflechtungen der Gazprom Germania mit ihren Tochtergesellschaften hätte der Ausfall der Gazprom Germania und in der Folge auch der Gazprom Marketing & Trading Retail Ltd. nach Einschätzung des BMWK zur Folge gehabt, dass die Wings GmbH nicht mehr in der Lage gewesen wäre, ihre bestehenden Lieferverpflichtungen gegenüber ihren Kunden, wie beispielsweise Stadtwerken und Industrie, zu erfüllen. Dies hätte auf Seiten der Kunden erhebliche Wiederbeschaffungskosten mit sich gebracht, einschließlich der Gefahr von Insolvenzen auf Seiten der Stadtwerke sowie von Produktionsausfällen bei Industriekunden. Preissteigerungen am Markt, eine Reduktion der verfügbaren Gasmengen am deutschen und europäischen Gasmarkt sowie eine Destabilisierung des gesamten Gasmarkts wären nach Einschätzung des BMWK die Folge gewesen (s. zu allem Vorstehenden BMWK, Anordnung gem. § 17 EnSiG bez. der Anteile an der Gazprom Germania GmbH vom 17.6.2022, BAnz AT 17.6.2022 B15, 2).
- 12 Die Anordnung einer Treuhandverwaltung nach § 17 EnSiG war darüber hinaus auch Voraussetzung für die Auszahlung von Geldern aus dem Finanzierungsrahmen der KfW, mit dem die Insolvenz der Gazprom Germania abgewendet werden sollte (s. zu allem Vorstehenden BMWK, Anordnung gem. § 17 EnSiG bez. der Anteile an der Gazprom Germania GmbH vom 17.6.2022, BAnz AT 17.6.2022 B15, 2).

## **II. Das Rosneft-Verfahren**

- 13 Die Rosneft Deutschland GmbH (Rosneft Deutschland) ist eine deutsche Gesellschaft mit Sitz in Berlin, deren mittelbare Gesellschafterin im Zeitpunkt der Treuhandanordnung die russische Rosneft Foreign Projects LLC war. Ebenfalls im mittelbaren Alleineigentum der Rosneft Foreign Projects LLC stand im Zeitpunkt der Treuhandanordnung die in Deutschland aktive RN Refining & Marketing GmbH (RN Refining & Marketing). Gemeinsam waren und sind die Konzerngesellschaften u.a. in den Geschäftsbereichen Einkauf, Logistik, Lagerung, Verarbeitung und Vertrieb sowie Handel mit Rohöl, Ölprodukten und Erdölchemie/Petrochemie tätig. Die Unternehmen gehören zu den größten erdölverarbeitenden Unternehmen in Deutschland und vereinten im Jahr 2022 knapp 12% der gesamt-

ten Erdölverarbeitungskapazität in Deutschland auf sich (BMWK, Anordnung gem. § 17 EnSiG bez. der Anteile an der Rosneft Deutschland GmbH vom 14.9.2022, BAnz AT 16.9.2022 B1, 1).

Die Rosneft Deutschland hielt im Zeitpunkt der Treuhandanordnung zugleich Beteiligungen an der PCK Raffinerie GmbH in Schwedt/Oder, an der Bayernoil Raffineriegesellschaft mbH, an der Mineralölraffinerie Oberrhein GmbH & Co. KG und an verschiedenen Ölleitungen in Deutschland (Deutsche Transalpine Ölleitung GmbH), in Österreich (Transalpine Ölleitung in Österreich GmbH), in Italien (Soc IT per l'Oléodotto Transalpino SpA) und in Frankreich (Société du pipeline Sud-Européen SA). 14

Rosneft Deutschland ließ im Zeitpunkt der Treuhandanordnung in den Raffinerien der PCK Raffinerie GmbH in Schwedt/Oder (PCK-Raffinerie), der Mineralölraffinerie Oberrhein GmbH & Co. KG (MiRO-Raffinerie) in Karlsruhe und der Bayernoil Raffineriegesellschaft mbH (Bayernoil-Raffinerie) in Ingolstadt Erdöl verarbeiten und war ihrem Anteil an der jeweiligen Raffinerie und dem dort verarbeiteten Erdöl entsprechend auch für den Vertrieb der in den Raffinerien produzierten Mineralölprodukte verantwortlich (BMWK, Anordnung gem. § 17 EnSiG bez. der Anteile an der Rosneft Deutschland GmbH vom 14.9.2022, BAnz AT 16.9.2022 B1, 2). 15

Das in den Raffinerien verarbeitete Rohöl stammte zu einem großen Teil aus Russland und wurde von der RN Refining & Marketing importiert und bereitgestellt. 16

In Folge des Angriffskriegs Russlands auf die Ukraine wurden zahlreiche russische Unternehmen sanktioniert. Außerdem bestand eine erhebliche Unsicherheit, ob und in welchem Umfang die Rosneft weiterhin Rohöl aus Russland importieren und in den Raffinerien verarbeiten würde. Die im Markt bestehenden Unsicherheiten über die sanktionsrechtliche Behandlung von Rosneft Deutschland und der RN Refining & Marketing führten dazu, dass sich Vertragspartner sowohl von Rosneft Deutschland und RN Refining & Marketing selbst als auch von Unternehmen, an denen diese beteiligt waren, lösen und bestehende Vertragsverhältnisse aufheben wollten. Außerdem weigerten sich zahlreiche Unternehmen, neue Verträge mit den Rosneft-Tochtergesellschaften abzuschließen oder weiterhin Leistungen an diese Unternehmen zu erbringen. Schließlich war laut dem BMWK die Abwanderung von Mitarbeitern zu befürchten, sodass mit einem Herunterfahren insbesondere der PCK-Raffinerie gerechnet wurde. Da über die PCK-Raffinerie vor allem Berlin und der Berliner Hauptstadtflughafen mit Benzin, Diesel und Kerosin versorgt wurden, sah das BMWK in einer Stilllegung der PCK-Raffinerie eine erhebliche Gefahr für die Versorgungssicherheit. Darüber hinaus hätte ein Ausfall des Betriebs weiterer Raffinerien, an denen Rosneft im Zeitpunkt der Treuhandanordnung beteiligt war, eine Gefährdung der bundesweiten Versorgung mit Erdölprodukten zur Folge haben können. Ersatzbeschaffungen zu hohen Kosten hätten zu erheblichen Belastungen des Markts führen können (BMWK, Anordnung gem. § 17 EnSiG bez. der Anteile an der Rosneft Deutschland GmbH vom 14.9.2022, BAnz AT 16.9.2022 B1, 3). 17

Damit Vertragspartner wieder Vertrauen in die sanktionsrechtlich zulässige Interaktion mit den Rosneft-Gesellschaften fassen konnten, ordnete das BMWK am 14.9.2022 die Treuhand über die Rosneft Deutschland GmbH und die RN Refining & Marketing GmbH an. In der Treuhandanordnung wurde die Wahrnehmung der Stimmrechte der Gesellschafter der Rosneft Deutschland und der RN Refining & Marketing ausgeschlossen und der BNetzA übertragen. Der BNetzA wurde darüber hinaus die Befugnis eingeräumt, Mitglieder der Geschäftsführung abuberufen und neu zu bestellen sowie der Geschäftsführung Weisungen zu erteilen. Schließlich wurde die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis der Geschäftsführung über das Vermögen der beiden Gesellschaften beschränkt und unter den Vorbehalt der Zustimmung der BNetzA gestellt (BMWK, Anordnung gem. § 17 EnSiG bez. der Anteile an der Rosneft Deutschland GmbH vom 14.9.2022, BAnz AT 16.9.2022 B1, 1). Mit Urteil vom 14.3.2023, Az. 8 A 2.22, hat das Bundesverwaltungsgericht die Anordnung der Treuhandverwaltung über die deutschen Rosneft-Töchter für rechtmäßig erklärt. 18

## B. Kommentierung der Vorschriften

### I. Anordnung der Treuhandverwaltung

- 19 Die Anordnung der Treuhandverwaltung durch das BMWK muss formell (→ Rn. 20) und materiell rechtmäßig sein (→ Rn. 26). Sind die Voraussetzungen für die Anordnung einer Treuhandverwaltung erfüllt, steht dem BMWK Ermessen zu, das es im Einklang mit höherrangigem Recht, insbesondere mit dem aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auszuüben hat (→ Rn. 51).

#### 1. Formelle Rechtmäßigkeit

- 20 **a) Zuständigkeit.** Die Anordnung der Treuhandverwaltung sowie ihre Verlängerung erfolgen durch Verwaltungsakt des BMWK (Abs. 3 S. 1).
- 21 Von der Zuständigkeit für die Anordnung der Treuhandverwaltung zu unterscheiden ist die Zuständigkeit für die Durchführung der Treuhandverwaltung. Hierfür kann der Bund eine Stelle benennen, die die Stimmrechte aus den Anteilen an dem treuhänderisch verwalteten Unternehmen ausüben, die Mitglieder der Geschäftsleitung abberufen und neu bestellen und der Geschäftsleitung Weisungen erteilen darf und die Zustimmung zu Verwaltungsmaßnahmen und Verfügungen der Geschäftsleitung erteilen kann. Als Treuhandstelle hat das BMWK in den Verfahren Gazprom Germania und Rosneft jeweils die BNetzA benannt.
- 22 **b) Verfahren.** Das Verfahren zur Anordnung der Treuhandverwaltung richtet sich nach den §§ 9 ff. VwVfG. Gemäß § 28 Abs. 1 VwVfG ist deshalb im Grundsatz dem von der Treuhandanordnung betroffenen Unternehmen rechtliches Gehör zu gewähren. Unter den Voraussetzungen des § 28 Abs. 2 VwVfG ist eine Anhörung ausnahmsweise entbehrlich. Relevant ist hier insbesondere der Fall, in dem eine sofortige Entscheidung wegen Gefahr im Verzug notwendig erscheint. In der Treuhandanordnung über die Rosneft Deutschland GmbH hat sich das BMWK auf § 28 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG (Gefahr im Verzug) gestützt (s. BMWK, Anordnung gem. § 17 EnSiG bez. der Anteile an der Rosneft Deutschland GmbH vom 14.09.2022, BAnz AT 14.9.2022 B1, 4), was das Bundesverwaltungsgericht nicht beanstandet hat (BVerwG NVwZ 2023, 1326 Rn. 20 ff.). Auch bei der Anordnung der Treuhandverwaltung über die Gazprom Germania in der Verfügung vom 17.6.2022 berief sich das BMWK auf Gefahr im Verzug. Da die Kreditgewährung der KfW an die Gazprom Germania die Anordnung einer Treuhandverwaltung voraussetzte und zur Abwendung einer Insolvenz der Gazprom Germania unmittelbar erfolgen musste, verzichtete das BMWK auf eine Anhörung der Gazprom Germania (BMWK, Anordnung gem. § 17 EnSiG bez. der Anteile an der Gazprom Germania GmbH vom 17.06.2022, BAnz AT 17.6.2022 B15, 3).
- 23 Eine zu Unrecht unterbliebene Anhörung kann gem. § 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG nachgeholt und der Verfahrensfehler dadurch geheilt werden.
- 24 **c) Form.** Der Verwaltungsakt des BMWK, mit dem die Treuhandverwaltung angeordnet wird, bedarf zu seiner Wirksamkeit der Bekanntgabe. Gemäß § 17 Abs. 3 S. 2 EnSiG darf der Verwaltungsakt öffentlich bekannt gegeben werden. Die öffentliche Bekanntgabe wird durch Veröffentlichung des Verwaltungsakts im Bundesanzeiger bewirkt und wird mit dieser Veröffentlichung wirksam (Abs. 3 S. 3 und 4).
- 25 Fraglich ist, ob der Verwaltungsakt zwingend öffentlich bekannt gegeben werden muss und nur durch diese öffentliche Bekanntgabe Wirksamkeit erlangt (so Kment NJW 2022, 2302 (2304): „Der Verwaltungsakt muss öffentlich bekannt gegeben werden, um Wirksamkeit zu erlangen.“), eine Bekanntgabe (nur) gegenüber dem unter Treuhand zu stellenden Unternehmen also nicht die Wirksamkeit des Verwaltungsakts begründet. Das wäre dann der Fall, wenn die Vorschriften zur Bekanntgabe nach § 17 Abs. 3 S. 2–4 EnSiG als *leges speciales* zu § 41 VwVfG zu verstehen wären. Dafür spricht die Begründung zum Gesetzentwurf. Danach „ist [der Verwaltungsakt] im Bundesanzeiger öffentlich bekannt zu machen und wird mit dieser Veröffentlichung wirksam“ (BT-Drs. 20/1501, 36). Allerdings lässt sich der Entwurfsbegründung darüber hinaus nicht entnehmen, dass § 17 Abs. 3 S. 2–4 EnSiG eine verdrängende Spezialregelung zu § 41 VwVfG ist und eine Individualbekanntgabe ausgeschlossen sein soll. Gegen eine Spezialität spricht auch der Wortlaut des § 17 Abs. 3 S. 2 EnSiG, der ausdrücklich davon spricht, dass die Anordnung der Treuhandverwaltung öffentlich bekannt gegeben werden **darf**, nicht etwa **muss**. § 17 Abs. 3 S. 2 EnSiG fügt sich auch in die

Systematik des § 41 Abs. 3 S. 1 VwVfG, wonach ein Verwaltungsakt öffentlich bekannt gegeben werden darf, wenn dies durch Rechtsvorschrift zugelassen ist. Eben eine solche Rechtsvorschrift stellt § 17 Abs. 3 S. 2 EnSiG dar. Eine individuelle Bekanntgabe gegenüber dem Betroffenen, die ebenfalls zur Wirksamkeit des Verwaltungsakts führt, wird durch § 41 Abs. 3 VwVfG nicht ausgeschlossen. Auch der Zweck des § 17 EnSiG, das betroffene Unternehmen unter Treuhand zu stellen, um seine Marktfähigkeit sicherzustellen, spricht nicht zwingend dafür, die öffentliche Bekanntgabe zur Wirksamkeitsvoraussetzung zu erheben. Nach hier vertretener Auffassung darf die Anordnung der Treuhand gem. § 41 Abs. 1 S. 1 VwVfG auch dem von der Anordnung betroffenen Unternehmen und den betroffenen Anteilseignern des Unternehmens bekannt gegeben werden und wird dadurch wirksam, selbst wenn (noch) keine öffentliche Bekanntgabe erfolgt ist. Freilich ist die öffentliche Bekanntgabe auch als Mittel der Kommunikation gegenüber den Marktteilnehmern anzuraten und im konkreten Fall einer individuellen Bekanntgabe vorzuziehen. Auch in Fällen, in denen die Beteiligungsverhältnisse unklar sind oder sich der rechtliche oder wirtschaftliche Eigentümer nicht ohne nennenswerten Aufwand ermitteln lässt, ist die öffentliche Bekanntgabe einer individuellen Bekanntgabe vorzuziehen.

## 2. Materielle Rechtmäßigkeit

**a) Tatbestandsvoraussetzungen. aa) Unternehmen und verbundene Unternehmen iSd § 15 AktG.** Adressat der Treuhandanordnung kann zunächst jedes Unternehmen sein, das eine Kritische Infrastruktur iSv § 2 Abs. 10 BSI-Gesetz im Sektor Energie selbst betreibt. Nach der Begründung zum Gesetzentwurf soll der Kreis der Adressaten weit gefasst sein (BT-Drs. 20/1501, 36), weshalb unter „Unternehmen“ jedes rechtlich abgrenzbare Zuordnungsobjekt zu verstehen ist, insbesondere also Körperschaften und Gesellschaften, namentlich Aktiengesellschaften, SEs, Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Limiteds, offene Handelsgesellschaften und Kommanditgesellschaften. Vom Unternehmensbegriff umfasst sind danach zwar auch Unternehmen, die in der Rechtsform einer inländischen juristischen Person des öffentlich Rechts geführt werden oder an denen ausschließlich inländische juristische Personen des öffentlichen Rechts beteiligt sind. Für diese Unternehmen sowie diesen gleichstehende juristische Personen des öffentlichen Rechts aus einem Mitgliedstaat der EU oder des EWR gilt § 17 EnSiG jedoch wegen des Nichtanwendungsbefehls nach § 17 Abs. 9 EnSiG nicht. 26

Darüber hinaus können auch Unternehmen Adressaten der Treuhandanordnung sein, die zwar nicht selbst, aber **durch verbundene Unternehmen** iSv § 15 AktG Kritische Infrastrukturen iSv § 2 Abs. 10 BSI-Gesetz im Sektor Energie betreiben. Danach kann das BMWK insbesondere auch gegenüber der Konzernobergesellschaft die Treuhandverwaltung anordnen. Praktisch wird dies vor allem dann in Frage kommen, wenn die als Betrieb einer Kritischen Infrastruktur zu bewertende Geschäftstätigkeit nicht in einer Gesellschaft gebündelt, sondern unterhalb der Konzernobergesellschaft auf verschiedene Gesellschaften aufgeteilt ist, etwa eine Gasspeicher-, eine Gasimport-, eine Gasgroßhandels- und eine Gasvertriebstochter. Sofern allerdings absehbar ist, dass Kapitalmaßnahmen nach § 17a EnSiG angeordnet werden müssen, sollte aus Gründen der Rechtssicherheit die Treuhandverwaltung jedenfalls auch gegenüber dem betroffenen verbundenen Unternehmen angeordnet werden (s. zur Frage des Adressatenkreises von Anordnungen von Kapitalmaßnahmen → § 17a Rn. 13). 27

Fraglich ist, ob die Treuhandverwaltung auch dann gegenüber der Konzernobergesellschaft angeordnet werden darf, wenn zu den Beteiligungsgesellschaften auch solche gehören, die keine kritische Infrastruktur im Sektor Energie betreiben, sondern in einem gänzlich anderen Sektor tätig sind. Der Wortlaut der Norm lässt eine Treuhandanordnung gegenüber der Konzernobergesellschaft auch in solchen Fällen der Mischttätigkeiten von Beteiligungsgesellschaften zu. Allerdings ist aus Gründen der Verhältnismäßigkeit sicherzustellen, dass sich die konkret angeordneten Treuhandmaßnahmen gegenüber der Obergesellschaft auf diejenigen Beteiligungsgesellschaften beschränken, die eine kritische Infrastruktur betreiben. Beispielsweise wäre im Tenor der Treuhandanordnung zu verfügen, in Bezug auf die Geschäftsanteile welcher Beteiligungsunternehmen die Wahrnehmung von Stimmrechten ausgeschlossen wird. 28

- 29 **bb) Betrieb einer kritischen Infrastruktur iSd § 2 Abs. 10 BSI-Gesetz.** Voraussetzung für die Anordnung der Treuhandverwaltung ist sodann, dass das betroffene Unternehmen eine kritische Infrastruktur iSv § 2 Abs. 10 BSI-Gesetz im Sektor Energie betreibt. „Betreiber“ iSv § 17 Abs. 1 EnSiG ist nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts, „wer nach den rechtlichen, tatsächlichen und wirtschaftlichen Umständen bestimmenden Einfluss auf Beschaffenheit oder Betrieb einer Anlage oder Teilen davon hat“. Eine Anlage könne dabei auch von mehreren gemeinschaftlich betrieben werden (BVerwG NVwZ 2023, 1326 Rn. 42). Nach § 2 Abs. 10 S. 1 BSI-Gesetz sind kritische Infrastrukturen Einrichtungen, Anlagen oder Teile davon, die
- (1) dem Sektor Energie angehören und
  - (2) von hoher Bedeutung für das Funktionieren des Gemeinwesens sind, weil durch ihren Ausfall oder ihre Beeinträchtigung erhebliche Versorgungsengpässe oder Gefährdungen für die öffentliche Sicherheit eintreten würden.
- 30 § 2 Abs. 10 S. 2 BSI-Gesetz verweist zur näheren Bestimmung der kritischen Infrastrukturen auf die BSI-Kritisverordnung. Diese Verweisung gilt nach hier vertretener Auffassung auch für die Definition der kritischen Infrastruktur unter § 17 Abs. 1 EnSiG. Denn zum einen nimmt § 17 Abs. 1 EnSiG § 2 Abs. 10 BSI-Gesetz insgesamt in Bezug und damit nicht nur § 2 Abs. 10 S. 1 BSI-Gesetz. Zum zweiten verweist die Begründung zum Gesetzentwurf ihrerseits auf die BSI-Kritisverordnung, wenn dort ausgeführt wird, dass Gashandelsunternehmen wegen § 2 Abs. 3 BSI-Kritisverordnung zur kritischen Infrastruktur iSd § 17 Abs. 1 EnSiG zählen (BT-Drs. 20/1501, 36).
- 31 § 2 Abs. 6 BSI-Kritisverordnung verweist zur Bestimmung kritischer Infrastrukturen seinerseits auf die Anlagenkategorien und die Schwellenwerte in Anhang 1 Teil 3 Spalte B und D BSI-Kritisverordnung. Kritische Infrastrukturen sind demnach zB Stromerzeugungsanlagen, Stromübertragungs- und -verteilnetze, Systeme für den Stromhandel, Gasförderanlagen, Gasspeicher, Gasfernleitungs- und -verteilnetze und Systeme für den Gashandel, vorausgesetzt, die jeweiligen Schwellenwerte in Anhang 1 Teil 3 Spalte D BSI-Kritisverordnung sind überschritten.
- 32 In seiner Stellungnahme zum Gesetzentwurf hat der VKU Zweifel geäußert, ob sich die Verweisung nach § 17 Abs. 1 EnSiG auf § 2 Abs. 10 BSI-Gesetz und damit auch auf die Schwellenwerte nach § 2 Abs. 6 BSI-Kritisverordnung und deren Anhang 1 Teil 3 Spalte D erstrecke (Stellungnahme Verband kommunaler Unternehmen vom 4.5.2022, Ausschuss-Drs. 20(25)42, 9: „Dennoch ist durch den Bezug auf § 2 Abs. 10 des BSI-Gesetzes der Anwendungsbereich der Norm weit gefasst – auch wenn unserer Lesart nach die Treuhandverwaltung voraussetzt, dass es sich um ein Unternehmen handelt, das die in der BSI-Kritisverordnung für den Sektor Energie vorgesehenen Schwellenwerte überschreitet.“). Da die Verweisung allerdings keine Einschränkung vorsieht, sondern auf die Normen insgesamt verweist, spricht alles für eine Verweisung auch auf die Schwellenwerte. Auch praktisch erscheint es schwer vorstellbar, dass eine Anlage, die die Schwellenwerte nicht überschreitet, in einer die Treuhandverwaltung rechtfertigenden Weise systemrelevant sein könnte. Auch das BMWK hat in seinen Treuhandanordnungen vom 17.6.2022 (Gazprom Germania) und vom 14.9.2022 (Rosneft) die Schwellenwerte geprüft und für überschritten befunden (BMWK, Anordnung gem. § 17 EnSiG bez. der Anteile an der Gazprom Germania GmbH vom 17.6.2022 BAnz AT 17.6.2022 B15, 2; BMWK, Anordnung gem. § 17 EnSiG bez. der Anteile an der Rosneft Deutschland GmbH vom 14.9.2022, BAnz AT 16.9.2022 B1, 3; bestätigt in BVerwG NVwZ 2023, 1326 Rn. 41).
- 33 **cc) Konkrete Gefahr, dass das Unternehmen ohne eine Treuhandverwaltung seine dem Funktionieren des Gemeinwesens im Sektor Energie dienenden Aufgaben nicht erfüllen wird. (1) Nichterfüllung von Aufgaben.** Eine zentrale inhaltliche Voraussetzung für die Anordnung einer Treuhandverwaltung über ein Unternehmen im Sektor Energie ist die konkrete Gefahr, dass ohne eine Treuhandverwaltung das Unternehmen seine dem Funktionieren des Gemeinwesens im Sektor Energie dienenden Aufgaben nicht erfüllen wird (s. zur verfassungsrechtlichen Frage hinreichender Bestimmtheit BVerwG NVwZ 2023, 1326 Rn. 32 ff.; Winkler/Zeccola/Michailidou NVwZ 2023, 545 (551)).
- 34 Die Anknüpfung an die Nichterfüllung von Aufgaben, die im Interesse des Gemeinwesens liegen, stellt eine konzeptionelle Schwäche des Tatbestands dar. Offenbar ließ sich der Gesetzgeber von der Vorstellung leiten, dass Unternehmen im Sektor Energie einen bestimmten,

definierten Bestand von Aufgaben zu erfüllen haben und hierdurch dem Gemeinwesen dienen. Eine solche Vorstellung verkennt jedoch, dass auch im Sektor Energie unternehmerische Leistungen privatwirtschaftlich erbracht werden dürfen und erbracht werden. Ein Katalog von Aufgaben oder Zuständigkeiten, die ein Unternehmen im Sektor Energie im Interesse der Allgemeinheit zu erbringen hat, existiert nur für einzelne Wertschöpfungsstufen des Energiesektors. So bestimmt etwa § 11 Abs. 1 EnWG, dass Betreiber von Energieversorgungsnetzen verpflichtet sind, ein sicheres, zuverlässiges und leistungsfähiges Energieversorgungsnetz diskriminierungsfrei zu betreiben, zu warten und bedarfsgerecht zu optimieren, zu verstärken und auszubauen, soweit es wirtschaftlich zumutbar ist. Sie müssen insbesondere die „Aufgaben“ nach den §§ 12–16a EnWG erfüllen. Für andere Stufen der Wertschöpfungskette, etwa die Stromerzeugung, den Strom-, Gas- und Wärmevertrieb oder den Energiehandel existieren entsprechende Aufgabenzuweisungen allenfalls für Teilbereiche, nicht aber umfassend für alle Tätigkeiten der Unternehmen auf den jeweiligen Märkten.

Bei Anwendung der Norm stellt sich daher die Frage, wem die Definitionshoheit darüber zukommt, welche Aufgaben ein Unternehmen im Sektor Energie für das Funktionieren des Gemeinwesens zu erfüllen hat. Läge die Definitionsmacht über den Aufgabenbestand beim BMWK, so könnte das BMWK im Extremfall ein Unternehmen der treuhänderischen Verwaltung unterstellen, weil es eine aus Sicht des BMWK im Allgemeininteresse gebotene Aufgabe nicht wahrnimmt, selbst wenn es diese Aufgabe in der Vergangenheit nie wahrgenommen hat. Stünde die Definition des Aufgabenbestands hingegen dem betroffenen Unternehmen zu, könnte es sich der treuhänderischen Verwaltung dadurch entziehen, dass es – etwa durch Änderung seiner Satzung – den Unternehmenszweck ändert. Eine Antwort auf die Frage sollte vom Zweck der Treuhandverwaltung ausgehen. Diese dient ausweislich des § 17 Abs. 5 S. 1 EnSiG dazu, den Betrieb des Unternehmens gemäß seiner Bedeutung für das Funktionieren des Gemeinwesens im Sektor Energie fortzuführen. Vor diesem Hintergrund kann im Ausgangspunkt der bisherige Betrieb des Unternehmens als der weiterhin zu erfüllende Aufgabenbestand definiert werden, soweit dieser Betrieb Bedeutung für das Funktionieren des Gemeinwesens hat (so auch BVerwG NVwZ 2023, 1326 Rn. 48: „Danach ist als Aufgabenerfüllung die Fortführung des Beitrags zur Energieversorgung (Versorgungsbeitrag) zu verstehen.“). Da der Gesetzgeber in § 17 Abs. 1 EnSiG jedoch, anders als in § 17 Abs. 5 S. 1 EnSiG, nicht an die Nichtfortführung des (bisherigen) Betriebs anknüpft, sondern an die Gefahr einer Nichterfüllung der Aufgaben, erscheint nicht ausgeschlossen, dass dem betroffenen Unternehmen über den bisherigen Betrieb hinaus weitere Aufgaben im Rahmen der Treuhandverwaltung auferlegt werden dürfen. Da eine Nichterfüllung von Aufgaben in der Sache allerdings eine Unterlassung darstellt, sollte die Auferlegung neuer Aufgaben nur insoweit zulässig sein, als das betroffene Unternehmen eine Garantienpflicht für das Funktionieren des Gemeinwesens trifft. Eine solche Garantienpflicht kann sich dabei insbesondere aus gesetzlichen Vorschriften, etwa § 11 Abs. 1 EnWG, ergeben. Im Rosneft-Verfahren kam es auf die Frage der Auferlegung neuer, bisher nicht erbrachter Aufgaben nicht an. Das Bundesverwaltungsgericht begnügte sich daher auch mit der Aussage, die Aufgaben eines Unternehmens, das Kritische Infrastruktur im Energiesektor betreibt, bestehe darin, „seinen bisher geleisteten Beitrag zur Energieversorgung weiter zu erbringen“. Unter Aufgabenerfüllung sei die „Fortführung des Beitrags zur Energieversorgung (Versorgungsbeitrag) zu verstehen, den das Unternehmen durch seine satzungsgemäße Geschäftstätigkeit erbringt“. Das Tatbestandsmerkmal verweise nicht auf anderweitige gesetzliche Aufgabendefinitionen, umschreibe keine rechtliche Verpflichtung und setze auch keinen hoheitlichen Auftrag voraus. Vielmehr bezeichne es lediglich die Funktion, die das Unternehmen erfüllt (BVerwG NVwZ 2023, 1326 Rn. 48).

**(2) Konkrete Gefahr.** Eine Treuhandverwaltung kann nur angeordnet werden, wenn die „konkrete Gefahr“ besteht, dass ohne eine Treuhandverwaltung das Unternehmen seine dem Funktionieren des Gemeinwesens im Sektor Energie dienenden Aufgaben nicht erfüllen wird.

Der Begriff der „Gefahr“ ist aus dem Polizei- und Ordnungsrecht bekannt. Dort beschreibt er die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadens am geschützten Rechtsgut (Kment NJW 2022, 2302 (2303); Kment NJW 2022, 2880). „Konkret“ ist eine Gefahr dann, wenn aus der ex ante-Sicht des Amtswalters bei verständiger Würdigung des Sachverhalts ein Schadenseintritt unmittelbar bevorsteht oder in naher Zukunft droht (s. beispielhaft

Kment NJW 2022, 2302 (2303); Landmann/Rohmer, UmweltR/Kubitza, 99. EL, WHG § 100 Rn. 22).

- 38 Abweichend vom Polizei- und Ordnungsrecht bezieht sich in § 17 Abs. 1 EnSiG der Begriff der konkreten Gefahr allerdings nicht auf ein geschütztes Rechtsgut, sondern knüpft an die Nichterfüllung einer Aufgabe an, die dem betroffenen Unternehmen im Interesse des Gemeinwesens obliegt (zur Kritik an diesem Konzept → Rn. 34). Die Tatbestandsvoraussetzung ist daher erfüllt, wenn die Nichterfüllung der Aufgaben mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft droht. Das Bundesverwaltungsgericht formuliert in seinem Rosneft-Urteil entsprechend: „Eine konkrete Gefahr im Sinne der Vorschrift ist gegeben, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, die aus der ex-ante-Sicht eines verständigen Amtswalters die Annahme rechtfertigen, dass bei ungehindertem Geschehensablauf mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eine nicht unerhebliche Minderung des Versorgungsbeitrags eintreten wird“ (BVerwG NVwZ 2023, 1326 Rn. 51).
- 39 Ob die Gefahr einer Nichterfüllung von Aufgaben besteht, erfordert eine zukunftsgerichtete ex ante-Beurteilung. Da die Anordnung einer Treuhandverwaltung einen gewichtigen Grundrechtseingriff darstellt, genügen reine Mutmaßungen über eine künftige Nichterfüllung von Aufgaben nicht. Umgekehrt dürfen die Anforderungen an den Nachweis einer Gefahr auch nicht überspannt werden, wenn eine erhebliche Beeinträchtigung der Versorgungssicherheit bei Nichterfüllung der Aufgaben droht. Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts hängt der Grad der Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts, der für die Annahme einer Gefahr erforderlich ist, von der Größe und dem Gewicht des drohenden Schadens ab. Die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts müsse umso größer sein, je geringer der möglicherweise eintretende Schaden ist, und sie dürfe umso kleiner sein, je schwerer der etwa eintretende Schaden wiegt (BVerwG NVwZ 2023, 1326 Rn. 51). Wegen der überragenden Bedeutung der Versorgungssicherheit seien an die Wahrscheinlichkeitsprognose allerdings nur geringe Anforderungen zu stellen, wenngleich die bloße Möglichkeit eines Schadenseintritts nicht genüge (BVerwG NVwZ 2023, 1326 Rn. 51). Jedenfalls aber müssen konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass das betroffene Unternehmen seine Aufgaben nicht erfüllen wird. Beispielsweise kommen Verlautbarungen des Unternehmens in Betracht, seinen Geschäftsbetrieb reduzieren oder einstellen zu wollen. Darüber hinaus können auch äußere Umstände, für die das Unternehmen nicht verantwortlich zu sein braucht, die Gefahr einer Nichterfüllung seiner Aufgaben begründen, etwa mangelndes Vertrauen der Marktteilnehmer in die fortbestehende Solvenz des betroffenen Unternehmens. Zwar könnte der Wortlaut des § 17 Abs. 1 EnSiG („dass ohne eine Treuhandverwaltung das Unternehmen seine [...] Aufgaben nicht erfüllen wird“) darauf hindeuten, dass die Ursache für die Nichterfüllung der Aufgaben beim betroffenen Unternehmen selbst liegen muss. Dieses enge Verständnis widerspräche allerdings dem Zweck des § 17 EnSiG, der in der treuhänderischen Fortführung des Betriebs des Unternehmens zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit liegt. Ob eine Beeinträchtigung der Versorgungssicherheit bei Nichterfüllung seiner Aufgaben durch das Unternehmen selbst verursacht wurde oder auf externen Faktoren beruht, kann vor diesem Zweck keine Rolle spielen.
- 40 **(3) Kausalität zwischen Nichterfüllung von Aufgaben und Beeinträchtigung der Versorgungssicherheit.** Fraglich ist sodann, ob ein, und falls ja, welcher Kausalzusammenhang zwischen der Gefahr der Nichterfüllung von Aufgaben und der drohenden Beeinträchtigung der Versorgungssicherheit bestehen muss.
- 41 Der Wortlaut des § 17 Abs. 1 EnSiG stellt nicht ausdrücklich eine kausale Verknüpfung zwischen der Nichterfüllung von Aufgaben und der drohenden Beeinträchtigung der Versorgungssicherheit her, obwohl dies semantisch ohne weiteres möglich gewesen wäre (etwa: „wenn die konkrete Gefahr besteht, dass ohne eine Treuhandverwaltung das Unternehmen seine dem Funktionieren des Gemeinwesens im Sektor Energie dienenden Aufgaben nicht erfüllen wird, und **dadurch** eine Beeinträchtigung der Versorgungssicherheit droht“). Der BDEW schließt hieraus in seiner Stellungnahme vom 9.5.2022, dass beide Voraussetzungen nicht kausal verknüpft seien (Stellungnahme BDEW vom 9.5.2022, Ausschuss-Drs. 20(25)46, 19). Ob dieser Schluss zwingend ist, erscheint jedoch zweifelhaft. Wären die beiden Tatbestandsmerkmale tatsächlich in keiner Weise kausal verknüpft, so könnte beispielsweise bei einer drohenden Beeinträchtigung der Stromversorgungssicherheit auch ein Fernwärmeverorgungsunternehmen unter Treuhand gestellt werden, falls die Gefahr besteht, dass es in