



Ausarbeitung

**Regulierungsaufsicht über im In- und Ausland ansässige Betreiber
von Transportnetzen für Gas**

Regulierungsaufsicht über im In- und Ausland ansässige Betreiber von Transportnetzen für Gas

Aktenzeichen: WD 5 - 3000 - 086/21
Abschluss der Arbeit: 17. Dezember 2021
Fachbereich: WD 5: Wirtschaft und Verkehr, Ernährung und Landwirtschaft

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung und Fragestellung	4
2.	Territorialer Anwendungsbereich	4
2.1.	Vorschriften des EnWG	4
2.2.	Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 2. September 2021	5
2.3.	Ergebnis	5
3.	Umsetzung in der Schweiz	6
3.1.	Verwaltungsakte	6
3.2.	Prüfungs- und Betretungsrechte	7
3.3.	Verwaltungsvollstreckung und Bußgelder	8

1. Einleitung und Fragestellung

Die Wissenschaftlichen Dienste wurden gefragt, inwieweit die Aufsichtsbefugnisse der Bundesnetzagentur gegenüber den Betreibern von Transportnetzen für Gas (Transportnetzbetreiber) davon abhängig sind, ob es sich beim Transportnetzbetreiber um eine juristische Person mit Sitz in Deutschland oder in der Schweiz handelt.

2. Territorialer Anwendungsbereich

2.1. Vorschriften des EnWG

Das Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz – EnWG)¹ enthält keine ausdrücklichen Vorschriften zu seinem territorialen Anwendungsbereich. Grundsätzlich endet die Staatsgewalt an den **eigenen Staatsgrenzen**.² Dementsprechend kann der Gesetzgeber grundsätzlich keine Sachverhalte außerhalb seines Staatsgebiets regeln, welche in die Herrschaftsgewalt eines anderen Staates fallen. Das schließt jedoch nicht aus, Personen im Ausland den eigenen Regeln zu unterwerfen, sofern diese im eigenen Staatsgebiet eine regulierte Tätigkeit ausüben.

Dieser Ansatz kommt beim EnWG zum Tragen. So legt § 1 Abs. 2 EnWG den Zweck der Regulierung der Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze (für das deutsche Hoheitsgebiet) fest: „Die Regulierung [...] dient den Zielen der Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas und der Sicherung eines langfristig angelegten leistungsfähigen und zuverlässigen Betriebs von Energieversorgungsnetzen.“ Die Verwirklichung dieses Zwecks setzt voraus, dass ein Unternehmen, welches in **Deutschland** eine von den Vorschriften des EnWG umfasste Tätigkeit ausübt, auch dann in den Anwendungsbereich des Gesetzes fällt, wenn es seinen Sitz im Ausland hat. Ansonsten wäre ein „wirksamer und unverfälschter Wettbewerb“ aufgrund für alle Marktteilnehmer gleicher Bedingungen nicht möglich. Auch die Definition „vertikal integriertes Energieversorgungsunternehmen“ in § 3 Nr. 38 EnWG stellt für die Regulierung auf den Ort der Wirtschaftstätigkeit (in der Union) ab und kann damit sogar auch Unternehmen mit Sitz in **Drittstaaten** an die Regeln des EnWG binden:

„[E]in in der Europäischen Union im Elektrizitäts- oder Gasbereich tätiges Unternehmen [...], wobei das betreffende Unternehmen [...] **in der Europäischen Union** [...] im Erdgasbereich mindestens eine der Funktionen Fernleitung, Verteilung, Betrieb einer LNG-Anlage oder Speicherung und gleichzeitig eine der Funktionen Gewinnung oder Vertrieb von Erdgas wahrnimmt“.

1 https://www.gesetze-im-internet.de/enwg_2005/EnWG.pdf.

2 Vgl. dazu Ohler, DÖV 2009, 93 (94).

2.2. Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 2. September 2021

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat diese Definition in § 3 Nr. 38 EnWG jüngst als zu eng angesehen und für europarechtswidrig erklärt. Eine **räumliche Beschränkung** der Tatbestandsvoraussetzungen des „vertikal integrierten Unternehmens“ auf das Gebiet der Union stehe im Widerspruch zum Unionsrecht. Sie sei zunächst schon im Wortlaut des Unionsrechts nicht enthalten.³ Der Begriff sei Teil derjenigen Bestimmungen, die eine volle, effektive Unabhängigkeit der Übertragungsnetze einerseits und der Erdgaserzeugung und -versorgung andererseits gewährleisten sollen.⁴ Ohne diese Bestimmungen bestünde die Gefahr einer Diskriminierung in Bezug auf den Netzzugang.⁵ Sie gälten in der gesamten Union, und zwar sowohl für Unionsunternehmen als auch für **Nichtunionsunternehmen**.⁶ Der EuGH begründet sein Urteil wie folgt:

„Es ist nämlich nicht auszuschließen, dass zwischen einem Übertragungsnetzbetreiber in der Union und Erzeugern oder Lieferanten von Elektrizität oder Erdgas, die Tätigkeiten in diesen Bereichen außerhalb der Union ausüben, Interessenkonflikte bestehen. Wie der Generalanwalt in Nr. 44 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, ist in einer Situation, in der Erdgas oder Elektrizität, das oder die von einem Unternehmen **außerhalb der Union** erzeugt wird, mittels eines Übertragungsnetzes, das im Eigentum desselben Unternehmens steht, **in die Union befördert** wird, die Gefahr offenkundig, dass beim Betrieb dieses Netzes diskriminierende Verhaltensweisen an den Tag gelegt werden, die den Transport von Energieprodukten von Wettbewerbern benachteiligen könnten.“⁷

Hiernach sind Unternehmen mit Sitz in einem Drittland, die in der Union am Energiemarkt teilnehmen, vom (europäischen) Energiewirtschaftsrecht ausdrücklich umfasst.

2.3. Ergebnis

Sowohl aus den aktuellen Vorschriften des EnWG als auch aus den Vorgaben des Unionsrechts folgt damit, dass der Sitz eines Unternehmens **im Ausland** (anderer EU-Mitgliedstaat oder Drittstaat) für die Anwendbarkeit des EnWG **nicht maßgeblich** sein kann. Dementsprechend gelten für das betreffende im Ausland ansässige, aber im Inland tätige Unternehmen die Verpflichtungen des EnWG.

Diese Verpflichtungen gehen mit entsprechenden **Aufsichts- und Regulierungsbefugnissen** einher. Damit unterliegen die im Inland tätigen ausländischen Unternehmen grundsätzlich auch diesen Aufsichtsbefugnissen. Dabei handelt es sich beispielsweise um Auskunftsansprüche sowie

3 EuGH, Urteil vom 2. September 2021, Rechtssache C-718/18, Kommission/Deutschland, Rn. 33, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=245521&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=8321858>.

4 EuGH, a. a. O., Rn. 34.

5 EuGH, a. a. O., Rn. 35.

6 EuGH, a. a. O., Rn. 36.

7 EuGH, a. a. O., Rn. 37, Hervorhebungen durch Verfasser dieser Ausarbeitung.

Betretungs- und Durchsuchungsrechte (§ 69 EnWG), die Möglichkeit, Zwangs- und Bußgelder zu verhängen (§§ 94, 95 EnWG) oder die Abschöpfung von durch Rechtsverstoß (§ 32 EnWG) erlangten Vorteilen.⁸

3. Umsetzung in der Schweiz

Der materiell-rechtliche Anwendungsbereich des EnWG ist von der Frage zu trennen, wie die einschlägigen Vorschriften und Befugnisse grenzüberschreitend, d. h. gegenüber einem Unternehmen mit Sitz in einem Drittstaat, hier der Schweiz, tatsächlich umgesetzt werden können.

3.1. Verwaltungsakte

Die Bundesnetzagentur nimmt ihre Befugnisse nach Maßgabe des **Verwaltungsverfahrensgesetzes** (VwVfG)⁹ wahr. So kann sie z. B. gegenüber einem Unternehmen per Verwaltungsakt (§ 35 S. 1 VwVfG) eine Einzelfallregelung treffen, um die Anwendung des EnWG sicherzustellen. Aufgrund des völkerrechtlichen Territorialitätsprinzips darf sie ihre Befugnisse nicht ohne weiteres im Sitzstaat eines ausländischen Unternehmens einsetzen.¹⁰

Bei der **Bekanntgabe** eines Verwaltungsaktes nach § 41 VwVfG wird teilweise vertreten, dass es sich nicht um die Vornahme eines Hoheitsaktes handle. Die deutsche Behörde werde nicht im Ausland tätig, da aus dem Verwaltungsakt lediglich im Inland Rechtsfolgen entstünden. Dagegen lässt sich einwenden, dass die Bekanntgabe nicht von anderen Teilen des Verwaltungshandelns getrennt werden kann. Auch die reine Bekanntgabe des hoheitlichen Willens auf fremden Staatsgebiet greife in die Gebietshoheit ein.¹¹ Wegen der geringen Verbindung zum Aufenthaltsstaat des Empfängers wird dies bei der Bekanntgabe von Verwaltungsakten per E-Mail jedoch zum Teil anders gesehen. Hier komme kein oder allenfalls sehr geringfügiger Eingriff in die Gebietshoheit des anderen Staates in Betracht.¹²

Die Zustellung von **Schriftstücken** an Unternehmen in der Schweiz ist im **Europäischen Übereinkommen** vom 24. November 1977 über die Zustellung von Schriftstücken in Verwaltungssachen im Ausland¹³ geregelt. Im Verhältnis zur Schweiz ist dieses Übereinkommen seit dem 1. Oktober 2019 in Kraft. Eine Zustellung ist nicht nur über die dafür zuständige zentrale Behörde der

8 Vgl. dazu die Übersicht von Theobald in Theobald/Kühling, Energierecht, Werkstand: 112. EL Juni 2021, Einführung, Kapitel X. Abschnitt 3 Rn. 84ff.

9 <https://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/VwVfG.pdf>.

10 Vgl. dazu Ohler, DÖV 2009, 93f.

11 Vgl. Ohler, DÖV 2009, 93 (94), m. w. N.

12 Vgl. dazu Baer in Schoch/Schneider, VwVfG, Kommentar (Werkstand: Grundwerk Juli 2020), § 41 Rn. 46; Ohler, DÖV 2009, 93 (95).

13 <https://rm.coe.int/1680077334>.

Schweiz oder Konsularbeamte möglich. Sie kann nach Art. 11 Abs. 1 auch unmittelbar durch die Post erfolgen. In einem Vorbehalt nach Art. 11 Abs. 2 hat die Schweiz dazu Folgendes erklärt:

„Die Schweiz lässt die Zustellung unmittelbar durch die Post zu. Ist der Empfänger Schweizer Staatsangehöriger oder Staatsangehöriger eines dritten Staates oder ist er staatenlos, so muss das Schriftstück zusammen mit einem Schreiben übermittelt werden, aus dem hervorgeht, dass der Empfänger von der im Schreiben bezeichneten Behörde Informationen über seine Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit der Zustellung der Schriftstücke erhalten kann. Das Schreiben muss in einer Sprache, die der Empfänger versteht, oder in einer Amtssprache des Zustellorts verfasst sein. Die Schweiz übermittelt dem Depositar ein Muster eines solchen Schreibens.“¹⁴

Das Übereinkommen dürfte nicht nur für die Zustellung, sondern (erst recht) auch für die Bekanntgabe eines Verwaltungsakt nach § 41 VwVfG gelten. Diese ist in der Zustellung mitenthalten und stellt damit ein „Weniger“ an hoheitlichem Handeln dar.¹⁵ Dasselbe dürfte für noch weniger eingriffsintensives Verwaltungshandeln wie **Vorbereitungsakte**¹⁶ oder eine **rein informelle Anforderung** von Informationen, wie z. B. Verständnisfragen, gelten. Die Bundesnetzagentur könnte sich demnach bei einem Auskunftsverlangen nach § 69 Abs. 1 und 2 EnWG ohne weiteres auf das Europäische Übereinkommen stützen, sofern man die Bekanntmachung eines Verwaltungsakts (per E-Mail), die Übermittlung von Vorbereitungsakten oder informelle Ersuchen nicht schon ohnehin, und losgelöst von einem Übereinkommen, als völkerrechtlich unproblematisch ansieht.

3.2. Prüfungs- und Betretungsrechte

Nach § 69 Abs. 3 EnWG haben die Regulierungsbehörden das Recht, im Rahmen ihrer Überprüfungen Betriebsgrundstücke, Büro- und Geschäftsräume und Einrichtungen von Unternehmen zu betreten. Zumindest dann, wenn es sich nicht mehr um einen freiwilligen und informellen Informationsaustausch vor Ort handelt, dürfte es sich um hoheitliches Handeln im Ausland handeln, welches von der **Zustimmung** des Sitzstaates (der Schweiz) abhängig wäre. Vergleichbares gälte für das Recht der Behörde, bei den Unternehmen innerhalb der üblichen Geschäftszeiten die geschäftlichen Unterlagen einzusehen und zu prüfen (§ 69 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 EnWG).

14 <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2019/533/de>; vgl. auch die Informationen der Deutschen Botschaft in Bern u. a. auch mit einem Hinweis auf ein Annahmeverweigerungsrecht für den Fall, dass das Schreiben nicht den Bedingungen des Vorbehalts entspricht, <https://bern.diplo.de/blob/2263250/206c0ba2a83f308f9257b683c4ec17a0/merkblatt-zustellung-data.pdf>; sowie die Darstellung der Bundesarbeitsagentur unter <https://www.arbeitsagentur.de/datei/ba900129.pdf>.

15 Vgl. zur Zustellung und deren Unterscheidung von der Bekanntgabe Stelkens in Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Auflage 2018, § 41 Rn. 199ff.

16 Vgl. dazu von Alemann/Scheffczyk in Beck-Online-Kommentar VwVfG, Bader/Ronellenfitsch, 53. Edition, Stand: 1. Oktober 2021, § 35 Rn. 175.

Theoretisch denkbar wäre, dass Schweizer Behörden diese Maßnahmen im Wege internationaler **Amtshilfe** durchführen. Soweit ersichtlich besteht hierzu kein unmittelbar einschlägiges Abkommen mit der Schweiz. Bei Fehlen völkerrechtlicher Vereinbarungen richten sich Amtshilferechte und -pflichten nach den Grundsätzen völkerrechtlicher Höflichkeit.¹⁷

3.3. Verwaltungsvollstreckung und Bußgelder

Auch für die Vollstreckung von zugestellten Verwaltungsakten, wie z. B. bei einem Zwangsgeld (§ 94 EnWG) oder bei Bußgeldern (§ 95 EnWG), müsste eine entsprechende **Vollstreckungshilfe** zwischen Deutschland und der Schweiz völkerrechtlich möglich sein. Hierfür sind zunächst internationale **Vereinbarungen** von Belang. So besteht z. B. nach dem Schweizerisch-deutschen Polizeivertrag¹⁸ die Möglichkeit, die Schweizer Behörden bei der Vollstreckung von Sanktionen wegen Zuwiderhandlungen im Straßenverkehr um Hilfe zu ersuchen. Soweit ersichtlich besteht kein für das EnWG unmittelbar einschlägiges verwaltungsrechtliches Vollstreckungsabkommen. Daher richten sich die Amtshilferechte und -pflichten nach den Grundsätzen völkerrechtlicher Höflichkeit.¹⁹ Jedenfalls im Bereich des Verkehrsrechts lehnt die Schweiz es grundsätzlich ab, Bußgelder außerhalb bestehender Abkommen zu vollstrecken.²⁰ Deutsche Gerichte haben es im umgekehrten Fall der Vollstreckungshilfe ebenfalls abgelehnt, ausländische Bußgeldbescheide in Deutschland zu vollstrecken, insoweit hierzu kein völkerrechtliches Abkommen besteht.²¹

17 Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 9. Auflage 2018, § 4 Rn. 24, unter Verweis auf BVerwG NJW 1984, 574 (Vernehmung von Zeugen im Ausland). Siehe auch Hoppe, DVBl 2018, 1200 (1204), zur Zustellung einer Ladung vor einen deutschen Untersuchungsausschuss durch Schweizer Behörden im Wege der Amtshilfe als „außerordentliches Entgegenkommen der Schweizer Behörden“.

18 <https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2003/184/de>, Art. 37.

19 Siehe Fn. 17.

20 <https://www.fedpol.admin.ch/fedpol/de/home/polizei-zusammenarbeit/strassenverkehr.html>.

21 OLG Brandenburg, MDR 2017, 484; AG München, DAR 2015, 700.