

Energierrecht – Ist der Grundstein für die Energiewende gelegt ?

6. Dow Jones Konferenz – Gasmarkt 2012

Frankfurt, 28. März 2012

Rechtsanwältin Dr. Christine Wegerich

Boos Hummel & Wegerich

Rechtsanwälte • Zimmerstraße 56 • 101117 Berlin • Tel.: 030-2009547-0 • Fax: 030-2009547-19 • post@boos-hummel.de

Dr. Christine Wegerich

wegerich@bhw-energie.de



Frau Dr. Wegerich berät im Bereich des Energierechts und des Allgemeinen Vertragsrechts. Zu ihren Mandaten zählen

insbesondere Gasnetzbetreiber, Gaslieferanten und Stadtwerke, die sie zu allen Fragen des regulatorischen Energierechts und zur Energielieferung berät.

Zu ihrer jüngsten Tätigkeit gehört die Beratung von:

- einem Erdgasspeicherbetreiber bei der Umstellung der Verträge aufgrund von Marktgebietzusammenlegungen
- einem Gaslieferanten bei der Neugestaltung der Lieferverträge für Industriekunden und Stadtwerke
- einem Newcomer im deutschen Gasmarkt beim Netzzugang und der Belieferung von Endkunden
- einem Stadtwerk bei den Verhandlungen mit dem Vorlieferanten über einen kartellrechtswidrigen Gasbezugsvertrag.

Agenda

- A. Langzeitlieferverträge - Anpassungen und Auflösungen der alten Verträge?
- B. Take or pay - Noch zeitgemäß im heutigen Gasmarkt?
- C. Rechtliche Handlungsgrundlagen für Gasbeschaffungsverträge

Agenda

- A. Langzeitlieferverträge - Anpassungen und Auflösungen der alten Verträge?**
- B. Take or pay - Noch zeitgemäß im heutigen Gasmarkt?
- C. Rechtliche Handlungsgrundlagen für Gasbeschaffungsverträge

Historie

- Liberalisierung in Deutschland begann 1998 – schleppend...
- 2007 Sektorenuntersuchung der Europäischen Kommission: Gaseinkauf- und Absatz nur über langfristige Verträge alteingesessener Unternehmen mit Take-or-Pay (ToP) – Klauseln, kein effektiver Zugang zu Netzen und Speichern
- Insbesondere innerdeutsche langfristige Verträge führten zu Marktabschottung
- Daher griff 2005 das Bundeskartellamt (BKartA) ein und erließ „Kartellrechtliche Beurteilungsmaßstäbe für langfristige Gaslieferverträge“

Bewertungsgrundsätze des Bundeskartellamts

- Definition „langfristig“: mehr als 2 Jahre
- Grundsatzpapier des BKartA 2005: sog. Mengen-Laufzeit-Gerüst
 - > 80% Bedarfsdeckung: Laufzeit nur bis 2 Jahre
 - 50 – 80 % Bedarfsdeckung: Laufzeit nur bis 4 Jahre
 - Stapelverbot (mehrere Verträge desselben Lieferanten werden zusammen gezählt)
 - Keine englischen Klauseln, keine stillschweigenden Verlängerungen
- Musterverfahren nach diesen Grundsätzen gegen E.ON Ruhrgas: Untersagung entsprechender Verträge
- Bestätigung durch OLG Düsseldorf und BGH
- alle anderen Ferngasunternehmen gaben sog. Verpflichtungszusagen ab

Heutige Situation

- Untersagung des BKartA gegen Ruhrgas galt nur bis 30. September 2010
- Evaluierung der Beschlüsse durch BKartA 2010:
 - Durchschnittliche Vertragslaufzeit bis 2009 ca. 3 Jahre, GWJ 2009/10: 557 Tage
 - Bezugsbindungsquote von im Schnitt 64% im GWJ 2005/06 auf 48% im GWJ 2009/10
 - Nur noch 11% der im GWJ 2009/10 abgeschlossenen Verträge ist Vollversorgung
 - Ergebnis: Wettbewerbsbedingungen hätten sich erheblich verändert, Unbundling zeige Wirkung, Durchleitung erleichtert, Lieferantenwechsel erleichtert, Handel verstärkt
- Daher keine Verlängerung der Verfügung 2010
 - „normale“ kartellrechtliche Prüfung erforderlich

Kartellrechtliche Prüfungsschritte bei Langfristverträgen (I)

- Kartellrechtliche Vorwürfe
 - **Kartellverbot** (Art. 101 AEUV, § 1 GWB): Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen
 - **Missbrauchsverbot** (Art. 102 AEUV, § 19 GWB): Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung
 - **Diskriminierungsverbot** (§ 20 GWB): Verbot unterschiedlicher Behandlung oder unbilliger Behinderung
- Entscheidend: Kombination aus
 - **Vertragslaufzeit**
 - **Marktstellung** des Lieferanten und des Abnehmers
 - **Bezugsbindungsquote**

Kartellrechtliche Prüfungsschritte bei Langfristverträgen (II)

- Erste Frage immer: **Marktabgrenzung**
 - **Sachlich:** Gasbeschaffung, **räumlich:** Deutschland, Großbritannien, Dänemark, Niederlande, Norwegen, Russland, potentiell Algerien
 - **Sachlich:** Weiterverteilung, unterschieden nach H- und L-Gas; **räumlich:** Marktgebiet (NCG oder Gaspool)
 - **Sachlich:** Belieferung von Industriekunden, **räumlich:** bundesweit
- Sonderthemen
 - Destination clause (Beschaffungsverträge)
 - Weiterverkaufsverbot (Industriekundenverträge)
- Im Folgenden Darstellung von Prüfungsschemata
 - dienen nur der Übersichtlichkeit, maßgeblich immer Prüfung im Einzelfall!

Prüfungsschema Kartellverbot (I)

	Bezugsbindung (% vom Gesamtbedarf)	Marktanteil Lieferant/Abnehmer	Maximal erlaubte Laufzeit nach Art. 101 Abs. 1 AEUV
1	Unter 50%	Weniger als 30%	Grdsl. unbedenklich (20-30 Jahre)
2	Unter 50%	Einer oder beide mehr als 30%, keine Marktbeherrschung	Grdsl. unbedenklich, aber Einzelfallbetrachtung
3	50-80%	Weniger als 30%	Mehr als 5 Jahre Richtwert 6-10 Jahre

Prüfungsschema Kartellverbot (II)

	Bezugsbindung (% vom Gesamtbedarf)	Marktanteil Lieferant/Abnehmer	Maximal erlaubte Laufzeit nach Art. 101 Abs. 1 AEUV
4	50-80%	Einer oder beide mehr als 30%, keine Marktbeherrschung	Nicht wesentlich mehr als 5 Jahre
5	80-100%	Weniger als 30%	5 Jahre
6	80-100%	Einer oder beide mehr als 30%, keine Marktbeherrschung	Bis zu 1 Jahr zulässig, mehr als 1 bis 5 Jahre: Einzelfallbetrachtung

Erläuterung Prüfungsschema

- Beschaffungsverträge
 - idR Gruppe 1, seltener 2
 - meist unbedenklich (Ausnahme: destination clause ist Verstoß gegen Kartellverbot)
- Weiterleitungsverträge
 - idR Gruppe 1, seltener 2
 - Bei Bezugsbindung 50-80% (Gruppe 3 und 4) überschreiten die heutigen Verträge meist nicht die zulässige Laufzeit
 - Wenn doch, keine Freistellung, da Vertikal-GVO nicht anwendbar, da potentiell Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien
- Industriekundenverträge
 - idR unbedenklich, Gruppe 3 -5

Prüfungsschema

Missbrauch marktbeherrschender Stellung und § 20 Abs. 1 GWB

	Bezugsbindung (% vom Gesamtbedarf)	Marktanteil	Maximal erlaubte Laufzeit nach Art. 102 AEUV
1	Unter 50%	Marktbeherrschung	Einzelfallabhängig; ca. 15-20 Jahre, ggf. länger
2	50-80%	Marktbeherrschung	kritisch ab 2 Jahren, absolutes Maximum: 5 Jahre
3	80-100%	Marktbeherrschung	Max. 2 Jahre, im Einzelfall kürzer

Erläuterung Prüfungsschema

- Beschaffungsverträge
 - Gemeinsame marktbeherrschende Stellung der vier großen Produzenten, finden sich in Gruppe 1
 - Grds. Unbedenklich, Ausnahme: destination clause
- Weiterleitungsverträge
 - Meist schon keine marktbeherrschende Stellung (Ausnahme: Ruhrgas im Marktgebiet NCG?)
 - Meist innerhalb des erlaubten Rahmens Gruppe 1 und 2
- Industriekundenverträge
 - Missbrauch scheidet aus, da keine marktbeherrschenden Lieferanten in diesem Bereich

Fazit

- Aktuelle Verträge meist innerhalb der kartellrechtlichen Grenzen
- Ausnahmen sind destination clause und Weiterverkaufsverbot
- Dennoch immer sorgfältige Prüfung anhand der Umstände des Einzelfalls
 - Nachbezugsrechte z.B. können zu Verlängerung der Vertragslaufzeiten führen

Agenda

- A. Langzeitlieferverträge - Anpassungen und Auflösungen der alten Verträge?
- B. Take or pay - Noch zeitgemäß im heutigen Gasmarkt?**
- C. Rechtliche Handlungsgrundlagen für Gasbeschaffungsverträge

Veränderte Marktsituation

- noch 2009 rund 70 % der Erdgaslieferungen in Europa über langfristige ToP-Verträge
- Heute aber veränderte Marktsituation durch mehrere Faktoren:
 - fortschreitende Liberalisierung (BKartA, Musterverfahren gegen Ruhrgas, Zusammenlegung von Marktgebieten)
 - Finanz- und Wirtschaftskrise: 2009 erheblicher Rückgang des Gasverbrauchs, insbes. bei Großindustrie
 - parallel: umfangreiche LNG-Lieferungen (Grund: Importrückgang der USA) sorgen für andauerndes Überangebot an Gas in ganz Europa -> deutliches Absinken der Handelspreise für Erdgas gegenüber den vertraglich vereinbarten Preisen

Daraus folgende Fragen

- **Rechtliche Frage:**
 - Gibt es für in ToP-Verträgen gebundene Abnehmer Möglichkeiten den Vertrag für ungültig zu erklären oder eine Anpassung an die neuen Marktgegebenheiten zu verlangen?
- **Generelle Frage:**
 - Haben die traditionellen ToP-Verträge auf dem Gasmarkt eine Zukunft?

Zivilrechtliche Bewertung der ToP-Klausel

- Zahlreiche Ansatzpunkte:
 - AGB-Recht (Vertragsstrafe oder pauschalierter Schadensersatz; „unangemessene Benachteiligung“?)
 - 134 BGB (Verstoß gegen gesetzliches Verbot)
 - 138 BGB (Sittenwidrigkeit)
 - Höhere Gewalt
 - Preisrevisionsklauseln
 - Spezifische Wirtschaftsklauseln
 - Allgemeine Wirtschaftsklauseln
 - § 313 BGB (Störung und Wegfall der Geschäftsgrundlage)
 - § 314 BGB (Kündigung aus wichtigem Grund)

Ergebnis der zivilrechtlichen Bewertung (I)

- Grundsätzlich sind ToP-Klauseln zulässige Instrumente privatautonomer Vertragsgestaltung
- Im Einzelfall: 134 BGB i. V. m. kartellrechtlichem Verbot oder 138 Abs. 1 BGB
- Beispiele: Weiterverkaufsverbote im Hinblick auf das *minimum take* und destination clauses verstoßen gegen Kartellrecht und sind daher nach § 134 BGB nichtig, ebenso verstoßen sie gegen AGB—Recht (§ 307 Abs. 1 BGB)
- Anpassungs- und Auflösungsöglichkeiten aufgrund Nachfragerückgang oder Preisspread nur über vertragliche Preisrevisions- oder spezifische Wirtschaftsklauseln

Ergebnis der zivilrechtlichen Bewertung (II)

- Im Ergebnis:
 - **Internationale Beschaffungsverträge:** deutsches Vertragsrecht meist nicht anwendbar – aber vertraglich vereinbarte Anpassungsmechanismen (Preisrevisionsklausel, spezifische Wirtschaftsklausel) sind vom jeweiligen Gericht zu beachten
 - **Nachfolgende Absatzstufen:** deutsches Vertragsrecht anwendbar, führt idR aber nicht zur Unwirksamkeit der Verträge, auch hier: maßgeblich sind vertraglich vereinbarte Anpassungsklauseln

Zukunft der ToP-Verträge – Ausblick (I)

- Langfristige ToP-Verträge stammen aus einer Zeit als es noch keinen Gas-zu-Gas-Wettbewerb gab
- Wettbewerb wird sich entwickeln, sobald ausreichend Kauf- und Verkaufsliquidität und Transportkapazitäten
 - langfristige ToP-Verträge mit fixem ölindezitierten Preis werden zum Problem
- Liberalisierung durch Gesetzgebung, Durchsetzung durch Gerichte und Wettbewerbsbehörden und Zusammenlegung der Marktgebiete, Zusammenwachsen isolierter Märkte durch LNG befördern Wettbewerb
 - Mängel noch im Kapazitäts- und Speicherbereich

Zukunft der ToP-Verträge – Ausblick (II)

- Beschaffungsverträge werden wegen weiterhin bestehender Importabhängigkeit langfristiger Natur bleiben und eine ToP-Klausel beinhalten
- d. h. ToP-Klausel wird auch auf weiteren Marktstufen nicht verschwinden:
 - kann aber einen sinnvollen Portfoliobestandteil darstellen
- insgesamt weitere Auflösung der alten Lieferstrukturen, Verwischung der bisherigen Stufen der Gaswirtschaft
 - Anhaltende Diskussion um Ölpreisbindung
 - erstmals Einleitung Schiedsverfahren Ruhrgas ./ Gazprom
 - Gazprom drängt auf deutschen Markt

Agenda

- A. Langzeitlieferverträge - Anpassungen und Auflösungen der alten Verträge?
- B. Take or pay - Noch zeitgemäß im heutigen Gasmarkt?
- C. Rechtliche Handlungsgrundlagen für Gasbeschaffungsverträge**

Gasbeschaffung – rechtliche Handlungsgrundlagen

- Kartellrechtliche Vorgaben beachten
- Möglichkeiten der **Vertragsanpassung** an veränderte Bedingungen
i. d. R. **nur aufgrund vertraglicher Anpassungsmechanismen**
- Vorteile durch Formulierung von sinnvollen Anpassungsklauseln:
 - **Preisrevisionsklauseln** (Preis)
 - **spezifische Wirtschaftsklauseln** (Menge)

Wir danken für Ihre Aufmerksamkeit.

Boos Hummel & Wegerich

Rechtsanwälte • Zimmerstraße 56 • 10117 Berlin • Tel.: 030-2009547-0 • Fax: 030-2009547-19 • post@boos-hummel.de