

BUNDESKARTELLAMT

Bonn, den 25.01.2005

8. Beschlussabteilung

B 8 – 113/03

Kartellrechtliche Beurteilungsgrundsätze

zu langfristigen Gasverträgen

Vorbemerkung:

Auch sechs Jahre nach seiner Liberalisierung kommt die Entwicklung des Wettbewerbs auf dem Gassektor nur schleppend voran. Eine wesentliche Ursache hierfür liegt darin begründet, dass auf den Märkten für die Belieferung von Gasweiterverteilern langfristige vertragliche Bindungen eine Marktöffnung verhindern. Das Bundeskartellamt hat sich der Problematik angenommen und Beurteilungsgrundsätze erarbeitet, die eine Grundlage für die kartellrechtliche Bewertung der Ausgestaltung von Gaslieferverträgen bilden sollen. Mit der Veröffentlichung an dieser Stelle soll den Marktteilnehmern sowie der interessierten Fachöffentlichkeit die Gelegenheit gegeben werden, zu den nachstehend aufgeführten Eckpunkten einer kartellrechtskonformen Vertragsgestaltung Stellung zu beziehen. Die Stellungnahmen können Berichte über Erfahrungen mit der gegenwärtigen Vertragssituation enthalten und mögen bestehende Marktzutrittsschranken aufzeigen; sie können auch weitergehende Vorschläge dahingehend enthalten, wie die Vertragslage künftig kartellrechtskonform ausgestaltet werden kann.

Die Stellungnahmen werden erbeten bis zum 28.02.2005 und können postalisch an folgende Adresse übermittelt werden:

Bundeskartellamt
8. Beschlussabteilung
Kaiser-Friedrich-Str. 16
53113 Bonn

Auch per Fax bzw. per Email werden Stellungnahmen unter nachstehenden Adressen entgegen genommen:

Fax: 0228 9499 400

Email: gasvertraege@bundeskartellamt.bund.de

A. Ausgangslage

Wegen ihres kartellrechtlich bedenklichen Abschottungseffekts war die Wirksamkeit langfristiger Gasverträge bereits Gegenstand verschiedener Kartellzivilverfahren.

Nach der kurzfristigen Revisionsrücknahme im Kartellzivilverfahren Thyssengas GmbH ./ STAWAG Stadtwerke Aachen AG (Az. des Bundesgerichtshofs: KZR 26/01) hat sich die 8. Beschlussabteilung entschlossen, die Problematik langfristiger Gaslieferungsverträge aus eigenem Ermessen aufzugreifen¹). Sie hat deshalb eine Reihe von Verwaltungsverfahren von Amts wegen eingeleitet. Speziell zur Prüfung der Abschottungswirkung sind Daten aus den Lieferverträgen der Gaswirtschaftsjahre 2000/2001 und 2001/2002 erhoben worden, die zwischen den damals 14 in Deutschland tätigen Ferngasgesellschaften und den 4 Erdgasförderungsgesellschaften als Lieferanten und den regionalen und lokalen Weiterverteilern als Abnehmern geschlossen wurden. Die Erhebung hat ergeben, dass es sich bei fast drei Vierteln dieser Lieferverträge um solche handelt, die den gesamten Bedarf des Weiterverteilers abdecken (sog. Gesamtbedarfsdeckungsverträge) oder Liefermengen zwischen 80 % und 100 % des Bedarfs des Weiterverteilers zum Gegenstand haben (sog. Quasi-Gesamtbedarfsdeckungsverträge). Lediglich ein kleiner Teil betrifft ein Liefervolumen von 50 % - 80 % des Bedarfs. Nahezu alle vorgenannten Verträge haben Laufzeiten von über vier Jahren, sei es ab Vertragsschluss oder sei es ab der Liberalisierung. Die meisten der befragten Unternehmen, insbesondere die volumenstarken Lieferanten verfügen über einen hohen Anteil an den o.g. Gesamtbedarfsdeckungs- und Quasi-Gesamtbedarfsdeckungsverträgen. Die Anteile reichen je nach Unternehmen von 61 % bis 92 % des Vertragsbestands.

Über seine Ermittlungstätigkeit hat das Bundeskartellamt die Generaldirektion Wettbewerb der Kommission informiert und die rechtliche Bewertung sowie die weitere Vorgehensweise mit Vertretern der Kommission erörtert.

B. Rechtliche Bewertung

Das Bundeskartellamt hat bereits in seiner Presseerklärung vom 7. November 2003 zum Revisionsverfahren i. S. *Thyssengas ./ STAWAG* darauf aufmerksam gemacht, dass die langfristige Bindung eines Weiterverteilers mit seinem gesamten Bedarf oder zumindest eines sehr hohen Anteils mit europäischem und deutschem Kartellrecht

¹ Vgl. Presseerklärung des Bundeskartellamtes vom 07. November 2003.

unvereinbar ist²⁾). Diese Auffassung wird durch verschiedene obergerichtliche Entscheidungen bestätigt, wonach die Praxis langfristiger Gesamtbedarfsdeckungsverträge gegen Art. 81, 82 EG und §§ 1, 19, 20 GWB verstößt³⁾. Für die Beschlussabteilung steht in den vorliegenden Verfahren die Beurteilung nach Art. 81 EG im Vordergrund.

I. Nach Art. 81 Abs. 1 EG sind mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken.

1. Die hier in Rede stehenden Vertikalvereinbarungen zwischen den etablierten Gaslieferanten und den Weiterverteilern bewirken hinsichtlich Laufzeit und Menge der Gasbelieferung eine Beschränkung des Wettbewerbs bei der (erstmaligen) Belieferung von Weiterverteilerkunden zulasten der anderen Gaslieferanten, und zwar im Sinne einer mit Art. 81 Abs. 1 EG unvereinbaren Marktabstottung. Denn die bereits etablierten Gaslieferanten binden ihre Kunden mittels der Vereinbarungen über Laufzeit und Menge in einer Weise an sich, dass diese dritten Lieferanten als Kunden nicht zur Verfügung stehen.

In Bezug auf die vereinbarten Lieferquoten ergibt sich dies aus Folgendem:

Nach dem Ergebnis der Ermittlungen sind die im Netzgebiet eines bestimmten Lieferanten jeweilig ansässigen Weiterverteiler mit einem großen Anteil zu 100 % ihres Gasbedarfs langfristig zum Bezug bei diesem Lieferanten verpflichtet. Ein weiterer erheblicher Teil ist mit Quoten zwischen 80 % und 100 % gebunden, was im kartellrechtlichen Sinne einem Wettbewerbsverbot gleichzusetzen ist⁴⁾. Dadurch fehlen anderen Gaslieferanten, die an der Belieferung von Weiterverteilern in dem jeweiligen Netzgebiet interessiert sind, in nennenswertem Umfang "freie" Kunden zur Belieferung mit Gas. Solche interessierten Drittlieferanten können zum einen Newcomer sein, zum anderen auch etablierte deutsche Gasversorger, die

²⁾ Vgl. www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/archiv/PressemeldArchiv/ArchivPresse.html.

³⁾ Vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 07.11.2001, Az. U(Kart) 31/00, Urteilsausfertigung S. 33 ff. = WuW/E DE-R 854 ff. "*Stadtwerke Aachen*"; OLG Stuttgart, Urt. v. 21.03.2002, Az. 2 U 136/01, Urteilsausfertigung S. 23 ff. = RdE 2002, 182 ff.

⁴⁾ Vgl. Art. 1 Buchst. b) der Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. 1999 L 336/21.

etwaige Kundenverluste in ihren Netzgebieten durch Akquisitionen in anderen Netzgebieten wettmachen wollen.

Selbst wenn man die Betrachtung nicht auf die Verhältnisse im Netzgebiet eines bestimmten Lieferanten beschränken, sondern das ganze Bundesgebiet zugrundelegen wollte, würden die einzelnen Langfristverträge ebenfalls eine Beschränkung des Wettbewerbs in Sinne einer Abschottung bewirken. Denn sie sind Teil eines Netzes paralleler Langfristverträge, die in ihrer Gesamtheit⁵⁾ den verbotenen Abschottungseffekt herbeiführen. Die Erhebung hat ergeben, dass fast drei Viertel der Lieferverträge über Liefermengen oberhalb von 80 % mit langen Laufzeiten abgeschlossen worden sind.

Die Abschottungswirkung besteht in den untersuchten Fällen auch über einen für die geschäftlichen Belange der alternativen Lieferanten relevanten Zeitraum hinweg.

Das Bundeskartellamt hatte bereits in seiner Stellungnahme im Revisionsverfahren i. S. *Stadtwerke Schwäbisch Hall GmbH ./.* *Gasversorgung Süddeutschland GmbH* ausgeführt, dass die Gesamtbedarfsdeckungsklausel nur mit einer Laufzeit von zwei Jahren ohne Verstoß gegen Kartellrecht hätte vereinbart werden können, und dies mit den sehr hohen Marktanteilen, dem gesetzgeberischen Ziel der Marktöffnung und dem Fehlen von Rechtfertigungsgründen begründet⁶⁾. Zudem hatte es auf vergleichbare Wertungen in der deutschen und europäischen Rechtsprechung⁷⁾ sowie im Schrifttum⁸⁾ Bezug genommen. In seiner späteren Stellungnahme im Revisionsverfahren *Thyssengas GmbH ./.* *STAWAG* hatte das Amt diese Wertung – immer das Fehlen von Rechtfertigungsgründen unterstellt - auf Verträge mit einer Bezugsquote über 80 % ausgedehnt. Zusätzlich hatte es darauf hingewiesen, dass auch

⁵⁾ Zur Berücksichtigung der sich aus dem Bestehen weiterer Bindungen ergebenden kumulativen Wirkung vgl. EuGH, Urt. v. 28.02.1991, Rs. C-234/89, Slg. 1991, I-935 - *Delimitis*; Mitteilung der Kommission über Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1, Rdnr. 119 Nr. 6 f.

⁶⁾ BKartA, St. v. 20.03.2003, S. 22 f.

⁷⁾ OLG Stuttgart, Urt. v. 21.03.2002, Az. 2 U 136/01, Urteilsausfertigung S. 29 = RdE 2002, 182 ff.; EuG Slg. 1995, II-1533, Rz. 94 ff. "*Langnese-Iglo*"; Slg. 1995, II-1611, Rz. 71 ff. "*Schöller*"; EuGH WuW/E EU-R 381, 383 "*Neste Markoointi Oy/Yötuuli Ky*".

⁸⁾ *Markert* EuZW 2000, 427, 428 f.; *Säcker/Jäcks*, Langfristige Energielieferverträge und Wettbewerbsrecht, 2002, S. 22.

Verträge mit einer geringeren Bezugsquote zur Vermeidung von Abschottungseffekten nur zeitlich limitiert möglich sind⁹⁾).

Die betroffenen Unternehmen haben in diesem Zusammenhang geltend gemacht, dass die Kommission in früheren Fällen weitaus großzügigere Laufzeiten akzeptiert habe. Hierzu ist anzumerken, dass die betreffenden Fälle – *Electrabel* und *Synergen* – nicht auf die deutsche Gasmarktsituation übertragbar sind¹⁰⁾. Die vom Bundeskartellamt vorliegend eingenommene Linie ist diesbezüglich vollständig konsistent mit der gegenwärtigen Sichtweise der Kommission.

Legt man also mit der Beschlussabteilung als zeitliche Grenze für Gesamtbedarfsdeckungs- und Quasi-Gesamtbedarfsdeckungs-verträge, die keine Abschottungswirkung auslösen, zwei Jahre zugrunde, so ist –nach dem Ergebnis der Ermittlungen – diese Grenze in den Verträgen der meisten etablierten Lieferanten überschritten.

2. Auch die übrigen Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 81 Abs. 1 EG sind erfüllt. Die in Rede stehenden Vereinbarungen sind insbesondere geeignet, den zwischenstaatlichen Handel spürbar zu beeinträchtigen¹¹⁾. In ihrer Gesamtheit betreffen die parallelen Vertragsnetze der Ferngas- und Erdgasförderungsgesellschaften die Belieferung mit Gas in einem bedeutenden Teil des Gemeinsamen Marktes, zumal mit deren Absatz mengenmäßig 90 % der an Weiterverteiler in Deutschland erstmals abgesetzten Menge erfasst sind.

- II. Die betroffenen Langfristverträge sind in der Regel auch nicht gemäß Art. 81 Abs. 3 EG vom Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG ausgenommen.

Eine Rechtfertigung der fraglichen Vertragspraxis lässt sich aus den zu Art. 81 Abs. 3 EG ergangenen Gruppenfreistellungsverordnungen nicht ableiten. Insbesondere eine Freistellung nach der Vertikal-GVO scheitert schon daran, dass der Anteil der jeweiligen Lieferanten in den jeweils relevanten Märkten die festgelegte Obergrenze von 30 % in der Regel überschreitet¹²⁾. Für die Berechnung zu Grunde zu legen ist dabei der Markt für die Erstbelieferung von

⁹⁾ BKartA, St. v. 10.10.2003, S. 18 f.

¹⁰⁾ Vgl. Pressemitteilungen der Kommission IP/97/351 v. 25.04.1997 und IP/02/792 v. 31.05.2002; vgl. auch *Ritter WuW* 2002, 364; *Markert WuW* 2002, 580 f.

¹¹⁾ Vgl. auch *Markert WRP* 2003, 356, 362, 365.

¹²⁾ Art. 3 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission v. 22.12.1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. 1999 L 336/21.

Weiterverteilern durch überregionale Ferngasunternehmen in ihrem jeweiligen Netzgebiet. Ansonsten ist die Beschlussabteilung gemäß Art. 29 Abs. 2 der VO Nr. 1/2003¹³⁾ befugt, den Rechtsvorteil der Gruppenfreistellungsverordnung für das inländische Marktgebiet zu entziehen, da die Wirkungen der fraglichen Verträge mit Art. 81 Abs. 3 EG unvereinbar sind und jeweils in einem Gebiet in Deutschland auftreten, das alle Merkmale eines gesonderten räumlichen Marktes aufweist. Nach den Freistellungsvoraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG müssten die langfristigen Bezugsvereinbarungen unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder –verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass hierfür unerlässliche Beschränkungen auferlegt oder Möglichkeiten zum Ausschalten des Wettbewerbs eröffnet werden.

1. Anerkannt ist im vorliegenden Zusammenhang von Kommission und Bundeskartellamt, dass lange Laufzeiten kombiniert mit hohen Liefermengen durch besonders umfangreiche vertragsspezifische Investitionen auf Abnehmer- wie auf Lieferantenseite gerechtfertigt sein können¹⁴⁾. Diese können Investitionen zur Erschließung von Gasquellen ebenso umfassen wie den Bau neuer gasbetriebener Kraftwerke. Auf diese Weise wird im Rahmen der Prüfung nach Art. 81 EG berücksichtigt, dass große Investitionen oftmals langfristiger Planungssicherheit bedürfen, um die Finanzierung zu ermöglichen und die Amortisation einer Investitionen zu erlauben. Soweit sich im Verlaufe der Verfahren vereinzelt Stadtwerke im Interesse ihrer Kraftwerksprojekte formlos bei den Kartellbehörden für einen Erhalt der Möglichkeit zu langfristigen Bezugsverträgen eingesetzt haben, ist deshalb eine Gefährdung berechtigter Investitionsinteressen nicht gegeben.

Dieser Rechtsgedanke ist unter gewissen Einschränkungen auch auf den Bereich der Transportleitungen übertragbar. Transportleitungen lassen sich bei Auftragsverlust immerhin noch über Durchleitungsentgelte amortisieren und werden selbst in Situationen mit Stichleitungswettbewerb zumindest nicht dauerhaft nutzlos. Auch der Bundesgerichtshof ist in diesem Zusammenhang restriktiv und zieht

¹³⁾ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 v. 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003 L 1/1.

¹⁴⁾ Vgl. Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. 2000 C 291/1, Rn. 116, Ziff. 4; BKartA, St. v. 20.03.2003, S. 12 f.

selbst bei weniger einschneidenden Wettbewerbsbeschränkungen Laufzeiten von mehr als fünf Jahren nicht oder jedenfalls in aller Regel nicht in Betracht¹⁵⁾). Rechtfertigungslagen in Bezug auf für Weiterverteilzwecke genutzte Transportnetze sind deshalb nicht vertieft erörtert worden.

Soweit einzelne Ferngasunternehmen ganz allgemein darauf aufmerksam gemacht haben, dass eine restriktive Beurteilung von langfristigen Gaslieferverträgen durch die Beschlussabteilung zu einem Investitionsstau in Deutschland beitragen würde, greift diese Überlegung in Anbetracht der dargestellten Möglichkeiten, solche Erfordernisse im Rahmen von Art. 81 Abs. 3 EG zu berücksichtigen, nicht durch.

2. Soweit die Ferngasunternehmen Gründe zur Rechtfertigung ihrer Vertragspraxis angeführt haben, wurde im Wesentlichen wie folgt argumentiert: Sie seien gezwungen, die langfristigen Bindungen auf der Absatzseite weitgehend spiegelbildlich zu ihrer Bezugsseite zu gestalten. Hierfür seien die langfristigen Importverträge auf take or pay-Basis ursächlich, die wiederum aus Gründen der Versorgungssicherheit für Gaskunden in Deutschland notwendig seien, zu einem niedrigen Preisniveau beitragen und eine sachgerechte Risikoverteilung gewährleisten. Speziell zur Versorgungssicherheit haben einzelne Ferngasunternehmen ausgeführt, dass langfristige Importverträge politisch gewollt und auch typisch seien für importabhängige Länder. So würden Importeure in Großbritannien, das sich gegenwärtig von einem Export- zu einem Importland entwickle, erstmals langfristige Verträge abschließen. Zum Aspekt der Risikoverteilung meinen die Unternehmen zusammengefasst, das von der Zivilrechtsordnung an sich anerkannte Institut des Liefervertrags komme im Geschäft mit Gasweiterverteilern nur zustande, wenn Lieferverträge auf langfristiger Basis abgeschlossen werden könnten.

Die Beschlussabteilung ist dem entgegengetreten:

Bezüglich der Frage der Versorgungssicherheit ist sie sich bewusst, dass jene als maßgebliches Kriterium Eingang in die geltende

¹⁵⁾ Vgl. BGH, B. v. 18.02.2003, Az. KVR 24/01, Beschlussausfertigung S. 14 = WuW/E DE-R 1119 ff. "Verbundnetz II"; B. v. 18.02.2003, Az. KVR 25/01, Beschlussausfertigung S. 14.

Erdgasbinnenmarkt-Richtlinie gefunden hat¹⁶⁾, wengleich mit der Verknüpfung an ernste wirtschaftliche Gefährdungen hohe Anforderungen bestehen. Allerdings berühren die eröffneten Verfahren die Versorgungssicherheit nicht unmittelbar, denn sie zielen nicht auf die Untersagung der von den Ferngasgesellschaften geschlossenen Importverträge ab, sondern haben lediglich die nachfolgende Handelsstufe im Blick. Es geht also um Gas, das bereits von inländischen Importeuren an inländische Nachfrager angeboten werden kann.

Die Beschlussabteilung hat auch das Argument zurückgewiesen, kurzfristige Verträge würden zu einem dauerhaft höheren Preisniveau in Deutschland führen. Es mag zwar sein, dass Ferngasgesellschaften für längere Laufzeiten günstigere Preise gewähren; auch mag es Abnehmer geben, die sich bei vergleichsweise niedrigem Preisniveau langfristig eindecken möchten. Es darf aber nicht übersehen werden, dass das gegenwärtige Preisniveau auf abgeschotteten Märkten basiert und damit nach wirtschaftlicher Erfahrung insgesamt marktunüblich hoch ist. Dies belegen Beispiele von Weiterverteilern, die nach ihrem Ausstieg aus langfristigen Lieferverträgen mit etablierten Ferngasgesellschaften andere für sie günstige, insbesondere mit kurzfristigen Laufzeiten verbundene Bezugsmöglichkeiten gefunden haben. Weitere Abnehmer werden sich ebenfalls anders orientieren, wenn sie erst einmal die Freiheit dazu haben. Durch kurzfristige Verträge würden erstmals auf breiter Front Drittangebote ermöglicht mit der Folge eines Absinkens des Preisniveaus insgesamt.

Schließlich ist die langfristige Bindung von Abnehmern in dem vorliegend festgestellten Ausmaß nicht unter dem Gesichtspunkt der Risikoverteilung gerechtfertigt. Zweifel bestehen hier zunächst unter quantitativen Gesichtspunkten, denn die beanstandete Vertragspraxis ließe sich – vom Standpunkt der Unternehmen aus – nur in dem Umfang rechtfertigen als überhaupt Importmengen langfristig und auf der Basis von *take or pay* bezogen werden müssen. Aber vor allem bei qualitativer Betrachtung ist es aus Sicht der Beschlussabteilung für eine Aufrechterhaltung des Weiterverteilgeschäfts der Ferngasgesellschaften (und damit zugleich im Interesse der Versorgungssicherheit auf den Weiterverteilermärkten) nicht

¹⁶⁾ Vgl. Erwägungsgrund 27 der Richtlinie 2003/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.06.2003 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG, ABl. 2003 L 176/57.

erforderlich, auf der Bezugsseite bestehende Risiken nahezu spiegelbildlich weiterzugeben.

Erstens entspricht es der Natur der Sache, dass ein Händler dem Risiko ausgesetzt ist, die fest eingekaufte Ware abzusetzen. Dieses Prinzip herrscht selbst im Falle verderblicher Waren wie Lebensmitteln. Für das schwer speicherbare Gas kann im Ausgangspunkt nichts anderes gelten. Den betroffenen Lieferanten verbleibt die Möglichkeit, bestehende Kunden in kürzeren Abständen durch attraktive Angebote zu umwerben. Zudem soll ihnen durch das Verfahren auch selbst die Möglichkeit eingeräumt werden, verstärkt Neukunden zu akquirieren.

Zweitens ist zu berücksichtigen, dass ein langfristiger Bezug von Gas für die Ferngasunternehmen nicht zwingend als reines Absatzrisiko zu bewerten ist, sondern ihnen ebenso Vorteile bringt. Sie können sich so langfristig Zugang zu den ausländischen Beschaffungsquellen sichern und erhalten Planungssicherheit bezüglich ihrer Einkaufspreise.

Drittens sind *take or pay*-Klauseln in Importverträgen nicht streng zu verstehen¹⁷⁾. Die Klauseln können Schwankungsbreiten umfassen oder eine jahresübergreifende Betrachtung vorsehen. Außerdem kann im Falle von Absatzrückgängen mit dem Produzenten nachverhandelt werden. Denn der Produzent hat nicht zwingend ein Interesse, auf der *take or pay*-Verpflichtung zu bestehen, weil das überschüssige Gas dann billig in den deutschen Markt gegeben würde und dies bei der nächsten Preisrevision auf ihn zurückschlagen würde.

Nach alledem kommt auch eine individuelle Rechtfertigung der langfristigen Lieferungsverträge – außerhalb von Fällen besonders umfangreicher vertragsspezifischer Investitionen – oberhalb der mitgeteilten Schwellenwerte in der Regel nicht in Betracht.

- III. Als Ergebnis ist insoweit festzuhalten, dass – wie das Bundeskartellamt bereits in seinen Stellungnahmen im Rahmen der beiden Kartellzivilverfahren Stadtwerke Schwäbisch Hall / Gasversorgung Süddeutschland und Thyssengas / Stadtwerke Aachen deutlich gemacht hat –

Gaslieferverträge als unzulässig angesehen werden, die

¹⁷⁾ Vgl. zur Vertragspraxis in Importverträgen *Bergschneider/Schumacher*, Langfristige Gaslieferverträge: Wurzeln und Entwicklungsperspektiven, emw 2004, 12, 15/16.

- mit einer Bedarfsdeckung von mehr als 80 % und einer Laufzeit von mehr als zwei Jahren sowie
- mit einer Bedarfsdeckung von mehr als 50 % bis einschließlich 80 % und einer Laufzeit von mehr als vier Jahren

verbunden sind.

C. Eckpunkte einer kartellrechtskonformen Vertragsgestaltung

Zur Abwendung konkreter Untersagungsverfügungen haben einige der Ferngasunternehmen Lösungsvorschläge erarbeitet und mit dem Bundeskartellamt erörtert. Darüber hinaus sind auch Anregungen von dritter Seite eingegangen. Die Beschlussabteilung hat die Anregungen gewichtet, ergänzt und zusammengefasst. Die folgenden Ausführungen geben damit nicht notwendigerweise die individuellen Auffassungen der Gesprächspartner des Bundeskartellamtes wieder.

Seitens der Ferngasunternehmen und auch einzelner Weiterverteiler wurde deutlich gemacht, dass die vom Bundeskartellamt zunächst favorisierte Lösung – eine weitgehende Überführung der Langfristverträge in kurzfristige 100%-Verträge mit einer Laufzeit von bis zu zwei Jahren den Interessen der Marktbeteiligten, insbesondere nach Planungssicherheit, in vielen Fällen nicht gerecht wird. Die Beschlussabteilung hat sich daher auf Lösungsmöglichkeiten im Rahmen eines Mehrlieferanten-Modells bei unterschiedlichen Laufzeiten konzentriert. Ausgangspunkt sind insoweit die oben genannten Schwellenwerte hinsichtlich des Grades der Bedarfsdeckung und der Laufzeit der Verträge.

Anderweitige Erfahrungen mit Quotenfreigaben und die weitere Diskussion haben allerdings auch gezeigt, dass es für eine Öffnung der Märkte nicht ausreicht, potenziellen Zweitlieferanten im Hinblick auf die genannten Schwellenwerte lediglich *nominell* einen Anteil von mindestens 20 % der im vorhinein abzuschätzenden Gesamtbedarfsmenge eines Abnehmers offen zu halten. Insoweit wurde deutlich, dass für einen Zweitlieferanten der Abschluss eines Gaslieferungsvertrags in der genannten Größenordnung ökonomisch nicht in Betracht kommt, wenn er für die Möglichkeit, einen verhältnismäßig geringen Teil der erwarteten Gesamtbedarfsmenge zu liefern, einen erheblichen Teil des finanziellen Risikos tragen muss, das sich aus der Divergenz zwischen der (für den Fall eines Kaltjahrs) vorzuhaltenden Menge einerseits und der in dem jeweiligen Jahr tatsächlich abgesetzten Menge andererseits ergibt.

Auf der Basis der eingegangenen Vorschläge hat die Beschlussabteilung einige Eckpunkte formuliert, die eine Grundlage für die kartellrechtliche Bewertung der zukünftigen Vertragsgestaltung bilden sollen.

1. Die Schwellenwerte beziehen sich auf den Anteil am tatsächlichen Bedarf

Die Schwellenwerte beziehen sich auf den tatsächlichen Bedarf und nicht auf eine von den Unternehmen festgelegte Referenzmenge. Will der Hauptlieferant einen Vertrag über eine Laufzeit von zwei bis vier Jahren schließen, müssen dem Zweitlieferanten Absatzmöglichkeiten in Höhe von mindestens 20 % der nachgefragten Gesamtmenge *effektiv* zur Verfügung stehen. Bei einer Vertragslaufzeit von mehr als vier Jahren sind dem Zweitlieferanten entsprechend mindestens 50 % *effektiv* offen zu halten. Umgekehrt darf die Gesamtvertragsmenge des Hauptlieferanten 80 % bzw. 50 % des tatsächlichen Bedarfs nicht überschreiten.

2. Die Höhe des vom Zweitlieferanten zu tragenden Anteils an dem abzudeckenden Risiko darf die Höhe seines Anteils an der Gesamtvertragsmenge nicht überschreiten

Entscheidend für die erfolgreiche Realisierung eines Mehrlieferantenmodells ist die angemessene Verteilung der abzudeckenden Risiken, und zwar sowohl zwischen dem Haupt- und Zweitlieferanten, als auch zwischen dem belieferten Weiterverteiler und den Lieferanten.

Soll die Öffnung des jeweiligen Marktes zugunsten eines Zweitlieferanten gelingen, darf die Höhe des vom Zweitlieferanten zu tragenden Anteils an dem abzudeckenden Risiko die Höhe seines Anteils an der Gesamtvertragsmenge nicht überschreiten.

Je kleiner der dem Zweitlieferanten offenstehende Anteil am tatsächlichen Gesamtbedarf ist, desto geringer muss auch das Risiko sein, dass der Zweitlieferant durch Vorhaltung abzusichern hat, d.h. umgekehrt, dass je näher sich der Anteil des Hauptlieferanten der 80 % - Marke nähert, desto größer auch sein Anteil an dem Risiko sein muss, aufgrund der Divergenz zwischen vorzuhaltender Kaltjahresmenge und tatsächlichem Verbrauch Verluste zu erleiden.

Soll der Weiterverteiler überhaupt ein Interesse an der Belieferung durch einen Zweitlieferanten haben, dürfen die Take-or-pay-Regelungen im Vertrag mit dem Hauptlieferanten nicht so gefasst sein, dass aus Risikoerwägungen ein Vertragsschluss unterbleibt.

Als Elemente der Risikoverteilung kommen zum Beispiel in Betracht:

- eine zugunsten der Weiterverteiler großzügigere Gestaltung der durch Take-or-Pay gebundenen Menge,
- die Einräumung eines Rechts des Abnehmers, einen bestimmten Prozentsatz einer in einem Warmjahr bezahlten, aber nicht abgenommenen Menge auf das Folgejahr zu übertragen,
- die Einräumung eines Nachbestellrechts in Kaltjahren in Höhe eines bestimmten Prozentsatzes der Vertragsmenge.

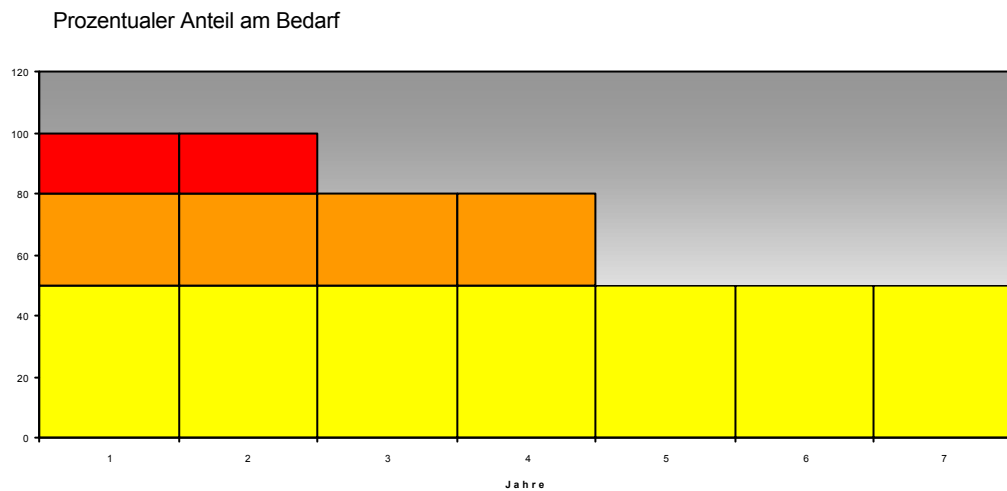
Zu beachten ist bei den vorgenannten Punkten aber, dass eine größere Flexibilität zugunsten des Weiterverteilers nicht notwendig gleichbedeutend ist mit einer Senkung der Marktzutrittsschranken für einen potenziellen Zweitlieferanten. Wird einem Stadtwerk etwa zusätzlich zu einer Vertragsmenge in Höhe von 80 % des erwarteten Gesamtbedarfs ein großzügiges Nachbezugsrecht eingeräumt, kann der Anreiz, entsprechende feste Mengen bei einem potenziellen Zweitlieferanten zu erwerben, entfallen. So kann die größere Flexibilität beim Hauptlieferanten dazu führen, dass die vom Zweitlieferanten effektiv absetzbare Menge dauerhaft unter die für die rechtliche Zulässigkeit eines mittelfristigen Hauptlieferantenvertrags geforderte Grenze von 20 % fällt. Gleiches gilt auch bei einer großzügigen Ausgestaltung der Take-or-Pay-Verpflichtung oder des Übertragungsrechts. Bei allen Verbesserungen zugunsten der Weiterverteiler sollte daher darauf geachtet werden, dass die vom Hauptlieferanten *tatsächlich* abgesetzte Menge die vorgegebenen Schwellenwerte nicht überschreitet.

- Die gestalterisch einfachste Möglichkeit besteht darin, dass sich Zweitlieferant und Weiterverteiler im Voraus auf eine feste Liefermenge in Höhe von mindestens 20 % des tatsächlichen Bedarfs einigen. Da bei einer bandähnlichen Struktur der Lieferung der Zweitlieferant keinerlei Mengen- oder Leistungsrisiken trägt, ist im Vertrag des Hauptlieferanten allein die 4-Jahres-Grenze zu beachten. Es entfällt die Notwendigkeit, in den Vertrag des Hauptlieferanten weitere Mechanismen der Risikoverteilung zugunsten des Zweitlieferanten aufzunehmen.

Im Ergebnis wird das Bundeskartellamt den Lieferungsvertrag des Hauptlieferanten dann als kartellrechtlich unbedenklich erachten, wenn das von ihm getragene Risiko proportional mindestens der Größe seines Vertragsanteils entspricht.

3. Mehrere Lieferverträge zwischen Lieferant und Kunde werden in ihrer Wirkung als ein Vertrag angesehen

Als Reaktion auf die vom Bundeskartellamt vorgegebenen Schwellenwerte haben einzelne Ferngasunternehmen ein Modell vorgeschlagen, das es dem Hauptlieferanten ermöglichen würde, einen Vertrag über eine Festmenge von 50 % des tatsächlichen Bedarfs auf unbestimmte Zeit, einen zweiten Vertrag über weitere 30 % auf vier Jahre und einen dritten Vertrag über die restlichen 20 % für zwei Jahre zu schließen.



Ein solches Baukastenmodell ist nach Einschätzung der Beschlussabteilung nicht geeignet, die festgestellte Abschottung der Märkte zu beseitigen. Aufgrund der bereits mit dem Hauptlieferanten bestehenden Verträge ist bei der Ausschreibung der zweiten und dritten Tranche mit einer Sogwirkung zugunsten des Hauptlieferanten zu rechnen, die einer Öffnung der Märkte für potenzielle Wettbewerber entgegensteht. Eine solche ergibt sich schon aus den Kostenvorteilen, die der Hauptlieferant aufgrund der bereits akquirierten Liefermenge im Angebot für eine weitere Tranche zugrundelegen kann.

Auch entspricht ein solches Baukastenmodell nicht dem Zweck der Vorgabe, dass bei einer Vertragsgestaltung mit einer Bedarfsdeckung von über 80 % nach zwei Jahren die gesamte Liefermenge (unabhängig von deren quotaler Aufteilung) im Wettbewerb neu vergeben werden muss. Vielmehr stände im Baukastenmodell lediglich eine Menge von maximal 20 % des Bedarfs für die Neuvergabe zur Verfügung. Entsprechend käme – wie in der oben genannten Abbildung erkennbar – bei einer Vertragsgestaltung mit einer Bedarfsdeckung von mehr als 50 % bis 80 % nach vier Jahren nur eine Menge von maximal 50 % des Bedarfs zur Neuvergabe.

Um eine Umgehung der vom Bundeskartellamt zu Grunde gelegten Schwellenwerte durch eine künstliche Aufspaltung der Verträge zu verhindern, ist daher die Kumulation von mehreren Verträgen eines Lieferanten mit einem Stadtwerk im Hinblick auf die maßgeblichen Schwellenwerte wie *ein* Vertrag über die Laufzeit des langfristigen Einzelvertrags zu behandeln.

4. Keine Verwendung „englischer Klauseln“

Klauseln, die den Kunden verpflichten, Angebote der Konkurrenz, die unter den Vertragspreisen liegen, dem Liefereranten mitzuteilen und diesem die Wahl einräumen, entweder seine Preise entsprechend zu ermäßigen oder die fragliche Menge freizugeben, stehen einer Öffnung der abgeschotteten Märkte entgegen. Sie werden daher als nicht zulässig erachtet.

5. Keine Verwendung stillschweigender Verlängerungsklauseln

Lieferverträge, die eine Klausel enthalten, nach der sich die Laufzeit über einen zunächst festgelegten Zeitraum hinaus stillschweigend verlängert, gelten bei der kartellrechtlichen Beurteilung nach Maßgabe der oben genannten Schwellenwerte als auf unbestimmte Dauer vereinbart. Derartige Klauseln haben zur Folge, dass die durch einen Liefervertrag gebundenen Vertragsmengen auch nach Ablauf der zunächst festgelegten Laufzeit dem Anbieterwettbewerb in vielen Fällen entzogen bleiben. Entsprechend dem Rechtsgedanken von Art. 5 lit. a) Vertikal-GVO¹⁸⁾ werden daher Verträge, die derartige Klauseln enthalten, als auf unbestimmte Zeit geschlossen behandelt.

D. Mögliche Ausgestaltung

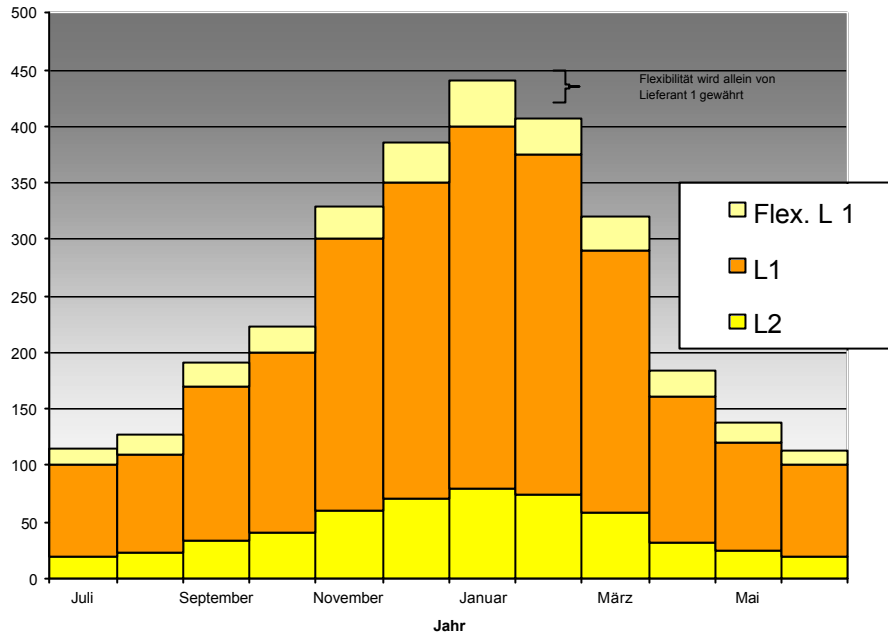
Aus Sicht der Beschlussabteilung sind etwa folgende Modelle denkbar, um eine kartellrechtskonforme Vertragssituation abzubilden, wobei allen nachfolgenden Gestaltungen die Beachtung der oben genannten Eckpunkte zugrunde liegt. Allein aus Darstellungsgründen wird beispielhaft eine anteilige Bedarfsdeckung durch den Hauptlieferanten von 80 % und durch den Zweitlieferanten von 20 % unterstellt. Die Darstellungen gelten nicht nur bezogen auf eine Jahresmenge, sondern entsprechend für die Leistungsbereitstellung.

¹⁸⁾ Verordnung EG Nr. 2790/1999 vom 22.12.1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrags auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen.

1.) Modell 1

Alleinige Abdeckung der Bedarfsschwankungen durch den Hauptlieferanten (nachfolgend Lieferant 1) und Lieferungen von 12 am typischen Fahrplan orientierten Monatsbändern durch Lieferant 2, die insgesamt mindestens 20 % der effektiven Jahresmenge ausmachen.

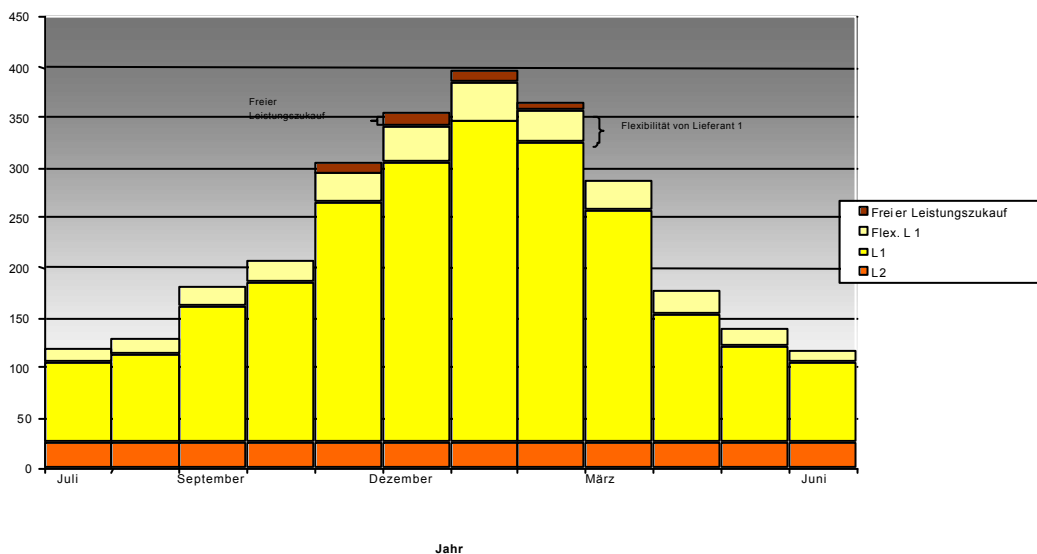
Nachfragemenge



2.) Modell 2

Teilweise Abdeckung von Bedarfsschwankungen durch Lieferant 1 bis zur Höhe der kontrahierten Leistung. Lieferung einer monatlich gleichbleibenden Menge in Höhe von 20 % des effektiven Jahresbedarfs durch Lieferant 2. Ggf. Abdeckung darüber hinausgehender Leistungsspitzen durch zusätzliche Vereinbarung.

Nachfragemenge



3.) Modell 3

Strukturgleiche Lieferungen durch beide Lieferanten, bei denen die Abdeckung der Bedarfsschwankungen entsprechend der Größe des Lieferanteils erfolgt.

Nachfragemenge

