

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 149

Langfristige Energielieferverträge und Wettbewerbsrecht

Zur Leitbildfunktion der Schirm-GFVO
für das deutsche Kartellverbot

Von

Franz Jürgen Säcker
und Jörg Jaecks



Duncker & Humblot · Berlin

FRANZ JÜRGEN SÄCKER / JÖRG JAECKS

Langfristige Energielieferverträge und Wettbewerbsrecht

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 149

Langfristige Energielieferverträge und Wettbewerbsrecht

Zur Leitbildfunktion der Schirm-GFVO
für das deutsche Kartellverbot

Von

Franz Jürgen Säcker
und Jörg Jaecks



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Säcker, Franz Jürgen:

Langfristige Energielieferverträge und Wettbewerbsrecht :
zur Leitbildfunktion der Schirm-GFVO für das deutsche
Kartellverbot / Franz Jürgen Säcker ; Jörg Jaecks. –

Berlin : Duncker und Humblot, 2002

(Schriften zum Wirtschaftsrecht ; Bd. 149)

ISBN 3-428-10655-5

Alle Rechte vorbehalten

© 2002 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-026X

ISBN 3-428-10655-5

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Vorwort

Die wettbewerbsrechtlich erzwungene Öffnung der Energiemarkte im April 1998 hat die Gültigkeit langfristiger Lieferverträge über Strom und Gas in Frage gestellt. Im Mittelpunkt der Problematik stehen dabei die in der Vergangenheit zwischen regionalen Energieversorgungsunternehmen und lokalen Weiterverteilern abgeschlossenen Energielieferverträge. Diese sehen in der Regel Laufzeiten von bis zu 20 Jahren vor und enthalten Gesamtbedarfsdeckungsklauseln und Gebietsschutzabreden. Ob diese Klauseln kartell- und zivilrechtlich wirksam sind und welche zivilrechtlichen Rechtsfolgen sich aus einer Unwirksamkeit für den Liefervertrag ergeben, beschäftigt seit drei Jahren die Instanzgerichte. Der Kartellsenat des Oberlandesgerichtes Düsseldorf hat in einem Urteil vom 7. November 2001 solche Lieferverträge als unwirksam angesehen. Zu dem Thema sind zahlreiche Aufsätze erschienen, in deren Mittelpunkt die §§ 1 und 16 GWB sowie Art. 81 EG stehen. Der Schwerpunkt der vorliegenden Untersuchung liegt auf dem europäischen Kartellrecht und hier insbesondere auf der neuen, am 1. Juni 2000 in Kraft getretenen Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen Nr. 2790/1999 und den dazu ergangenen Leitlinien sowie den Leitlinien über horizontale Zusammenarbeit. Zudem haben sich die Verfasser um mehr Klarheit bei der Ermittlung der zivilrechtlichen Rechtsfolgen, v. a. bei der Frage der Vertragsanpassung, bemüht.

Für viele Gespräche und förderliche Hinweise danken wir Herrn Prof. Dr. Kurt Markert, Frau Dr. Andrea Lohse und Herrn Wiss. Mit. Thomas Dörmer. Herrn Prof. Dr. jur. h.c. Norbert Simon danken wir für die Aufnahme in die Reihe „Schriften zum Wirtschaftsrecht“.

Berlin, im Februar 2002

Franz Jürgen Säcker

Jörg Jaecks

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	13
I. Gegenstand der Untersuchung	13
II. Kartell- und zivilrechtlich fragwürdige Vertragsklauseln	15
III. Das Verhältnis von Kartell- und Zivilrecht: „Wettbewerbsorientiertes“ Vertragsmodell	17
IV. Einzel- statt Gesamtbetrachtung wettbewerbsbeschränkender Vertragsklauseln	18
B. Alleinbezugsverpflichtungen	21
I. Kartellrechtliche Würdigung gemäß Art. 81 Abs. 1 EG	21
1. Tatbestandliche Wettbewerbsbeschränkung	22
a) Horizontale und vertikale Vereinbarungen	23
b) Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit Dritter	24
c) Spürbarkeit	26
d) Schirm-GFVO als Maßstab für Art. 81 Abs. 1 EG	28
aa) Überblick	29
bb) Grundsätzliche Anwendbarkeit der Schirm-GFVO auf Energiebelieferverträge	30
cc) Rückschlüsse aus der Schirm-GFVO	32
e) Funktionsnotwendigkeit der Alleinbezugsbindung bzw. wettbewerbliche Vorteile des Liefervertrages	33
2. Zwischenstaatlichkeitsklausel	36
3. Freistellung von Neuverträgen nach der Schirm-GFVO	38
a) Vertikale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern	38
b) Marktanteilsgrenze	39
c) Entzug der Freistellung und Nichtanwendbarkeit der Schirm-GFVO	40
4. Einzelfreistellung	40
5. Zwischenergebnis	42
II. Kartellrechtliche Würdigung nach den §§ 1, 16 GWB	42
1. Horizontales Kartellverbot und vertikale Vereinbarungen	42
2. Wettbewerbsbeschränkung	45
3. Ausstrahlungswirkung der Schirm-GFVO auf das „anzuerkennende Interesse“	48
4. Berücksichtigung der Wertungen der Schirm-GFVO bei § 16 Nr. 2 GWB	50
III. Kartellrechtliche Würdigung gemäß Art. 82 EG, §§ 20 Abs. 1, 19 Abs. 1 GWB	51

IV. Zwischenergebnis	53
V. Leitbildfunktion der Schirm-GFVO auch für die zivilrechtliche Würdigung	53
1. Sittenwidrigkeit gemäß § 138 Abs. 1 BGB	54
2. Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG	57
3. Zwischenergebnis.....	58
C. Eigenerzeugungsverbote	59
D. Kundenschutzvereinbarungen	61
I. Kartellrechtliche Würdigung nach Art. 81 EG.....	61
1. Tatbestandsmäßige Wettbewerbsbeschränkung.....	61
2. Pauschale Freistellung von Kundenschutzzusagen in Energielieferverträgen nach der Schirm-GFVO?	62
3. Einzelfreistellung von Gebietsschutzzusagen	65
II. Kartellrechtliche Würdigung nach §§ 1, 16 GWB	68
III. Art. 82 EG, §§ 20 Abs. 1, 19 Abs. 1 GWB	70
IV. Zwischenergebnis	70
E. Rechtsfolgen	71
I. Gesamtnichtigkeit	71
II. Aufrechterhaltung des Liefervertrages	72
1. Nichtigkeit der Kundenschutzvereinbarungen	73
2. Gesamtnichtigkeit nach § 139 BGB.....	73
3. Geltungserhaltende Reduktion bzw. Teilnichtigkeit der Alleinbezugsverpflichtung.....	75
4. Neuverhandlungs- und Vertragsanpassungspflichten	78
5. Eigenerzeugungsverbot	81
6. Schicksal des Liefervertrages im Übrigen	82
7. Zeitpunkt des Verstoßes und Restlaufzeit des Liefervertrages	83
F. Ergebnis	87
Literaturverzeichnis	89

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
a. F.	alte Fassung
AG	Die Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
a. M.	am Main
Anh.	Anhang
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGH LM	Nachschlagwerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, hrsg. v. Lindenmaier, Möhring, u. a.
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
EEG	Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien
EG	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der Fassung des Amsterdamer Vertrages
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
ET	Energiewirtschaftliche Tagesfragen
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

EVU	Energieversorgungsunternehmen
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
e. v.	eingetragener Verein
f.	folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GFVO	Gruppenfreistellungsverordnung
ggfs.	gegebenenfalls
GVO	Gruppenfreistellungsverordnung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hrsg.	Herausgeber
i. Erg.	im Ergebnis
i. S. d.	im Sinne der, des
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
Kart.	Kartellsache
KfH	Kammer für Handelssachen
KG	Kammergericht
KWKG	Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
lit.	litera
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Nachw.	Nachweis
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report
Nr.	Nummer
OLG	Oberlandesgericht
OLG-NL	Entscheidungssammlung der Oberlandesgerichte der Neuen Bundesländer
RdE	Recht der Energiewirtschaft
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Seite
Slg.	Sammlung
sog.	sogenannte
st.	ständige
StrEG	Stromeinspeisungsgesetz

TB	Tätigkeitsbericht (des Bundeskartellamts)
u. a.	unter anderem
u. U.	unter Umständen
v.	vom, von
v. a.	vor allem
VDEW	Vereinigung Deutscher Elektrizitätswerke
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
WuW/E DE-R	Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung Deutsche Rechtsprechung
WuW/E EU-R	Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung Europäische Union Rechtsprechung
WuW/E EU-V	Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung Europäische Union Verwaltung
WuW/E EV	Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung Europäische Verwaltung
z. B.	zum Beispiel
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZNER	Zeitschrift für Neues Energierecht
ZUR	Zeitschrift Umweltrecht

A. Einführung

I. Gegenstand der Untersuchung

Seit der Aufhebung der kartellrechtlichen Sondernormen für die Energiewirtschaft (§§ 103, 103a GWB a.F.) und der Neuregelung des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG)¹ steht die Wirksamkeit früher abgeschlossener Energielieferverträge auf dem Prüfstand, und es fragt sich, welche rechtlichen Grenzen beim Abschluss von Neuverträgen zu beachten sind. Demarkations- und Konzessionsverträge von Versorgungsunternehmen der Energiewirtschaft waren nach den §§ 103, 103a GWB a.F. vom Kartellverbot und der Missbrauchsaufsicht über vertikale Vereinbarungen freigestellt, sofern die Laufzeit der Verträge 20 Jahre nicht überschritt. Vor diesem Hintergrund schlossen regionale Energieversorgungsunternehmen (EVU) die Lieferverträge mit den lokalen Weiterverteilern langfristig, zumeist mit Laufzeiten zwischen 10 und 20 Jahren ab. Viele dieser Altverträge enden erst mehrere Jahre nach der Liberalisierung der Energiewirtschaft. Die Verträge zwischen den Liefer-EVU und den Weiterverteilern (in der Praxis zumeist die Stadtwerke) enthalten Gesamtbedarfsdeckungsklauseln und Kundenschutzvereinbarungen. Die so gebundenen Abnehmer sind seit der wettbewerblichen Öffnung der Energiemarkte bestrebt, mit Hilfe der Durchleitungsansprüche (§ 6 EnWG, § 19 GWB) Energie statt von ihren bisherigen Lieferanten von günstigeren Anbietern zu beziehen und verweigern die Zahlung für nicht abgenommene, in Altverträgen kontrahierte Liefermengen.

Das Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts enthält keine Übergangsregelungen für die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes abgeschlossenen Energielieferverträge. Art. 4 § 1 des Neuregelungs-Gesetzes bestimmt lediglich, dass laufende Konzessionsverträge trotz Wegfalls der Ausschließlichkeit im Übrigen unberührt bleiben. Auch Altverträge unterliegen daher den allgemeinen kartell- und zivilrechtlichen Regelungen². Die Landgerichte Mannheim³ sowie Stuttgart⁴ haben entschieden, dass eine 1996 für

¹ Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts v. 24.04.1998, BGBl. I, 730 ff.

² Regierungsbegründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts, BT-Drucks. 13/7274, S. 24 ff., 36. Zur Frage des Zeitpunktes eines etwaigen kartell- oder zivilrechtlichen Verstoßes siehe unten E. II. 1. und 7.

³ LG Mannheim WuW/E DE-R 298 ff. – Stromversorgung.

10 Jahre vereinbarte Gesamtbedarfsdeckungsklausel und die Demarkationsabrede nach Aufhebung der §§ 103, 103a GWB a.F. gegen § 1 GWB verstößen und zur Nichtigkeit des betroffenen Stromliefervertrages insgesamt führen. Das Landgericht Stuttgart hat an seiner Rechtsauffassung im Falle eines ebenfalls 1996 abgeschlossenen 20jährigen Gaslieferungsvertrages festgehalten⁵. In ähnlicher Weise hat das Landgericht Köln geurteilt, dass eine feste Vertragsmengenregelung in einem Gaslieferungsvertrag aus dem Jahre 1984 mit einer Laufzeit von insgesamt 19 Jahren ebenso wie die als unzulässig einzustufenden Gesamtbedarfsdeckungsklauseln gegen Art. 81 Abs. 1 EG verstöße und die Nichtigkeit des gesamten Vertrages nach sich ziehe. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat dieses Urteil bestätigt und zusätzlich einen Verstoß gegen § 1 GWB und § 19 GWB angenommen⁶. Ebenso hat schließlich das Landgericht Frankfurt am Main im Hinblick auf die in einem langfristigen Gaslieferungsvertrag aus dem Jahre 1995 enthaltenen Demarkationsabreden entschieden⁷.

Schwierigkeiten bereitet die Beurteilung der Wirksamkeit langfristiger Energielieferverträge vor allem deshalb, weil klare Maßstäbe für die Festlegung der nach Kartell- und Zivilrecht zulässigen Höchstlaufzeit fehlen. Die nachfolgenden Ausführungen dienen dazu, diese Frage zu klären, und zwar unter Berücksichtigung der Bedeutung der EG-Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen (Schirm-GFVO)⁸ als Leitbild sowohl für die nach europäischem und deutschem Recht vorzunehmende kartellrechtliche als auch für die zivilrechtliche Würdigung. Gegenstand der Untersuchung sind langfristige Lieferverträge über Strom und Gas zwischen den überregionalen und den regionalen Liefer-EVU sowie zwischen diesen und den lokalen Verteilerunternehmen; außer Betracht bleiben die Lieferverträge mit den Endkunden (Sonder- und Kleinkunden)⁹.

⁴ LG Stuttgart, Urteil v. 8.01.2001 – 11 KfH O 46/00 (noch nicht veröffentlicht), Berufung ist eingelegt.

⁵ LG Stuttgart, Teil-Urteil v. 22.06.2001 – 11 KfH O 158/00 (bislang unveröffentlicht), Berufung ist eingelegt.

⁶ LG Köln ZNER 2000, 132 ff.; OLG Düsseldorf ZNER 2001, 255 ff.

⁷ LG Frankfurt a.M., Urteil v. 28.07.2000 – 3/12 O 94/00 (noch nicht veröffentlicht). Zu nennen sind des Weiteren die Urteile des LG Leipzig RdE 2001, 29 ff., des LG Rostock RdE 2001, 237 ff. sowie des LG Frankfurt a.M. v. 27.06.2001 – 3/8 O 102/00.

⁸ Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission v. 22.12.1999 über die Anwendung von Art. 81 Abs. 1 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, Abl. EG 1999 L 336, S. 21.

⁹ Siehe dazu etwa Köhler, WuW 1999, 445, 455 f.; Büdenbender, Schwerpunkte der Energierechtsreform 1998, 1999, Rn. 473 ff.; Gent, WRP 2000, 706 ff.; sowie LG Frankfurt a.M., Urteil v. 27.06.2001 – 3/8 O 102/00 (noch nicht veröffentlicht); vgl. auch noch LG Düsseldorf RdE 2000, 83 f.

II. Kartell- und zivilrechtlich fragwürdige Vertragsklauseln

In den vor der Liberalisierung der Energiemarkte abgeschlossenen Energieleververträgen haben sich die Weiterverteiler regelmäßig verpflichtet, ihren gesamten Bedarf an Energie für das näher bezeichnete Versorgungsgebiet ausschließlich von dem Vertragspartner zu beziehen¹⁰. Diese sog. Gesamtbedarfsdeckungsklausel verbietet dem Abnehmer Energie sowohl von dritten Erzeugern wie Weiterverteilern zu beziehen (ausschließliche Bezugsbindung, Alleinbezugsbindung oder Drittbezugsverbot) als auch – umfassend oder unter Gestaltung einer bestimmten Menge – selbst zu erzeugen (Eigenerzeugungsverbot oder Kapazitätsklausel)¹¹. Teilweise wird die eingangs formulierte Klausel zwar ebenfalls als Gesamtbedarfsdeckungsklausel bezeichnet, darunter aber nur die ausschließliche Bezugsbindung verstanden und das Eigenerzeugungsverbot davon getrennt¹². Legt man die Klausel aber nur als Alleinbezugsbindung aus und verlangt man, dass ein Eigenerzeugungsverbot ausdrücklich vereinbart werden muss, so ist durch die Bezeichnung als Gesamtbedarfsdeckungsklausel nichts gewonnen. Da in diesem Fall rechtlich nur das Drittbezugsverbot zu würdigen ist, sollte man dies der Klarheit halber auch so nennen¹³. Im Übrigen ist dieser Auslegung nicht zu folgen. Verpflichtet sich der Abnehmer, seinen gesamten Bedarf bei dem Vertragspartner zu decken, ist ihm auch die Eigenerzeugung untersagt, sofern sie ihm nicht ausdrücklich gestattet ist. Dies legt schon der Wortlaut der Klausel (Deckung des *gesamten* Bedarfs und nicht nur des Fremdbedarfs) nahe. Entscheidend ist darüber hinaus, dass nur diese Auslegung den hinter der Vereinbarung einer Gesamtbedarfsdeckungsklausel stehenden Parteiinteressen gerecht wird. Im Schrifttum wird der Grund für die Vereinbarung von Gesamtbedarfsdeckungsklauseln teilweise in den spezifi-

¹⁰ Solche Klauseln lagen den Entscheidungen der LG Mannheim (Fn. 3), LG Stuttgart (Fn. 4 und 5), LG Köln bzw. OLG Düsseldorf (Fn. 6) und LG Frankfurt a.M., Urteil v. 28.07.2000 – 3/12 O 94/00 (bislang unveröffentlicht), zugrunde.

¹¹ Lukes, BB 1999, Beilage 8, S. 9; Köhler, WuW 1999, 445, 451; wohl auch Würzberg/Bartsch, Sicherung der Ausschließlichkeit, in VDEW (Hrsg.), Energie-rechtsnovelle und Stromlieferungsverträge, 1998, S. 9 ff.

¹² BKartA, TB 1997/98, S. 120; Wiedemann/Zinow, Handbuch des Kartellrechts, 1999, § 34 Rn. 193 f.; Bunte in Langen/Bunte, Kartellrecht, 9. Aufl. 2001, Anhang zum 5. Abschnitt Rn. 45 ff.

¹³ Über eine besondere Vertragsgestaltung hat jüngst das LG Rostock (Fn. 7) entschieden. In dem Vertrag hatte sich der Abnehmer zwar zur ausschließlichen Deckung seines „gesamten Bedarfs“ verpflichtet, jedoch nahm die anschließende Definition dieses gesamten Bedarfs die Eigenerzeugung (die 48% des gesamten Bedarfs ausmachte) davon aus. Zu Recht hat es das Gericht abgelehnt, hier von einer Gesamtbedarfsdeckungsklausel zu sprechen. Allerdings hat das LG Rostock das in der ausschließlichen (Fremd-)Bezugsbindung liegende Drittbezugsverbot nicht hinreichend gewürdigt, dazu unten B.