

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
I. Einführung	19
II. Fragestellung und Gang der Untersuchung	21
A. Grundlagen	23
I. Die Gaswirtschaft	23
1. Erdgas als Energielieferant	24
2. Akteure der Gaswirtschaft	26
3. Liberalisierung des Gasmarktes	28
a. Vor der Liberalisierung	28
b. Der Beginn der Liberalisierung 1998	29
c. Die Verbändevereinbarungen	30
d. Die Beschleunigungsrichtlinie Gas	30
e. Entwicklung ab 2006	32
f. Drittes Energiebinnenmarktpaket	33
g. Heutiger Stand	34
4. Die langfristigen Lieferverträge	35
a. Thyssengas/STAWAG Urteil	35
b. SW Schwäbisch Hall/GVS Urteil	36
c. Bundeskartellamt: Beurteilungsmaßstäbe zu langfristigen Gas-	
lieferverträgen	37
d. Musterverfahren gegen E.ON Ruhrgas	38
e. Verpflichtungszusagen	40
f. Auslaufen des Verbots	41
5. Zusammenfassung	42
II. Die Take-or-Pay-Klausel	42
1. Die Take-or-Pay-Klausel im Gasliefervertrag	43
a. Die Rechtsnatur des Gasliefervertrages	43
b. Offene Beschaffung und Programmlieferung	44
c. Die ToP-Klausel im Vertrag	45
(1) Abrechnung nach tatsächlichem Verbrauch	46
(2) Bezugsverpflichtung	46
(3) ToP-Klausel	47
d. Zusammenfassung	48
2. Im Zusammenhang stehende Klauseln	48
a. Vertragslaufzeit	48
b. Bezugsmenge	49

c. Carry-forward-Klausel	50
d. Make-up-Klausel	50
e. Destination clause	51
f. Weiterverkaufsverbot	52
g. Preisbildung nach dem Anlegbarkeitsprinzip	52
3. Formulierungsbeispiele Take-or-Pay-Klausel	53
4. Verwendung der Klausel und Interessen hierbei	54
a. Beschaffungsverträge	54
b. Liefervertrag mit einem Weiterverteiler	56
c. Liefervertrag mit einem Industriekunden	56
5. Zusammenfassung	56
III. Ökonomische Betrachtung	56
1. Grundlagen	57
a. Positive und normative Analyse	57
b. Annahmen	58
(1) Verhaltensannahmen	59
(2) Umweltannahmen	60
c. Der Begriff der Effizienz	61
2. Der (un)vollständige Vertrag	62
3. Besonderheiten von Transaktionen	64
a. Grundlagen	64
b. Verhaltensannahmen	65
c. Beurteilungskriterien	66
d. Institutionelle Arrangements	67
4. Zwischenergebnis	69
5. Der Take-or-Pay Vertrag	69
a. Vertikale Bindungen auf dem Erdgasmarkt	70
(1) Minimierung des hold up Problems	71
(2) Interne Risikoverteilung	73
(3) Wohlfahrtssteigerung	73
(4) Erhaltung des gasspezifischen Kapitalstocks beim Endverbraucher und Vermeidung von moral hazard Problemen	74
b. Stellungnahme	75
6. Ergebnis	77
IV. Zusammenfassung	78
 B. Vereinbarkeit mit dem Kartellrecht	 79
I. Grundlagen	79
1. Anwendbarkeit auf Energielieferverträge	79
2. Europäisches und deutsches Kartellrecht	80
3. Geltungs- und Anwendungsbereich	81
a. Völkerrechtliche Anknüpfung	82
b. Internationales Kartellrecht?	84

4. Internationale Durchsetzbarkeit	85
II. Gesamt- oder Einzelbetrachtung der kartellrechtlich relevanten Klauseln	86
1. Vertragslaufzeit und Bezugsbindung bzw. Take-or-Pay-Klausel	87
2. Nachbezugsrechte	88
3. Destination clause und Weiterverkaufsverbot	88
4. Preisbildung nach dem Anlegbarkeitsprinzip	88
III. Marktabgrenzung	89
1. Sachlich relevanter Markt	89
a. Abgrenzung zu anderen Energieträgern	91
b. Abgrenzung von H- und L-Gas	92
(1) Einheitlicher Markt	92
(2) Getrennte Märkte	93
(3) Stellungnahme	94
c. Abgrenzung in der Gaslieferung	94
(1) Beschaffungsmarkt	95
(2) Fortleitungs- und Weiterverteilungsstufe	96
(3) Endkundenstufe	97
d. Zusammenfassung	98
2. Räumlich relevanter Markt	98
a. Kein einheitlicher räumlicher Markt durch Liberalisierung	100
b. Besonderheiten bei leitungsgebundener Energie	100
c. Anwendung	101
(1) Beschaffungsmarkt	102
(2) Fortleitungs- und Weiterverteilungsmärkte	104
(a) Bundesweite Marktabgrenzung	106
(b) Marktgebietsbezogene Abgrenzung	108
(c) Stellungnahme	110
(3) Endkundenmarkt (RLM)	112
d. Zusammenfassung	115
3. Ergebnisse der Marktabgrenzung	116
IV. Kartellverbot: Art. 101 AEUV	116
1. Tatbestand Art. 101 Abs. 1 AEUV	116
a. Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen, aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen	117
b. Spürbare Wettbewerbsbeschränkung	118
(1) Wettbewerbsbeschränkung	118
(a) Wettbewerbsbegriff	118
(b) Austauschverträge	120
(c) Drittwirkung der Wettbewerbsbeschränkung	121
(d) Zusammenfassung	122
(2) Spürbarkeit	123
(a) Bagatel-Bekanntmachung der Kommission	123
(i) Entscheidungspraxis der Kommission	124

(ii) Stellungnahme	127
(b) Gesamtbetrachtung des Gerichtshofs der Europäischen Union	127
(i) Entscheidungspraxis der Europäischen Gerichte	129
(ii) Anwendung	130
(aa) Vertragsnetz	131
(bb) Erheblicher Beitrag des einzelnen Vertrages	133
(iii) Zusammenfassung	134
(c) Zwischenergebnis	134
(3) Deutsches Mengen-Laufzeit-Gerüst	134
(a) Praxis in Deutschland	135
(b) Stellungnahme	137
(4) Maßstäbe der Vertikal-GVO	137
(a) Anwendbarkeit der Vertikal-GVO	138
(i) Vertikale Vereinbarung	139
(ii) Marktanteilsschwellen	141
(iii) Ergebnis	142
(b) Wirkung der Vertikal-GVO	143
(i) Reine Freistellungsfunktion	143
(ii) Mehr als nur eine Freistellungsfunktion	144
(aa) Leitbildfunktion	146
(bb) Ausstrahlungswirkung	147
(iii) Stellungnahme	147
(c) Ergebnis zur Vertikal-GVO	148
(5) Zusammenfassung	149
c. Zwischenergebnis: Fallgruppen	149
(1) Erläuterung der Fallgruppen	152
(2) Handhabung der Fallgruppen	154
(3) Anwendung der Fallgruppen	154
(a) Marktanteil, Bezugsbindung, Laufzeit	155
(b) ToP-Klausel	156
(c) ToP-Klausel und Nachbezugsrecht	156
(4) Ergebnis	158
d. Keine Wettbewerbsbeschränkung im Einzelfall?	158
(1) Funktionsnotwendige Nebenabreden	159
(a) Alleinvertrieb	160
(b) Ständige Lieferbereitschaft	161
(c) Fehlende Fixierbarkeit energiewirtschaftlicher Größen	162
(d) Amortisationsinteresse	163
(e) Ergebnis	163
(2) Konzept der Markterschließung	164
e. Destination clause und Weiterverkaufsverbot	165
(1) Destination clause	166
(2) Weiterverkaufsverbot	167

(a) Ansicht des Bundeskartellamtes	167
(b) Stellungnahme	169
(3) Ausnahmen	171
(4) Ergebnis	172
f. Zwischenergebnis	172
g. Bezwecken oder Bewirken	173
(1) ToP-Klausel	174
(2) Kernbeschränkungen	175
h. Zwischenstaatlichkeit	175
i. Ergebnis für Art. 101 Abs. 1 AEUV	177
2. Freistellung: Art. 101 Abs. 3 AEUV	177
a. Darlegungs- und Beweislast	178
b. Gruppenfreistellung	178
c. Einzelfreistellung	179
(1) Voraussetzungen	180
(a) Effizienzgewinne	181
(b) Angemessene Beteiligung der Verbraucher	181
(c) Unerlässlichkeit	182
(d) Keine Ausschaltung des Wettbewerbs	182
(2) Potentielle Freistellungsgründe	182
(a) Amortisationsinteresse	183
(i) Kommissionsentscheidungen	183
(ii) Strenge Voraussetzungen	184
(iii) Stellungnahme	185
(b) Versorgungssicherheit	186
(i) Beschaffungsverträge	186
(ii) Nachfolgende Stufen	188
(c) Kosteneinsparungen	189
(3) Freistellung bei Kernbeschränkungen	190
d. Ergebnis	190
3. Ergebnis für Art. 101 AEUV	191
V. Missbrauchsverbot: Art. 102 AEUV / § 19 GWB	191
1. Verhältnis zu Art. 101 AEUV	192
2. Marktbeherrschung	192
a. Allgemein zur Marktbeherrschung	193
(1) Einzelmarktbeherrschung	193
(a) Marktstruktur	194
(b) Unternehmensstruktur	195
(c) Marktverhalten	195
(2) Kollektive Marktbeherrschung	195
(a) Markttransparenz	196
(b) Aussichtslosigkeit von Wettbewerbsvorstößen	197
(c) Fehlen von Wettbewerb und Nachfragemacht	197
(3) Zusammenfassung	198

b. Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung?	198
(1) Marktbeherrschende Stellung der Produzenten	199
(a) Kollektive Marktbeherrschung	199
(i) Markttransparenz	200
(ii) Aussichtslosigkeit von Wettbewerbsvorstößen	200
(iii) Fehlen von Wettbewerb und Nachfragemacht	201
(b) Ergebnis	202
(2) Marktbeherrschende Stellung der Fort- und Weiterleitungs- unternehmen	202
(3) Marktbeherrschende Stellung der Industriekunden- lieferanten	203
c. Zusammenfassung der Ergebnisse	204
3. Beherrschung des Binnenmarktes/eines wesentlichen Teil desselben	204
4. Missbrauch	205
a. Praxis der Kommission und der Europäischen Gerichte	206
b. Praxis in Deutschland	208
c. Einfluss der Vertikal-GVO und -Leitlinien	209
5. Zwischenergebnis: Fallgruppen	210
6. Anwendung	211
a. Bezugsbindung, Laufzeit	211
b. Nachbezugsrechte	212
c. Destination clause und Weiterverkaufsverbot	213
7. Interessenabwägung	215
8. Zwischenstaatlichkeit	215
9. Ergebnis	216
VI. Diskriminierungsverbot: § 20 GWB	216
1. Marktbeherrschendes oder marktstarkes Unternehmen	216
2. Üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr	218
3. Diskriminierung, unbillige Behinderung	218
4. Ergebnis	219
VII. Rechtsfolgen	220
1. Laufzeit und (faktische) Bezugsbindung	220
a. Nichtigkeitsfolge	220
(1) Reichweite der Nichtigkeitsfolge	221
(2) Behandlung überschießender Klauseln	221
b. Anwendung	224
(1) Maßgeblicher Zeitpunkt	224
(2) Geltungserhaltende Reduktion	225
(3) Gesamtnichtigkeit	227
2. Kernbeschränkungen	228
a. Destination clause	228
b. Weiterverkaufsverbot	229
(1) Teilbarkeit?	229
(2) Geltungserhaltende Reduktion?	230

(3) Ergebnis	231
c. Restvertrag	232
3. Ergebnis	233
VIII. Gesamtergebnis hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem Kartellrecht	234
 C. Vertragsrecht	 237
I. Exkurs: Der US-amerikanische Gasmarkt und die ToP-Krise	238
1. Der US-amerikanische Gasmarkt	238
a. Anfänge	239
b. Der Natural Gas Act (NGA) von 1938	240
c. U.S. Supreme Court: Phillips Decision (1945)	241
d. Die Auswirkungen der Preisregulierung von 1954-1978	242
e. Der Natural Gas Policy Act von 1978	243
f. Das ToP-Problem	243
g. Special Marketing Programs (SMPs)	244
h. FERC Order No. 380	244
i. FERC Order No. 436	245
j. FERC Order No. 500	247
k. Der Natural Gas Wellhead Decontrol Act	248
l. FERC Order No. 636	249
m. Jüngere Entwicklungen	249
n. Aktueller Stand	250
o. Ausblick	251
2. Typische Struktur langfristiger Gaslieferverträge in den USA	251
a. ToP-Klausel	252
b. Nachbezugsrechte	252
c. dedication und market out clause	253
d. Preisgleitklausel	253
e. Zusammenfassung	254
3. Der Umgang mit der ToP-Krise in den USA	254
a. Force Majeure	255
(1) Force Majeure Ereignis	256
(2) Unfähigkeit zu leisten	258
(a) Begriff	258
(b) Anwendung	259
(3) Die ANR-Fälle	259
b. Commercial Impracticability	260
(1) Unvorhergesehenes Ereignis, das die Vertragsgrundlage stört	261
(2) Keine eindeutige Risikoordnung	262
(3) Commercially impractical	262
c. Weitere Einreden	263
(1) Mutual Mistake	264

(2) Frustration of purpose	264
(3) Penalty and unreasonable liquidated damages	265
(4) Unconscionability defense	266
(5) Failure to mitigate	267
d. Zusammenfassung	268
4. Exkurs Ende: Stellungnahme	268
II. Privatrechtliche Überprüfung	269
1. Anwendbares Recht	270
a. CISG	270
b. Freie Rechtswahl	271
(1) Vertragsstatut oder lex fori	272
(a) Eingriffsnormen	272
(b) Ordre public	273
(2) Drittstaatliche Normen	274
(3) Zusammenfassung	275
c. Ergebnis	275
2. Wirksamkeit	276
a. ToP-Klausel als Vertragsstrafe oder pauschalierter Schadensersatz?	276
(1) Vertragsstrafe	276
(2) Pauschalierter Schadensersatz	277
(3) Ergebnis	278
b. AGB-Kontrolle der ToP-Klausel	278
(1) Vorliegen einer AGB	278
(2) Schranken der Inhaltskontrolle	279
(a) Abgrenzung Preis- und Preisnebenabrede	280
(b) ToP-Klausel: Preis- oder Preisnebenabrede?	281
(3) Ergebnis	283
c. Dissens	284
(1) Offener Dissens	284
(2) Versteckter Dissens	286
(3) Ergebnis	286
d. Nichtigkeit nach § 134 BGB	287
e. Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB	287
(1) Orientierung an Maßstäben aus anderen Bereichen	288
(2) Orientierung an Maßstäben aus dem Kartellrecht	290
(a) Übereinstimmende Wertungen	290
(b) Konkrete Anhaltspunkte	292
(i) Übertragung der kartellrechtlichen Fallgruppen?	292
(ii) Fernwirkung der Vertikal-GVO?	293
(c) Zusammenfassung	295
(3) Ergebnis für § 138 Abs. 1 BGB	295
f. Weiterverkaufsverbot und destination clause	297
g. Zusammenfassung der Ergebnisse	299



3. Anpassung oder Auflösung	300
a. Höhere Gewalt	301
(1) Begriff	301
(2) Rechtsfolgen	302
(3) Anwendung	302
(4) Ergebnis	302
b. Preisrevisionsklauseln	303
(1) Praktische Relevanz	303
(a) Preisentwicklung Januar 2008 bis Juni 2011	304
(b) Ausblick und Anwendung	305
(2) Rechtsfolge	305
c. Spezifische Wirtschaftsklauseln	306
(1) Praktische Relevanz	306
(2) Rechtsfolge	307
d. Allgemeine Wirtschaftsklauseln	308
(1) Auslegungsgrundsätze	309
(2) Tatbestandsmerkmale	310
(a) Nachträgliche Änderung der Verhältnisse	310
(b) Wesentlichkeit und unbillige Härte	311
(i) Überblick Rechtsprechung	311
(aa) Zu Auswirkungen des 1. Weltkrieges und der Weltwirtschaftskrise	311
(bb) Zu Auswirkungen der Ölkrise 1973	312
(ii) Wesentlichkeit	313
(iii) Unbillige Härte	313
(c) Zusammenfassung	315
(3) Anwendung auf ToP-Verträge	315
(a) Wesentlichkeit	315
(b) Unbillige Härte	315
(4) Ergebnis	318
e. § 313 Abs. 1 BGB: Störung der Geschäftsgrundlage	318
(1) Allgemeines	319
(2) Tatbestandsmerkmale	319
(3) Anwendung	320
(4) Ergebnis	322
f. § 313 Abs. 2 BGB: Fehlen der Geschäftsgrundlage	322
g. § 314 BGB: Kündigung aus wichtigem Grund	323
(1) Tatbestandsmerkmal „wichtiger Grund“	323
(2) Einschränkung und Anwendung	324
h. Zusammenfassung der Ergebnisse	324
4. Ergebnis für die privatrechtliche Überprüfung	325
III. Ergebnis	326

D. Endergebnis und Ausblick	327
E. Anhang	330
F. Literatur	333