

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort	7
Inhaltsverzeichnis	9
1. Kapitel: Einleitung	21
A. Ziel und Gegenstand der Arbeit	21
B. Gang der Untersuchung	23
2. Kapitel: Rechtstatsächliche Grundlagen	25
A. Energiegroßhandel auf dem OTC-Markt	25
I. Der Energiehandelsmarkt	25
1. Geschichtlicher Rückblick: Markttöffnung – Liberalisierung im Energiesektor	25
2. Die Handelsmärkte für Strom und Gas:	
Handelsformen und Akteure	29
a) Begriff und Gegenstand des Energiehandels	29
aa) Differenzierung zwischen „physischem“ und „finanziellem“ Handel	29
bb) Strom und Gas als Handelswaren	30
b) Handel mit Strom	32
aa) Handelsformen	36
bb) Akteure auf dem Stromhandelsmarkt	40
c) Handel mit Gas	41
aa) Darstellung des Gasmarktes	43
bb) Handelsformen und Akteure	46
3. Produkte und Märkte für den OTC-Handel	50
a) Geschäfte am Spotmarkt	51
b) Termingeschäfte	52
aa) Option	54

bb) Forward	56
cc) Swaps	57
II. Bedeutung des OTC-Handels für den (internationalen) Energiegroßhandel	58
1. Ziel der Verwirklichung eines einheitlichen europäischen Energiehandelsmarktes	60
a) Voraussetzungen für die Verwirklichung eines einheitlichen europäischen Energiehandelsmarktes und Status quo	61
b) Wirtschaftliche Bedeutung des (Energie-) Großhandels	66
2. OTC-Handel versus Börsenhandel	69
3. Zusammenfassung	71
 B. Rechtsrahmen für den außerbörslichen Energiegroßhandel	 72
I. Vorgaben des Europäischen Rechts	72
1. Vorgaben der MiFID	77
2. Regelungsbereich der REMIT-Verordnung	80
3. Regelungsbereich der EMIR-Verordnung	81
4. Anstehende Novellierungen	84
II. Vorgaben des deutschen Rechts	87
1. Genehmigungsvoraussetzungen nach dem WpHG	88
a) Finanzinstrumente im Sinne des WpHG	89
aa) Kassageschäfte	90
bb) Außerbörsliche Termingeschäfte	90
b) Bereichsausnahmen des § 2a Abs. 1 WpHG	92
2. Aufsichtsrechtliche Behandlung von Energiehandelsgeschäften nach dem KWG	92
a) Potentiell erlaubnispflichtiges Geschäft	93
b) Finanzinstrument als Gegenstand des Energiehandelsgeschäftes - Derivatebegriff	97
c) Bereichsausnahmen	99
aa) Voraussetzungen der Bereichsausnahmen	99
bb) Konsequenzen bei Fehlen einer Freistellungsmöglichkeit	103
d) Bedeutung für die unter dem EFET-Rahmenvertrag getätigten Einzelabschlüsse	105
3. Risikomanagement	106
a) Risikoarten	106

b) Rechtlicher Rahmen für das Risikomanagement	107
c) Ausgestaltung des Risikomanagements für Energiehandelsunternehmen	110
III. Ergebnis	112
 C. Bedeutung von Rahmenverträgen	113
I. Standardisierung des bilateralen OTC-Handels	113
1. Verwendung von Rahmenverträgen im OTC-Handel	114
a) Bestehende Standard-Rahmenverträge im Bereich des Finanzhandels	115
aa) ISDA-Master Agreements	116
bb) European Master Agreement (EMA)	117
cc) Rahmenverträge der British Bankers' Association und des Foreign Exchange Committee (ICOM Master Agreement, IFEMA, FEOMA)	118
dd) Deutscher Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte (DRV)	119
ee) Das Cross-Product Master Agreement (CPMA)	121
b) Rahmenverträge im Bereich des Energiehandels	122
c) Die EFET-Rahmenverträge	123
aa) Entstehungshintergrund	123
bb) Struktur und Konzeption	125
cc) Anwendungsbereich	128
c) Zwischenergebnis	130
2. Möglichkeiten zur Verringerung des Kreditrisikos – Bedeutung von Netting-Vereinbarungen	131
a) Sicherungsinstrumente	133
b) Unternehmensinternes Kreditrisikomanagement für den Energiehandel	134
c) Vertragliche Nettingvereinbarungen als Maßnahme zur Verringerung des Kreditrisikos	136
aa) Ökonomischer Begriff des Netting	136
bb) Rechtlicher Begriff des Netting	137
d) Formen und Arten des Netting	138

aa) Zahlungs-Netting	139
bb) Novations-Netting	139
cc) Liquidations-Netting (Close-Out-Netting)	140
e) Bedeutung der Nettingvereinbarungen für	
Rahmenvertragsbeziehungen	143
aa) Aufsichtsrechtliche Anerkennung	144
bb) Netting im Zusammenhang mit	
Finanzsicherheiten	146
cc) Nettingvereinbarungen im	
Commodityhandel	149
II. Privatautonomie versus Regulierung	151
1. Grundsatz der Privatautonomie	152
2. OTC-Handel als Rückzugsgebiet für	
privatautonomes Handeln	153
3. Zulässigkeit einer (weitergehenden)	
Regulierung des OTC-Handels	153
a) Erforderlichkeit einer Wirtschaftsregulierung	154
b) Legitimität regulatorischer Markteingriffe	156
c) Konsequenzen für den außerbörslichen	
Energiehandelsmarkt	158
3. Kapitel: Kartellrechtliche Einordnung	163
A. EFET-Musterverträge als Konditionenkartell	163
I. Voraussetzungen für das Vorliegen eines	
Konditionenkartells	163
II. Konsequenzen bei Annahme eines	
Konditionenkartells	166
1. Voraussetzungen der Legalausnahme	167
a) Effizienzgewinne	168
b) Unerlässlichkeit der wettbewerbs-	
beschränkenden Verhaltensweisen	169
c) Angemessene Beteiligung der Verbraucher	170
d) Strukturanalyse	171
2. Anforderungen an die Unternehmen	171
B. Ergebnis	172
4. Kapitel: Besonderheiten internationaler	
Vertragsbeziehungen	173

<b>A. Bestimmung des anwendbaren Rechts in internationalen Vertragsbeziehungen</b>	173
I.    Begriff des Internationalen Privatrechts	174
1. Grundsatz der <i>lex fori</i>	175
2. Prinzip der Parteiautonomie	177
3. Grenzen der Parteiautonomie	178
II.   Rechtsangleichung im internationalen Handelsverkehr	180
1. Das UN-Kaufrecht vom 11.04.1980 (CISG)	181
2. Internationale Handelsklauseln – Incoterms	183
3. Internationale Vertragsregeln	184
4. Europäisches Zivilgesetzbuch	187
5. <i>Lex mercatoria</i>	188
III.  Anwendbares Insolvenzrecht bei grenzüberschreitenden Vertragsbeziehungen	190
1. Grundsatz der räumlichen Anknüpfung	191
2. Anknüpfung bei Nettingvereinbarungen	193
a) Vertragsbeziehungen mit Drittstaatenbezug	193
b) Sachverhalte innerhalb der EU	196
aa) Wortlaut	199
bb) Systematik und <i>Telos</i>	200
cc) Differenzierte Betrachtungsweise	205
dd) Stellungnahme	207
c) Beschränkungen des Anwendungsbereichs in räumlicher/sachlicher Hinsicht?	209
d) Ergebnis	209
3. Anknüpfung im Falle der Insolvenzanfechtung	210
IV.   Schiedsgericht als Adressat des Kollisionsrechts	212
1. Anwendbares Kollisionsrecht	214
2. Anwendbares Sachrecht	220
3. Anwendbares Verfahrensrecht	222
V.    Ergebnis	223
<b>B. Auseinanderfallen von Vertragsstatut und Vertragssprache in internationalen Vertragsbeziehungen</b>	224
I.    Auslegungsprobleme im internationalen Handelsverkehr	225
1. Typische Probleme und Sachverhaltskonstellationen im internationalen Handel	225

a) Englische Vertragssprache zwischen nichtenglischen Vertragsparteien	227
b) Ein deutsches Gericht entscheidet über englischsprachigen Vertragstext	229
c) Benutzung englischsprachiger Musterverträge	229
2. Konsequenzen für die Auslegung	230
II. Konzeption der EFET-Verträge	234
5. Kapitel: Analyse und Problembereiche der EFET-Rahmenverträge	237
A. Vertragsgegenstand und rechtliche Einordnung	237
I. Rechtsnatur der Rahmenvereinbarung	238
1. Rahmenvertragsbeziehung als Dauerschuldverhältnis	238
a) Voraussetzungen für Bewertung als Dauerschuldverhältnis	238
aa) Schuldverhältnis	238
bb) Dauerschuldcharakter	240
b) Stellungnahme	242
2. Bewertung der Bestimmungen des Rahmenvertrags als Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) gemäß den §§ 305 ff. BGB	243
a) Schutzzweck Allgemeiner Geschäftsbedingungen	243
b) Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB im (internationalen) Geschäftsverkehr	245
c) Voraussetzungen für eine Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB	250
aa) Für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen	251
bb) Stellen der Vertragsbedingungen versus Individualvereinbarung	255
d) Vorliegen der Einbeziehungsvoraussetzungen in EFET-Vertragsbeziehungen	263
aa) Verwendung des EFET-Vertragsmusters	264
bb) Verwendung hauseigener Muster-EFET-Verträge	265
cc) Inhaltlich widersprüchliche Vertragsmuster	266

e) Zwischenergebnis	267
II. Rechtsnatur der Einzelabschlüsse	268
1. Einzelabschlüsse als Kaufverträge	268
2. Fixgeschäftscharakter der Einzelabschlüsse	268
3. Rechtsnatur der Einzelkontrakte in Form von Kauf- und Verkaufsoptionen	271
a) Abgrenzung zu anderen Rechtsinstituten	272
b) Dogmatische Einordnung	272
c) Zwischenergebnis	275
III. Konzept des Einheitsvertrages	275
1. Schuldumschaffung bzw. Novation	276
2. Inhaltsänderung	280
3. Folgen der Anfechtung einzelner Transaktionen	282
IV. Vor Abschluss des Rahmenvertrages bestehende Vertragsbeziehungen	283
 B. Vertragsschluss	286
I. Abschluss des Rahmenvertrages	286
1. Willensmängel	286
2. Stellvertretung und Vollmachtstatut	288
a) Das nationale Stellvertretungsrecht	288
b) Sonderkonstellation: Beurteilung bei Sitz einer Vertragspartei im Ausland	289
aa) Europäisches IPR	289
bb) Nationales IPR	290
cc) Schlussfolgerungen	293
3. Zwischenergebnis	294
II. Abschluss der Einzelverträge	295
1. Wirksamkeitshindernisse beim Vertragsschluss	295
a) Schriftform	295
b) Willens- und Einigungsmängel	296
2. Widersprüchliche Angaben in den Confirmations (Anwendbarkeit der Prinzipien des kaufmännischen Bestätigungsschreibens)	297
a) Mögliche Lücken in den Regelungen der EFET-Verträge	298
b) Voraussetzungen und Beurteilung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens	299
aa) Vorliegen eines Bestätigungsschreibens	300

## Inhaltsverzeichnis

bb) Kaufmannseigenschaft von Absender und Empfänger	302
cc) Zwischenergebnis	303
c) Lückenfüllung	304
aa) Wirkung des Schweigens auf ein Bestätigungsscheiben	304
bb) Wesentliche Abweichung des Inhalts des Bestätigungsschreibens vom Vereinbarten	305
cc) Frist zur Prüfung des Inhalts des Bestätigungsschreibens	307
3. Zum Vertragsschluss bevollmächtigte Personen	308
a) Beurteilung vor dem Hintergrund des deutschen Stellvertretungsrechts	309
aa) Zurechnung über Rechtscheinsgrundsätze bei Fehlen von Händlerlisten	310
bb) Zurechnung über Rechtscheinsgrundsätze bei Vorliegen von Händlerlisten	312
b) Schlussfolgerungen	313
 C. Leistungspflichten und Leistungsstörungen (§§ 4, 6, 8)	314
I. Leistungspflichten	314
1. Primärleistungspflichten gemäß § 4 EFET-Verträge	314
2. Optionsgeschäfte im Sinne des § 5 EFET-Verträge	318
II. Leistungsstörungen	319
1. Nichtleistung	319
a) Nichtleistung im Rahmen des Strom-EFET	321
b) Nichtleistung im Rahmen des Gas-EFET	322
c) Bestimmungen des nationalen Rechts	323
2. Schlechtleistung - Besondere Behandlung im Fall von Off-Spec-Gas gem. § 8a Gas-EFET	324
3. Unmöglichkeit – Sonderfall der Force Majeure	328
4. Verzug (Zahlungsverzug)	331
5. Umfang des Schadensersatzes und Mitverschulden	336
a) Umfang des Schadensersatzes	336
b) Mitverschulden	337
 D. Laufzeit und Beendigung des EFET-Rahmenvertrages (§§ 10, 11)	338
I. Ordentliche Kündigung	339
II. Fristlose Kündigung	340

1. Wichtige Gründe des § 10.5 EFET-Vertrag: abschließender Katalog oder Regelbeispiele?	340
2. Katalog von Beendigungsgründen des § 10.5 EFET-Vertrag	344
a) § 10.5 (a) EFET-Vertrag: Nichterfüllung (Non Performance)	345
b) § 10.5 (b) EFET-Vertrag: Drittverzug und Vorfälligkeit (Cross Default and Acceleration)	346
c) § 10.5 (c) EFET-Vertrag: Liquidation / Zahlungsunfähigkeit / Pfändung (Winding-up / Insolvency / Attachment)	349
aa) Begriffsbestimmungen – Übersetzungsprobleme	350
bb) Besondere Behandlung bestimmter Vertragspartner	351
cc) Bedürfnis der Vertragsbeendigung im Fall der Insolvenz – Besonderheiten	352
d) § 10.5 (d) EFET-Vertrag: Nichtlieferung oder Nichtabnahme (Failure to Deliver or Accept)	355
e) § 10.5 (e) EFET-Strom: Force Majeure	356
f) § 10.5 (f) EFET-Strom / § 10.5. (e) EFET-Gas: Representation or Warranty	357
3. Berechnung des Kündigungsbetrages	357
III. Störung der Geschäftsgrundlage	360
E. Close-Out-Netting im Falle der Insolvenz eines Vertragspartners – Wirksamer Ausschluss des Cherry-Picking durch den Insolvenzverwalter?	366
I. Wirtschaftliche Bedeutung des Close-Out-Netting	366
1. Praktische Bedeutung des vertraglichen Close-Out-Netting	368
2. Möglichkeit der Automatischen Vertrags- beendigung gemäß § 10.4 EFET-Vertrag (Automatic Termination)	368
II. Zivilrechtliche Wirksamkeit des Close-Out-Nettings	369
1. Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB	369
2. Unwirksamkeit gemäß § 242 BGB	370
3. Unwirksamkeit gemäß den §§ 305 ff. BGB	372

## *Inhaltsverzeichnis*

4. Rechtliche Bewertung der Automatic Termination	372
III. Insolvenzrechtliche Wirksamkeit des Close-Out-Netting	375
1. Gesetzliche Vorgaben der InsO	376
a) Zulässigkeit der Insolvenzaufrechnung	377
b) Unwirksame Vereinbarungen nach § 119 InsO	379
aa) Grundsatz des § 103 InsO	380
bb) Ausnahmetatbestand des § 104 InsO	380
c) Insolvenzanfechtung	381
aa) Ausschluss der Insolvenzanfechtung gemäß § 104 Abs. 2 Satz 3 InsO	382
bb) Anfechtungserhebliche Rechtshandlung	385
cc) Mögliche Anfechtungsgründe	386
dd) Wirkung der Anfechtung	389
ee) Ausschluss der Anfechtung mangels gläubigerbenachteiligender Wirkung	391
d) Grundsatz der par condicio creditorum	395
2. BGH-Urteil zur Unwirksamkeit insolvenzabhängiger Lösungsklauseln	397
a) Bisheriger Streitstand	397
aa) Argumente gegen eine Wirksamkeit vertraglicher Lösungsklauseln	398
bb) Argumente für die Wirksamkeit vertraglicher Lösungsklauseln	399
b) Inhalt der Entscheidung des BGH vom 15. November 2012	401
3. Bedeutung des BGH-Urteils für die EFET-Rahmenverträge	402
a) Anwendbarkeit auf die EFET-Vertragsbeziehung	403
b) Gesetzlich vorgesehene Lösungs- möglichkeit	407
aa) Ausnahmetatbestand des § 104 Abs. 2 InsO	407
bb) Ausnahmetatbestand des § 104 Abs. 1 InsO	413
c) Konsequenzen für Beendigungsgründe und Vertragsabwicklung	417
aa) Zeitlicher Anwendungsbereich des § 104 InsO	418

bb) Gesamtbeendigung – Zulässigkeit der vertraglichen Regelung?	419
cc) Zulässigkeit abweichender Regelungen	423
dd) Schlussfolgerungen	424
d) Schicksal des Kündigungsbetrages (Termination Amount) in der Insolvenz	425
4. Konsequenzen für den OTC-Handel – bestehende Lösungsmodelle und neue Lösungsansätze	427
a) Bestehende Lösungsmodelle der Praxis	428
b) Neue Lösungsansätze	430
aa) Vorgaben des Europäischen Gesetzgebers für die Zulässigkeit vertraglicher Netting-Regelungen	431
bb) Regelungslücke für den Bereich des Commodity-Handels	435
cc) Klarstellung durch den Gesetzgeber	441
F. Sonstige Regelungen der EFET-Rahmenverträge	441
I. Haftungsfragen	441
II. Rechnungsstellung und Zahlung (§ 13)	444
III. Steuerklausel, § 14 EFET-Verträge	446
IV. Garantien und Kreditsicherheiten (§§ 16, 17)	448
V. Übertragung von Rechten und Pflichten (§ 19)	449
VI. Representations and Warranties (§ 21)	450
VII. Rechtswahl und Gerichtsstand (§ 22)	454
VIII. Sonstige Regelungen	455
6. Kapitel: Wesentliche Ergebnisse	457
Literaturverzeichnis	459