

# **Rechtliche Probleme langfristiger Kapazitätsbuchungen in der Gaswirtschaft**

**„Kölner Gespräche zum Energierecht“**

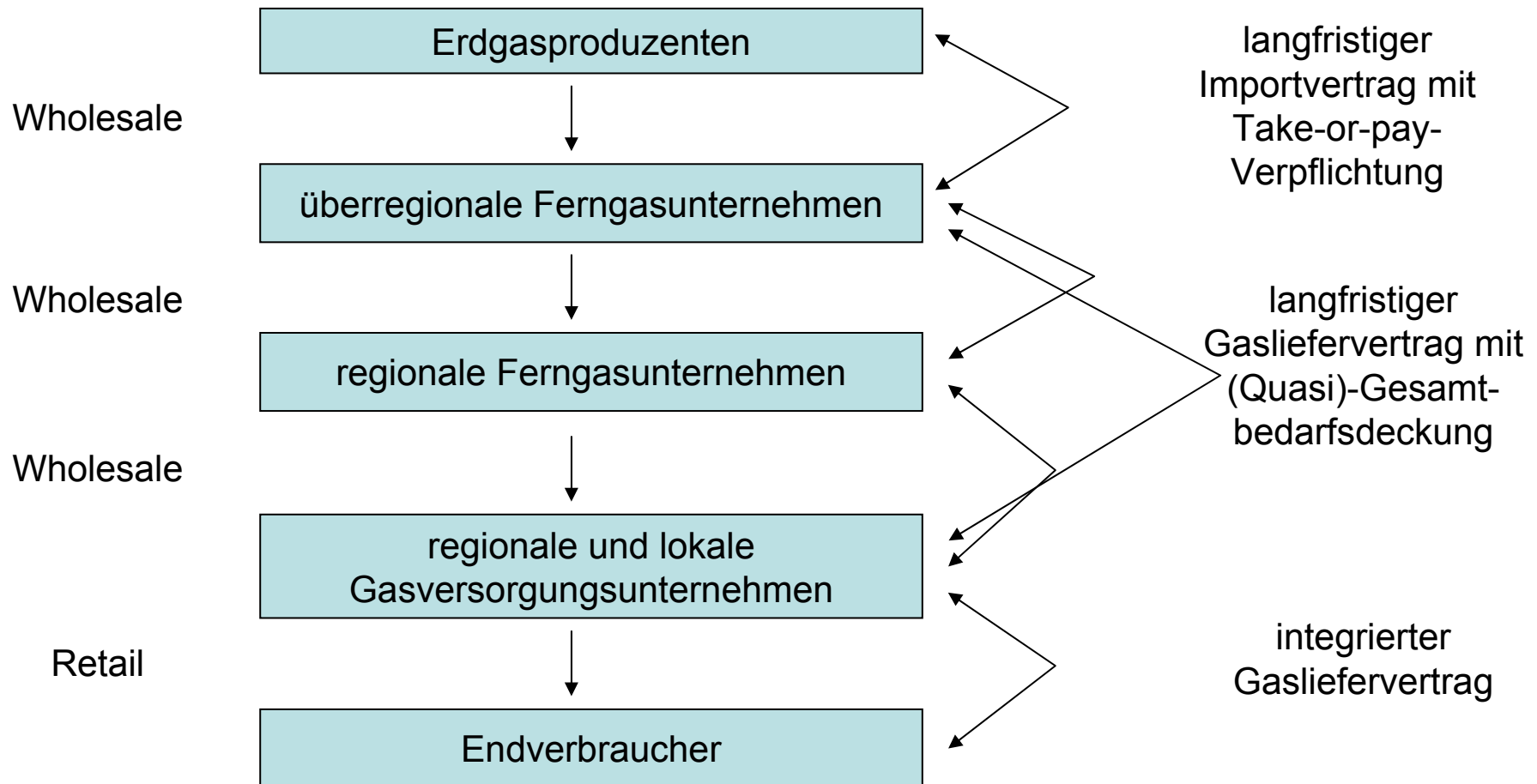
15. Oktober 2009

Prof. Dr. iur. Jürgen Kühling, LL.M.

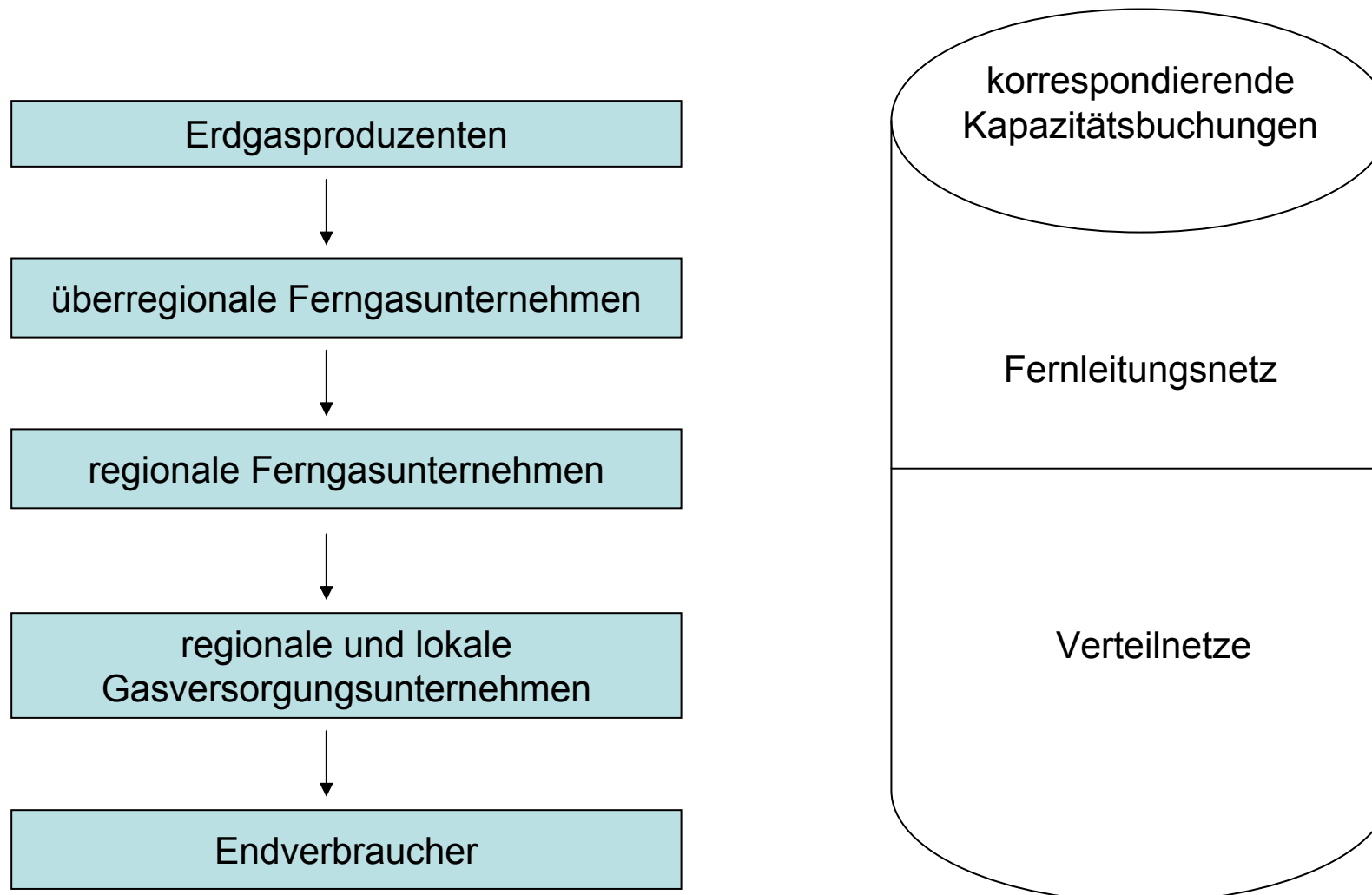
## Gliederung

- I. Problemeinstieg: Marktebenen in der Gasversorgung
- II. BKartA – E.ON Ruhrgas – langfristige Lieferverträge
- III. Tatsächliche Knappheitssituation – Ausgangsbefund BNetzA
- IV. Sektorspezifische Regelung der Engpassproblematik
- V. Allgemeine kartellrechtliche Regelung der Engpassproblematik
- VI. VEMW-Urteil und sektorspezifische Regulierung
- VII. Sektorspezifische Regelung im Detail
- VIII. Kartellrechtliche Vorgaben im Detail
- IX. Fazit
- X. Ausblick

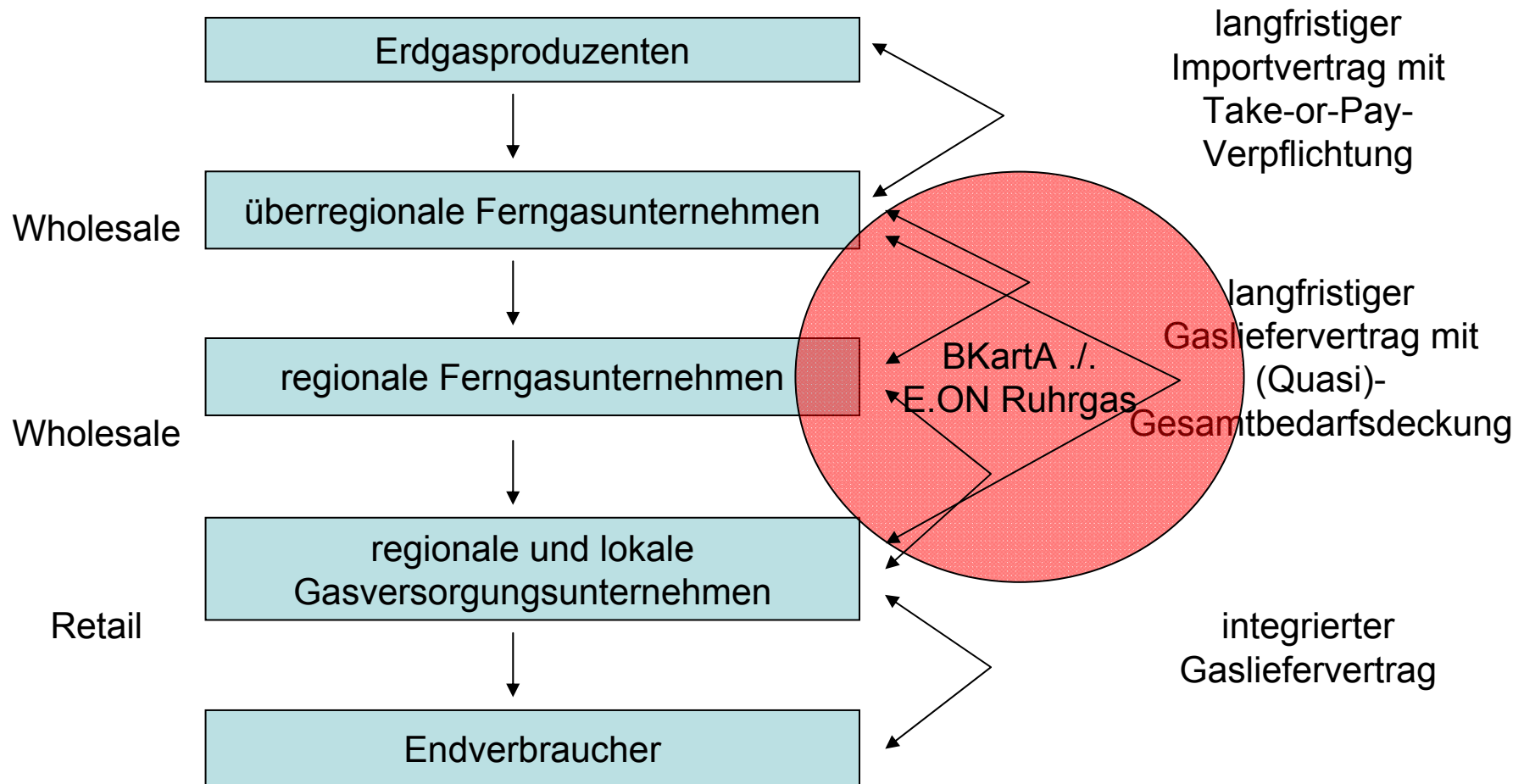
# I. Problemeinstieg: Marktebenen in der Gasversorgung



# I. Problemeinstieg: Marktebenen in der Gasversorgung



# I. Problemeinstieg: Marktebenen in der Gasversorgung



Gaslieferverträge verstoßen gegen Art. 81 und 82 EG wenn:

1. 50%-80% des tatsächlichen Vertriebsbedarfs + Laufzeit > 4 Jahre

oder

2. > 80% des tatsächlichen Vertriebsbedarfs + Laufzeit > 2 Jahre

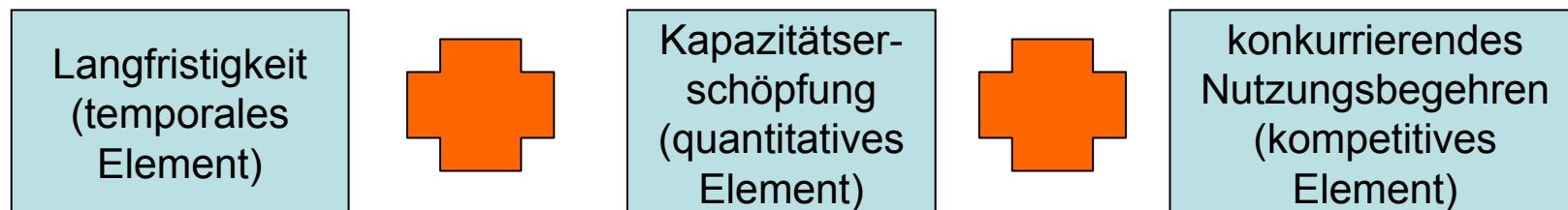
Stoßrichtung bisher: Aufbrechen der unmittelbar  
wettbewerbsbehindernden umfassenden Kundenbindung  
→ führt per se zu Wettbewerbsbeeinträchtigung

- vorliegendes Problem: langfristige, erschöpfende  
Kapazitätsbuchungsverträge
  - 1) führen nicht per se zu Wettbewerbsbeeinträchtigung, vielmehr
  - 2) + konkurrierendes Netznutzungsbegehren
  - 3) + Kapazitätserschöpfung

## II. BKartA – E.On Ruhrgas-Beschluss (B 8 – 113/03 v. 13.1.2006)

keine Aussage über Zulässigkeit langfristiger, erschöpfender Kapazitätsbuchungsverträge

- für diese gelten eigene Kriterien
- drei Komponenten der Wettbewerbsbeeinträchtigung:



### *III. Tatsächliche Knappheitssituation*

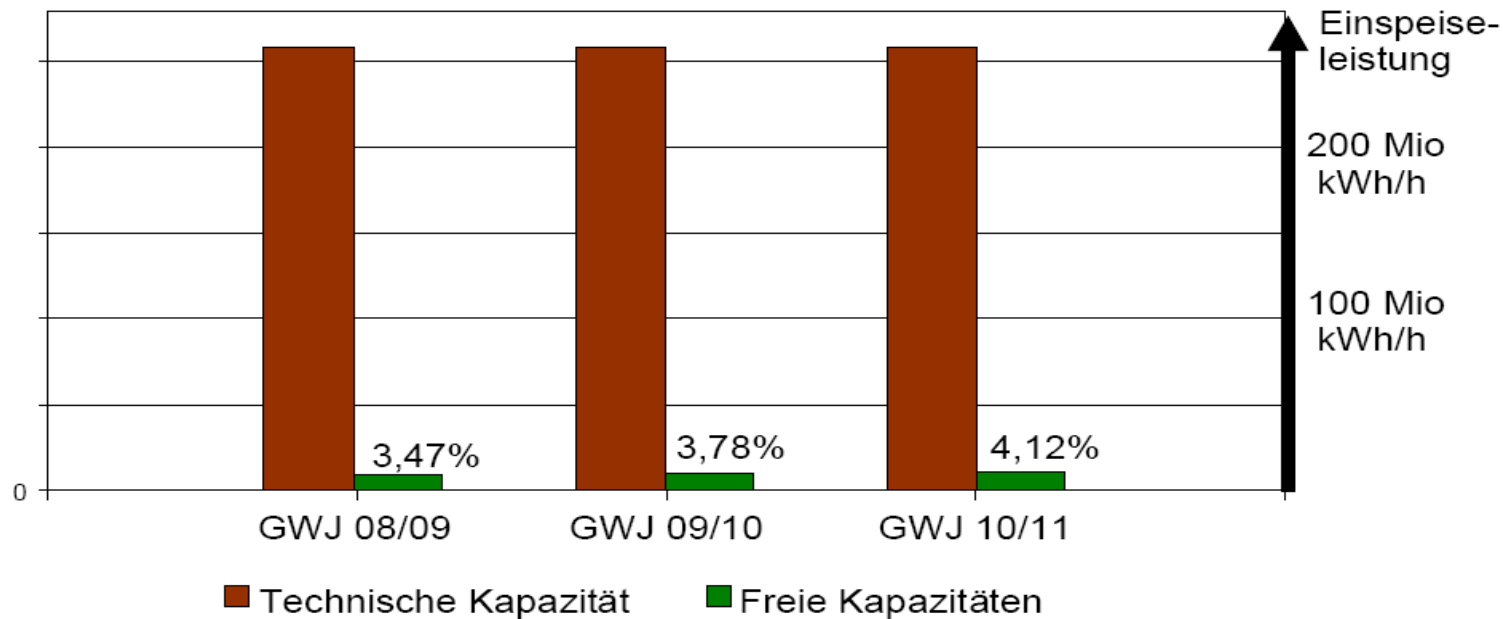
Kapazitätserschöpfung (quantitatives Element)

<b>vertraglicher</b> Engpass	<b>physischer</b> Engpass
vertragl. Nachfrage > technische Kapazität	tatsächliche Nutzung > technische Kapazität

## Buchungssituation Entry-Punkte an deutschen Grenzen



Kapazitäten sind für Jahre im Voraus weit über 90 % ausgebucht.



Dabei sind viele wichtige Punkte zu 100 % ausgebucht

Quelle: Internet Oktober 2008

Quelle: Neveling, Workshop BNetzA 1. April 2009 (abrufbar unter <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/15916.pdf>)

3

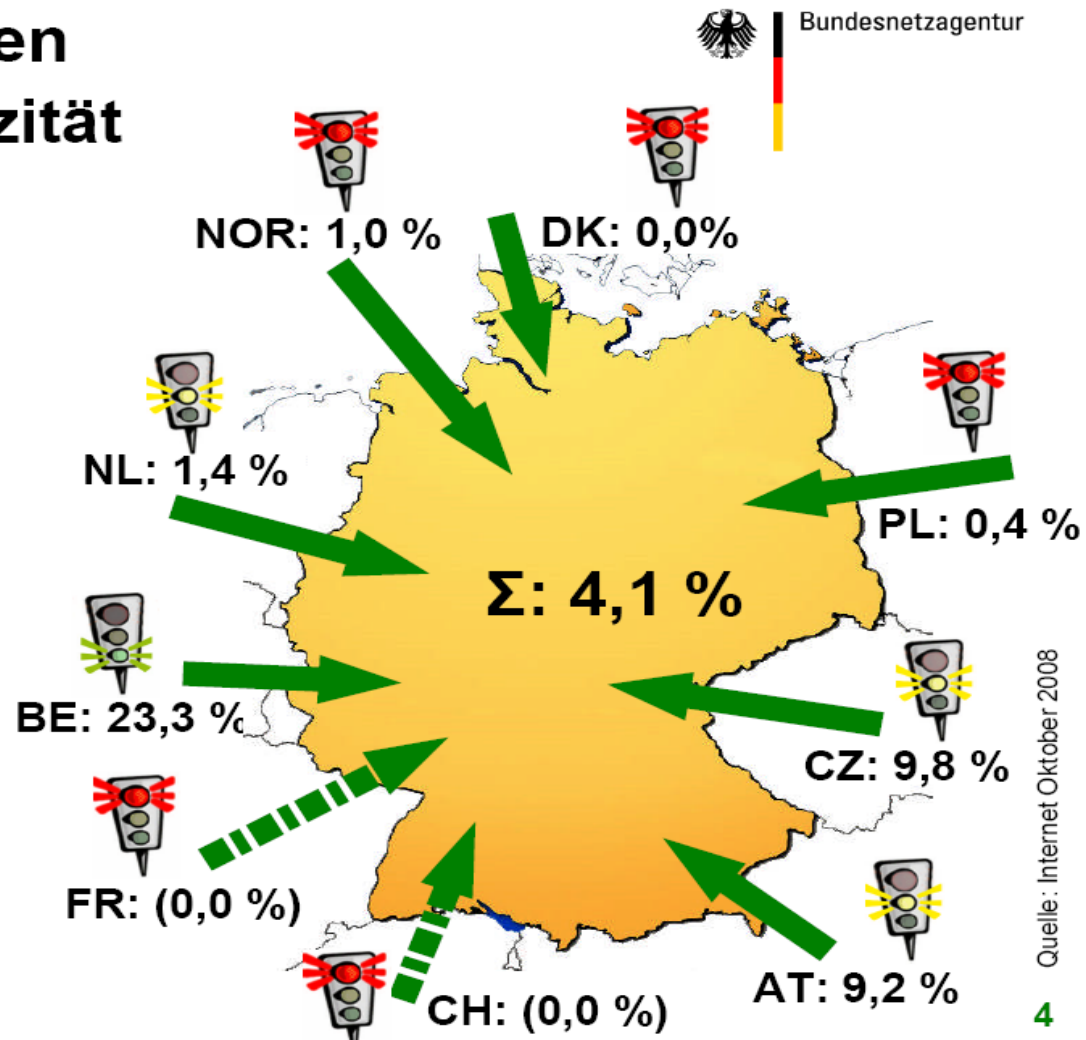
## Anteile der freien Einspeisekapazität

An den meisten Grenzen sind kaum freie Kapazitäten verfügbar.

Ähnliche Werte gelten...

- für die **Aus-**speisung aus Deutschland
- an den **Markt-**gebietsgrenzen

(Zahlen für 2010/2011)



Quelle: Neveling, Workshop BNetzA 1. April 2009 (abrufbar unter <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/15916.pdf>)

4

### III. Tatsächliche Knappheitssituation

<u>Einspeisekapazitäten</u>	vertragliche Buchung	tatsächliche Auslastung
Grenzkuppelstellen (nach D)	ca. 87%	ca. 65%*
Marktgebietsgrenzen	ca. 93%	ca. 36%

\* An ca. 80% der vertraglich ausgebuchten Grenzkuppelstellen wird mind. 1 x p.a. max. techn. Kapazität tatsächl. genutzt

Quelle: BNetzA, Monitoringbericht 2008 und Monopolkommission, Sondergutachten Strom und Gas 2009

## IV. Sektorspezifische Regelung der Engpassproblematik

**Keine** explizite Regelung bestehender **langfristiger Kapazitätsbuchungen**,  
aber Kapazitätsmanagementvorgaben:

	<b>vertraglicher Engpass</b>		<b>physischer Engpass</b>
<b>VO 1775/2005</b>	<u>Neuverträge:</u>  Art. 5 Abs. 3: kurzfristiges „use-it-or-lose-it“ bzw. Sekundärmarkt	<u>Altverträge:</u>  Art. 5 Abs. 4: = Art. 5 Abs. 3 wenn Vertrag nicht entgegensteht; sonst Sekundärmarkt	Art. 5 Abs. 5: nicht diskriminierende, transparente Kapazitätszuweisungs- mechanismen
<b>VO 715/2009</b>	<u>Neuverträge:</u>  Art. 16 Abs. 3 = Art. 5 Abs. 3	<u>Altverträge:</u>  = Neuverträge	Art. 16 Abs. 4: = Art. 5 Abs. 5

## IV. Sektorspezifische Regelung der Engpassproblematik

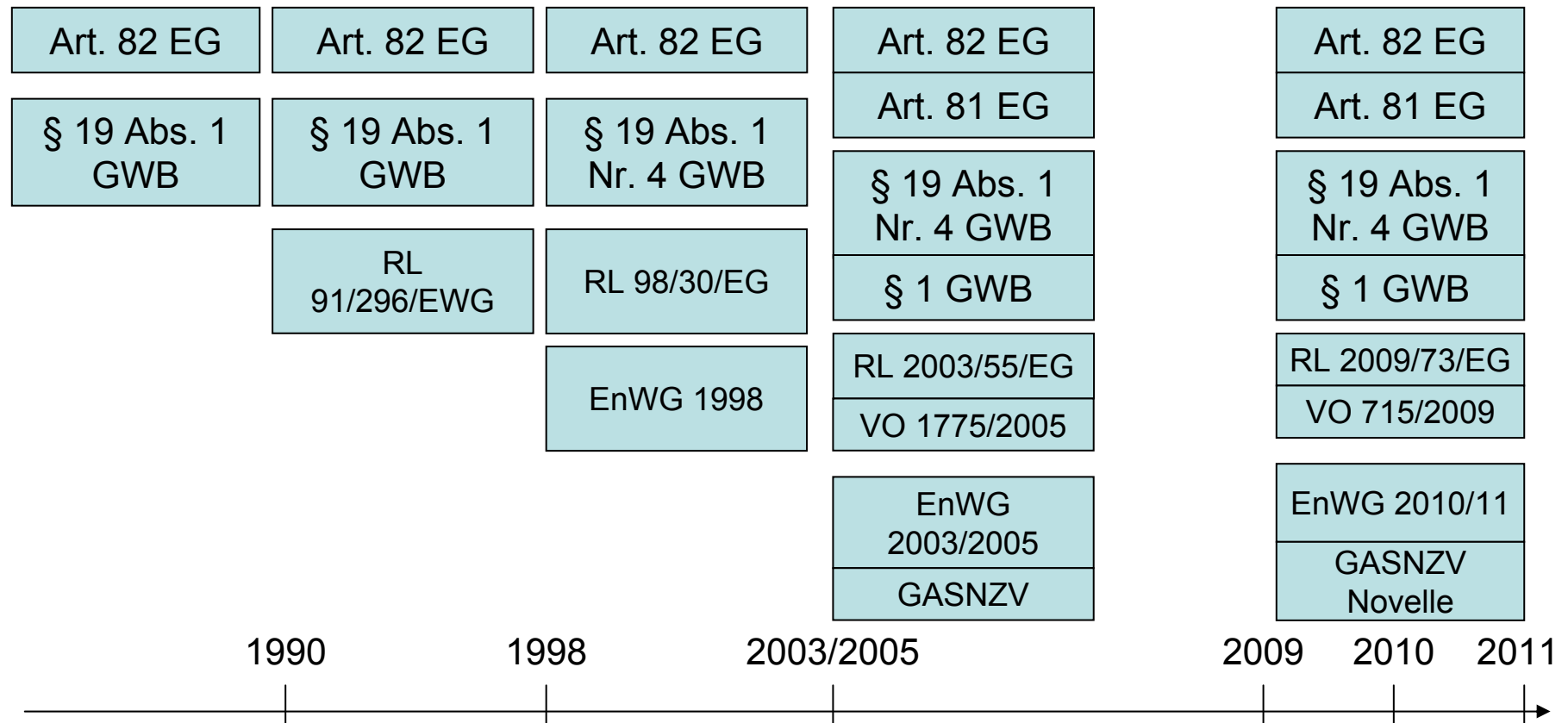
**Keine** explizite Regelung bestehender **langfristiger Kapazitätsbuchungen**,  
aber Kapazitätsmanagementvorgaben:

	<b>vertraglicher Engpass</b>	<b>physischer Engpass</b>
<b>GasNZV/EnWG</b>	§ 13 Abs. 1/2 GasNZV: kurz-/langfristiges „use-it-or-loose-it“	§ 21 EnWG: angemessen, diskriminierungsfrei und transparent
	<table border="1"> <tr> <td><u>Neuverträge:</u> § 10 Abs. 4 GasNZV: Buchung &gt; 90% → Versteigerung</td> <td><u>Altverträge:</u> § 10 Abs. 5 GasNZV: bestehende Buchungen bleiben unberührt</td> </tr> </table>	
<u>Neuverträge:</u> § 10 Abs. 4 GasNZV: Buchung > 90% → Versteigerung	<u>Altverträge:</u> § 10 Abs. 5 GasNZV: bestehende Buchungen bleiben unberührt	
<b>GasNZV-Neu</b>	?	?

## V. Allgemeine kartellrechtliche Regelung der Engpassproblematik

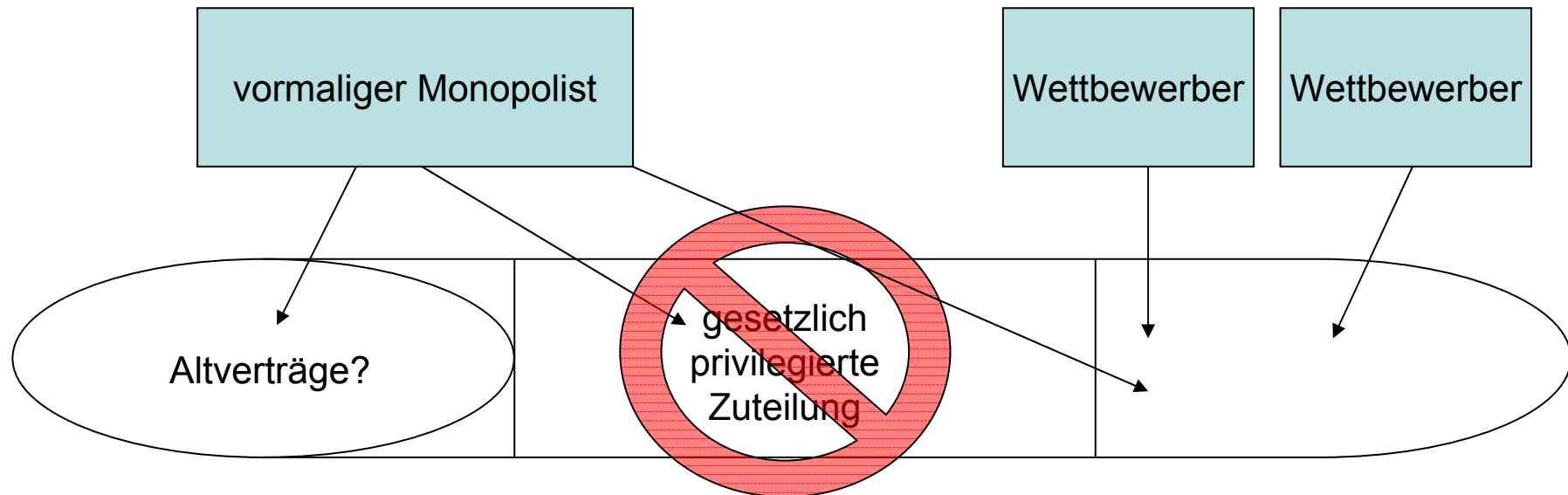
	Normgehalt	Rspr. + Entscheidungen
Art. 81 EG, § 1 GWB	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ (frühestens) nach rechtlicher Entflechtung (zuvor konzernintern)</li> <li>➤ Funktionsnotwendigkeit?</li> <li>➤ ggfls. freistellungsfähig</li> </ul>	bislang nur: Österreichische Verwaltungsgerichtshof (Az. 2003/05/0094)
Art. 82 EG § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ nur sehr allg. Vorgaben zur Zugangsgewährung / Diskriminierungsfreiheit</li> </ul>	<p>Hafen-Entscheidungen der Kommission: optimale Nutzung der vorhandenen Infrastruktur;</p> <p>BEWAG Beschluss BKartA: bei Engpass u.U. Repartierung → Einbeziehung gebuchter Kapazitäten?</p>

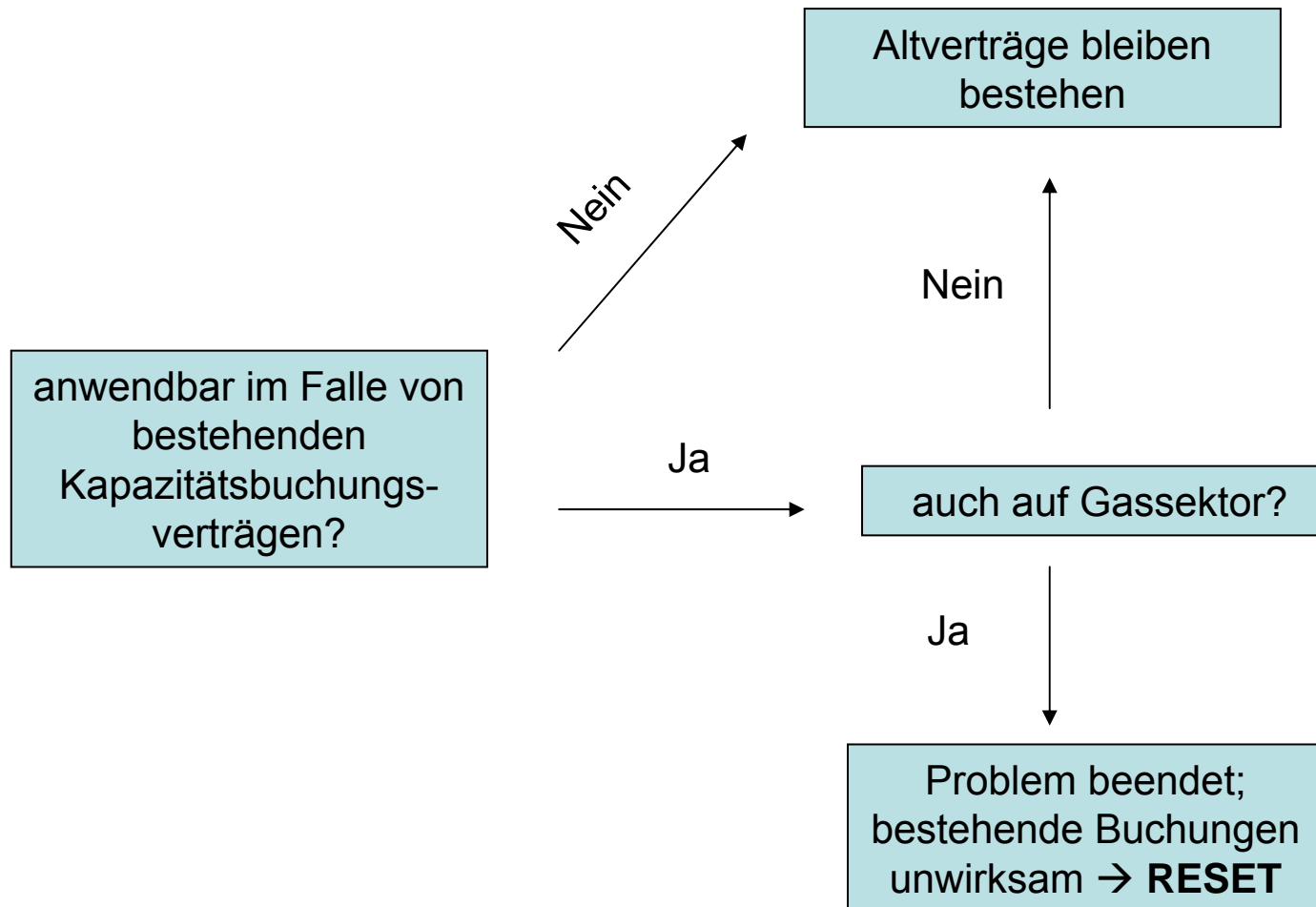
## IV./V. Regulierungsvorgaben im chronologischen Überblick



VI. VEMW-Urteil (Rs. C-17/03 v. 7.5.2005 zur Strom-RL 96/92/EG)

- Kernaussage: privilegierte Zuteilung von Kapazität durch gesetzliche Regelung verstößt gegen Diskriminierungsverbot (wenn hierfür keine Genehmigung der Kommission vorliegt)





## VEMW-Urteil übertragbar auf Altverträge im Gasbereich?

GasRL 2003/55/EG (bzw. 2009/73/EG) + VO 1775/2005 (bzw. 715/2009)

**Wortlaut** = offen (keine explizite Regelung)

(im Übrigen → Art. 18 Abs. 3 GasRL 2003/55/EG – grds. ok, aber Schranke: EG-Wettbewerbsregeln – aber wohl nicht speziell für Altverträge)

**Genesis** = (-) → Gemeinschaftsgesetzgeber hat Möglichkeit der Freigabe gesehen und abgelehnt

**Systematik** = (-) → GasRL + VO regeln Engpassmanagement auch für Altverträge → Gemeinschaftsgesetzgeber geht offenbar von Fortgeltung aus

→ Art. 27 GasRL betrifft nur Gaslieferverträge, die noch nicht durch Kapazitätsbuchungen abgesichert

**Telos** = offen

**Ergebnis:** → spricht gegen Übertragbarkeit

→ bestehende langfristige Verträge nicht per se rechtswidrig

### Stattdessen

→ Diskriminierung/unzulässige Kapazitätshortung im Einzelfall

1. VO 715/2009 (Art. 16 in neuer VO: Neu- und Alt-Verträge!)

- Abs. 3 lit. a) – vertraglicher Engpass – „use-it-or-lose-it“
  - obligatorisches „day-ahead“-Angebot durch FNB
  - Angebot als unterbrechbare Kapazität
  
- Abs. 3 lit. b) – vertraglicher Engpass – Sekundärvermarktung
  - Weiterverkauf bzw. -verpachtung durch Kapazitätsinhaber

1. VO 715/2009

- Art. 16 Abs. 4 – physischer Engpass  
→ Anwendung nicht-diskriminierender, transparenter  
Kapazitätszuweisungsmechanismen durch FNB **oder NRB**
  
- keine Kapazitätshortung; effektive Freigabe

## 2. GasNZV

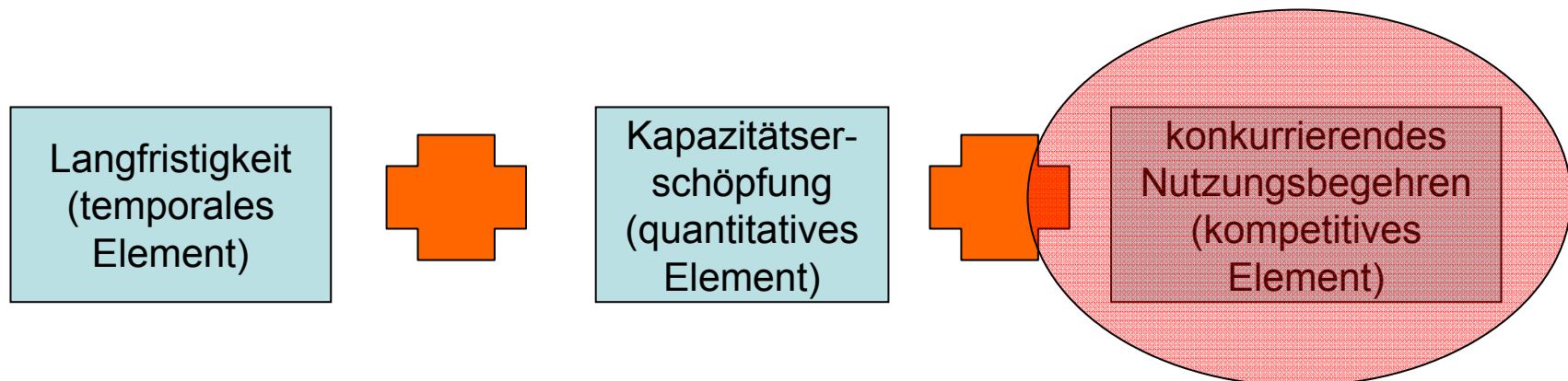
- § 9 Abs. 1 GasNZV – **Prioritätsprinzip** (Grundsatz)
- § 10 Abs. 1/3/4 GasNZV – Verfahren bei drohendem Engpass =  
Buchungsanfragen > 90%
  - übrige Kapazität erst 24 Stunden nach Erreichen der 90%  
Auslastung zu vergeben
  - besteht dann Engpass → Versteigerung
- § 10 Abs. 5 GasNZV – Altverträge bleiben unberührt

## 2. GasNZV

- § 13 GasNZV – „use-it-or-lose-it“
  - § 13 Abs. 1 GasNZV: kurzfristiges „use-it-or-lose-it“  
(„day-ahead“-Freigabe, vgl. auch Art. 16 Abs. 3 lit. a) VO 715/2009)
  
  - § 13 Abs. 2 GasNZV: langfristiges „use-it-or-lose-it“  
(dauerhafter Kapazitätsentzug bei Nichtnutzung)
  
- keine Kapazitätshortung; effektive Freigabe

1. Art. 81 EG, § 1 GWB

- P: Wettbewerbsbeschränkung durch Kapazitätsbuchung?
  - nicht per se (+)
    - konkurrierendes Nutzungsbegehren + Kapazitätserschöpfung
  - bislang keine Behandlung der Problematik unter Gesichtspunkt der Kartellvereinbarung



1. Art. 81 EG, § 1 GWB

**Funktionsnotwendigkeit** → Komplementärgut (Kapazität)

funktionsnotwendig für Durchführung von Importverträgen?

→ Tatbestandsrestriktion denkbar (aber allgemein sehr str.)

→ Gefahr der Widersprüchlichkeit:

- ausdrückliche Anerkennung langfristiger Importverträge
- korrelierende Kapazitätsbuchungen zwingend erforderlich

→ Berücksichtigung bei Rechtfertigung – gegebenenfalls

Differenzierung: Grenzkuppelstelle; Bezugsrechte etc.

→ Verträge im Falle effektiver Freigabemechanismen wohl nicht angreifbar; Gefahr „konkurrierender Zugangsregulierung“

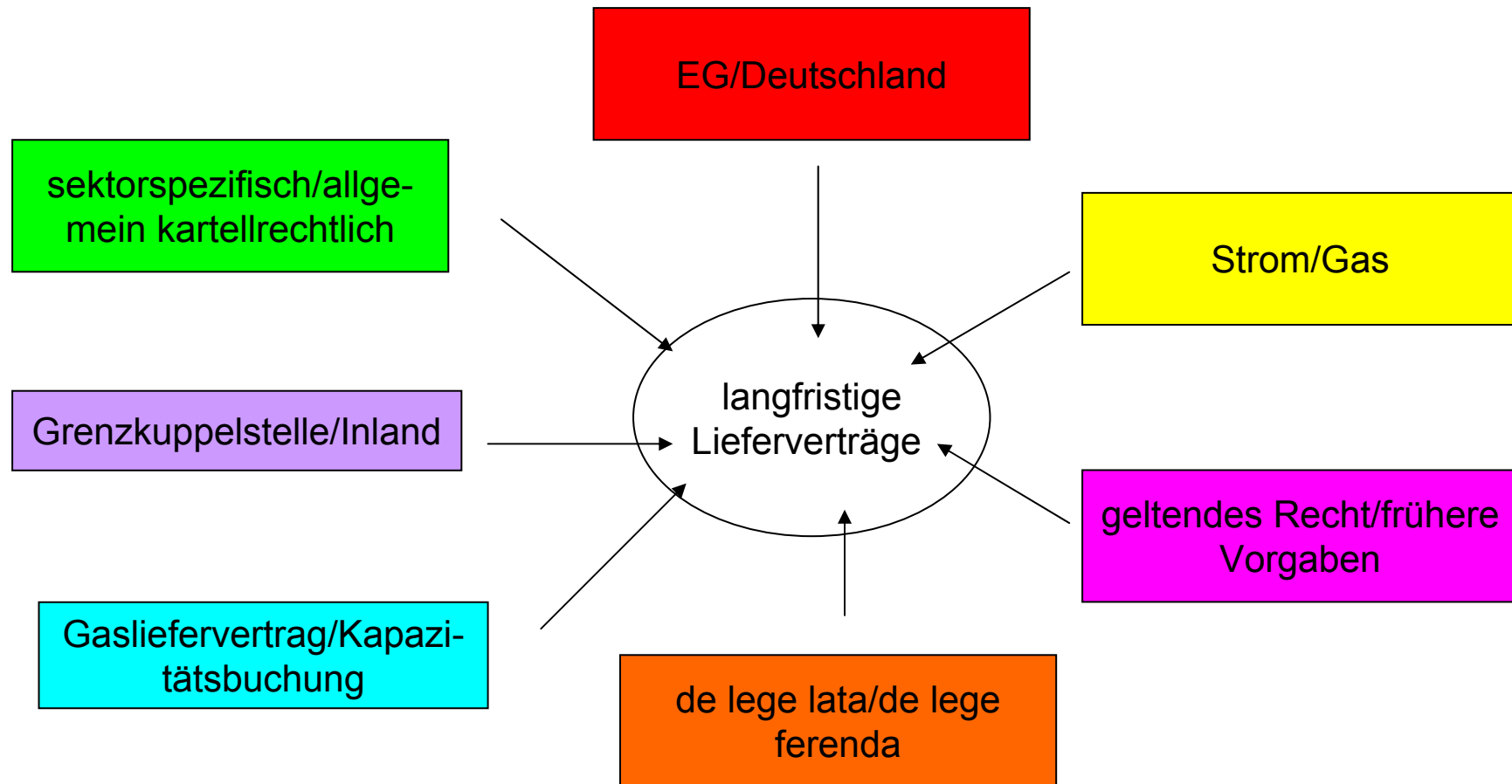
2. Art. 82 EG, § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB

- „Essential-Facilities-Doktrin“
  - nur sehr rudimentäre Vorgaben
  
- Konkretisierung: **Hafenentscheidungen** der Kommission
  - konstruktive Mitwirkung an Engpassbeseitigung
    - Angebot ungenutzter Kapazitäten + Optimierung der Kapazitätsnutzung
  - i.d.R. keine Ausbaupflichtung bzw. allenfalls Umbaupflichtung
  
- keine weiter reichenden Pflichten als im sektorspezifischen Recht

Exkurs: BEWAG-Beschluss (B 8 – 40100 – T-99/99 v. 30.8.1999)

- EnWG insoweit lex specialis (§ 111 Abs. 2 EnWG)
- Sachverhalt bereits unklar – tatsächlicher Engpass oder nur Befürchtung?
- Schlussfolgerungen:
  - 1) kein Eingriff in bestehende Vertragsverhältnisse
  - 2) langfristige Kapazitätsvergabe nicht per se diskriminierend
  - 3) keine Privilegierung der eigenen Vertriebsabteilung zulässig
  - 4) diskriminierende Informationsbereitstellung unzulässig
  - 5) interne = externe Behandlung
- wohl nicht übertragbar

## IX. Fazit: Differenzierungsnotwendigkeiten



- keine klaren Vorgaben zum Umgang mit Altverträgen
- sofern (damals) diskriminierungsfrei abgeschlossen, ggw. unangreifbar
- Anwendung der Engpassmanagementmethoden auf Altverträge jetzt durch VO 715/2009 geregelt
  - deren grundsätzlicher Bestand wird damit anerkannt
- letztlich kein Kartellrechts-, sondern Liberalisierungsproblem
  - asymmetrische Ausgangssituation
- Gesetzgeber muss eindeutig festlegen, wenn er Reset-Situation möchte!
  - allg. Kartellrecht ungeeignet, sofern sektorspezifische Ausdifferenzierung
- im Übrigen Diskriminierungskontrolle im Einzelfall
  - auch Prüfung, ob unzulässige Kapazitätshortung (§ 13 GasNZV), etc.

	<b>vertraglicher Engpass</b>	
<b>GasNZV</b>	§ 13 Abs. 1/2 GasNZV: kurz-/langfristiges „use-it-or-loose-it“	
	<u>Neuverträge:</u> § 10 Abs. 4 GasNZV: Buchung > 90% → Versteigerung	<u>Altverträge:</u> § 10 Abs. 5 GasNZV: bestehende Buchungen unberührt
<b>GasNZV-Neu</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>➤ Prioritätsprinzip nur bei ausreichender Kapazität; sonst Auktionierung</li> <li>➤ Begrenzung der Laufzeit / auch Altverträge?</li> <li>➤ strengeres kurzfristiges „use-it-or-loose-it“</li> <li>➤ strengeres langfristiges „use-it-or-loose-it“</li> </ul>	

- Intensivierung des „use-it-or-lose-it“-Prinzips
  - vereinfachte Bedingungen für kurzfristigen und langfristigen Kapazitätsentzug
- stärkere Kontrolle des Engpassmanagements durch NRB
- Verbesserung der Bereitstellung von Primärkapazitäten
- Bottleneck-Renditen zur Beseitigung physischer Engpässe
- gesetzgeberische Klarstellung zum Umgang mit Altverträgen, falls diese partiell angegriffen werden sollen
- langfristige Kapazitätsbuchungen auch künftig erlauben

*Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!*

Prof. Dr. iur. Jürgen Kühling, LL.M.

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Immobilienrecht

Universitätsstraße 31

93053 Regensburg

Telefon: 0941-943-6061 (Skr.) / -6060 (direkt)

Fax: 0941-943-6062

Email: [juergen.kuehling@jura.uni-regensburg.de](mailto:juergen.kuehling@jura.uni-regensburg.de)