



**School of
Management and Law**

**Gasmarktliberalisierung in der
Schweiz
Gesetzliche Rahmenbedingungen der
Transportpflicht und Konfliktlösung**

Energy Governance Working Paper Nr. 6

Nicole Conrad

IMPRESSUM

Herausgeber

ZHAW School of Management and Law
Stadthausstrasse 14
Postfach
8401 Winterthur
Schweiz

Abteilung Business Law
www.zhaw.ch/abl

Projektleitung, Kontakt

Nicole Conrad
nicole.conrad@zhaw.ch

Februar 2016

Copyright © 2016 Abteilung Business Law,
ZHAW School of Management and Law

Alle Rechte für den Nachdruck und die
Vervielfältigung dieser Arbeit liegen bei der
Abteilung Business Law der
ZHAW School of Management and Law.
Die Weitergabe an Dritte bleibt ausgeschlossen.

Zwecks besserer Lesbarkeit wird in
dieser Publikation überwiegend die
männliche Form verwendet. Die weibliche
Form ist selbstverständlich immer mit
eingeschlossen.

Abstract

Das vorliegende Working Paper erörtert für den Schweizer Gasmarkt die einschlägige gesetzliche Regelung von Art. 13 RLG im Hinblick auf die darin normierte (vertragliche) Transportpflicht (Abs. 1) sowie die in Abs. 2 und 3 normierten Streitbelegungsmechanismen. Die zentrale Frage ist, welche Notwendigkeiten bzw. Möglichkeiten für die Rohrleitungseigentümer bestehen, sich aus der Sandwichposition bestehend aus gesetzlicher Vorgabe und vertraglicher Verpflichtung zu befreien.

Zunächst wird die bis in das Jahr 1964 zurückgehende Gasmarktliberalisierung auf der Grundlage des zu diesem Zeitpunkt in Kraft getretenen **Rohrleitungsgesetzes** erörtert. Im **zweiten Kapitel** werden die in Art. 13 Abs. 1 RLG enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe der «**technischen Möglichkeit**» bzw. «**wirtschaftlichen Zumutbarkeit**» und ihre Auslegung anhand der Rechtsprechung der zurückliegenden Jahre definiert sowie im Hinblick auf die Interessen des Rohrleitungseigentümers kontrovers diskutiert. Ein besonderes Augenmerk wird auf langfristige Lieferverträge in Verbindung mit vertraglich vereinbarten «take-or-pay-Klauseln» gelegt und diese werden in die Auslegung einbezogen.

Kapitel drei fokussiert sich auf Art. 13 Abs. 2 und Abs. 3 RLG, in denen die **Konfliktlösung von Streitigkeiten** über die Verpflichtung zum Vertragsabschluss für die Transportpflicht (Abs. 2) sowie die Geltendmachung von zivilrechtlichen Ansprüchen nach Vertragsabschluss (Abs. 3) geregelt sind. Die Aufteilung der Streitbelegungskompetenzen an das Bundesministerium für Energie (BFE) im Rahmen von Abs. 2 sowie die Zuweisung an die Zivilgerichte in Abs. 3 werden einer kritischen Betrachtung unterzogen und alternative Streitbelegungsmethoden im Rahmen einer ausschliesslichen Kompetenz aufgezeigt und erörtert.

Abschliessend leitet das Working Paper einige **Empfehlungen** ab, die sich zum einen an die Unternehmen, zum anderen an den Gesetzgeber im Rahmen des geplanten Gasmarktgesetzes richten.

Keywords: Rohrleitungsgesetz, Gasmarktliberalisierung, Konfliktlösung, «take-or-pay»-Klausel, Netzzugang, wirtschaftliche Zumutbarkeit.

Inhaltsverzeichnis

Abstract	3
Inhaltsverzeichnis	4
1. Einleitung	5
2. Vertraglicher Ansatz zu einem liberalisierten Gasmarkt	6
2.1. Das Rohrleitungsgesetz	6
2.2. Kontrahierungszwang	7
2.3. Ausnahmen vom Kontrahierungszwang	8
3. Streitbeilegung in einem liberalisierten Gasmarkt	11
3.1. Ausgangslage	11
3.2. Gelingt die Qualitätssicherung bei der Rechtsprechung?	11
3.3. Wie wirkt sich die Kompetenzaufteilung auf die Verfahrensdauer aus?	12
3.4. Alternativen zu den bestehenden Streitbeilegungsmechanismen	12
4. EMPFEHLUNGEN	14
Literaturverzeichnis	15
Autorin	17
Partner/Experten/etc.	18

1. Einleitung

Erdgas ist ein wichtiger Energieträger für die Schweiz und wird es auch in Zukunft bleiben. Dies ist nicht nur der Fall, weil er als «sauberer» Energieträger gilt, sondern auch aufgrund der Preisbindung. Der damit derzeit günstige Preis von Erdgas führt zu steigenden Importen durch die Schweizer Erdgas-Versorger.

Swissgas hat den grössten Anteil am Erdgasimport in die Schweiz (Energie von rund 21 Billionen Kilowattstunden). Dieses Erdgas kommt zu 2/3 aus den Fördergebieten der Europäischen Union sowie Norwegen. Der übrige Teil stammt aus Russland oder Nordafrika.

Importiertes Erdgas benötigt Transportwege (Netze), durch die es bis zum Endverbraucher in die Haushalte geleitet wird. Der Schweizer Rechtsrahmen unterscheidet zwischen dem Hochdrucknetz (Druck über 5 bar) und dem Niederdrucknetz (Druck unter 5 bar). Über die Hochdrucknetze werden Gasversorgungsunternehmen und grosse Industriekunden beliefert. Im Bereich der Hochdrucknetze hat das Schweizer Gesetz den Grundsatz der Öffnung des Transportnetzes für Dritte implementiert. Art. 13 Rohrleitungsgesetz (RLG) verpflichtet die Betreiber von Hochdrucknetzen, den Transport von Erdgas für Dritte unter gewissen Bedingungen zu übernehmen. Die Formulierungen in Art. 13 RLG beinhalten jedoch Rechtsbegriffe, die aufgrund unterschiedlicher Auslegungen durch Netznutzer in der Vergangenheit zu einer Vielzahl von Rechtsstreitigkeiten geführt haben.

Das vorliegende Working Paper zeigt die Probleme im Zusammenhang mit der Anwendung von Art. 13 RLG im Hinblick auf folgende Fragestellungen für Gesetzgeber und Erdgaslieferanten auf:

- Wird eine Legaldefinition der Begriffe «Technische Möglichkeit» und «wirtschaftliche Zumutbarkeit» in Art. 13 RLG benötigt?
- Können langfristige Lieferverträge mit «take-or-pay»-Klauseln eine wirtschaftliche Unzumutbarkeit im Sinne von Art. 13 Abs. 1 RLG darstellen?
- Benötigt die Schweiz ein Gasmarktgesetz?
- Ist die Kompetenzaufteilung in Art. 13 Abs. 2 und Abs. 3 RLG sinnvoll, oder gibt es Alternativen?
- Welche alternativen Streitbeilegungsmethoden sind denkbar und empfehlenswert?

2. Vertraglicher Ansatz zu einem liberalisierten Gasmarkt

2.1. DAS ROHRLEITUNGSGESETZ

2.1.1. Rückblick auf das Jahr 1964

Art. 91 BV regelt, dass die Gesetzgebung über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe Sache des Bundes ist. Hintergrund dieser aus dem Jahr 1961 stammenden Verfassungsnorm ist im Wesentlichen der seinerzeitige Bedeutungszuwachs des Rohrleitungssystems in der Schweiz. Rohrleitungssysteme wurden wichtiger, weil einerseits die Nutzung von Kohle zurückging und andererseits die Absätze bei Erdgas und Öl in den 60er Jahren stiegen. Eine Umsetzung der verfassungsrechtlichen Kompetenzen erfolgte in der Rohrleitungsverordnung (RLV) und mit dem Rohrleitungsgesetz (RLG), das seit 1964 in Kraft ist. Art. 13 des RLG enthält die sogenannte «Markttöfnungsklausel», in der geregelt ist:

5. Transportpflicht

¹ Die Unternehmung ist verpflichtet, vertraglich Transporte für Dritte zu übernehmen, wenn sie technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar sind, und wenn der Dritte eine angemessene Gegenleistung anbietet.

² Im Falle von Streitigkeiten entscheidet das Bundesamt für Energie (Bundesamt) über die Verpflichtung des Vertragsabschlusses sowie über die Vertragsbedingungen.

³ Über zivilrechtliche Ansprüche aus dem Vertrag entscheiden die Zivilgerichte.¹

Hintergrund und Inhalt der Transportpflicht in Art. 13 RLG im Hinblick auf die Marktöffnung ist die Regelung des Netzzugangsanspruchs Dritter zur Verhinderung und Ausnutzung monopolähnlicher Stellungen sowie die Gewährleistung des Wettbewerbs bei der Lieferung von Gas. Die knapp gefasste Norm von Art. 13 RLG ist die Kernnorm. Es hat sich jedoch gezeigt, dass diese für die umfassende Regelung des Gasmarktes bzw. dessen Öffnung nicht ausreicht.

2.1.2. Etappen der vertraglichen Gasmarktliberalisierung seit 1964

Unter Berufung auf die Transportpflicht nach dem Rohrleitungsgesetz versuchten zwei Industriekunden im Jahr 2008, eine ausländische Belieferung mit Erdgas bis zu einem lokalen Gasversorgungsunternehmen zu erreichen. Sie gelangten mit dem Antrag, Preise und Bedingungen festzusetzen, an das BFE. Zwar hatte der Bundesrat die Kompetenz des Bundes in der Botschaft zum RLG auf den Hochdruckbereich über 5 bar beschränkt, dennoch erklärte sich das BFE in einer Zwischenverfügung im September 2009 auch für den Niederdruckbereich für zuständig. Das durch die Zwischenverfügung beschwerte Gasversorgungsunternehmen zog den Fall an das Bundesverwaltungsgericht. Dieses stellte im Urteil vom 21. Mai 2010² fest, dass das BFE nicht zuständig sei. Auf den Antrag der beiden Gasversorgungsunternehmen wurde nicht eingetreten. Im Ergebnis führte die Rechtsprechung zu zwei unterschiedlichen Zuständigkeiten für den Hochdruck- und Niederdruckbereich. Bei Hochdruckleitungen ist das BFE streitentscheidende Behörde und bei den Niederdruckleitungen die Wettbewerbskommission (WEKO), gestützt auf das Kartellgesetz.

¹ Fassung gemäss Ziff. I 11 des BG vom 18. Juni 1999 über die Koordination und Vereinfachung von Entscheidungsverfahren, in Kraft seit 1. Jan. 2000 (AS 1999 3071 3124; BBl 1998 2591).

² Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6650/2009 vom 21. Mai 2010 in Sachen X. gegen X AG und Y AG.

Die zuvor geschilderte Kompetenzaufteilung erscheint nicht praktikabel. Erdgas muss bis zur Belieferung an den Endkunden Netze mehrerer Druckstufen durchlaufen. Eine Kompetenzverteilung auf mehrere Behörden birgt die Gefahr sich widersprechender Interessen in sich und stellt damit auch ein Risiko für die Rechtssicherheit dar. Schliesslich wird die Marktöffnung durch komplexe, nicht klar abgrenzbare Kompetenzen verlangsamt. Ausserdem argumentieren die betroffenen Industrieunternehmen, dass die Kompetenzaufteilung nicht einer partnerschaftlichen Zusammenarbeit zwischen den Gasversorgern und ihren Kunden entspreche. Aus diesem Grund wurde die Verbändevereinbarung (VV) zwischen dem Verband der Schweizerischen Gaswirtschaft (VSG) und den industriellen Netzkunden entwickelt. Ziel war die Gewährleistung des Netzzuganges und die Festlegung und Vereinheitlichung der entsprechenden Bedingungen. Die VV wurde am 2. Juli 2012 unterzeichnet und per 1.10.2012 in Kraft gesetzt.

Mit der Verbändevereinbarung zwischen der Gasindustrie und den Grosskunden können bestimmte Kunden den Netzzugang beantragen und erhalten somit die Möglichkeit, ihren Lieferanten frei zu wählen. Vice versa akzeptieren sie die Standards der Branche zur Bestimmung der Netzentgelte sowie die allgemeinen Netznutzungsbedingungen. Die Verbändevereinbarung soll weiterentwickelt werden. Es gilt zu diskutieren, ob damit ein Gasmarktgesetz entbehrlich wird.

2.2. KONTRAHIERUNGSZWANG

2.2.1. Wer sind die Parteien des Kontrahierungszwanges?

Art. 13 RLG regelt den Netzzugang. Die Norm bestimmt die Pflicht, den Netzzugang zur Verfügung zu stellen. Das bedeutet, dass «fremdes» Erdgas durch das eigene Rohrleitungsnetz zu leiten ist. Damit auferlegt das Rohrleitungsgesetz Unternehmen (den Eigentümern oder Betreibern von Rohrleitungsanlagen) eine Durchleitungspflicht. Der Begriff der Durchleitungspflicht wird nicht näher substantiiert, er betrifft jedoch Unternehmen, welche die tatsächliche Verfügungsmacht über das Netz besitzen. Ein vertraglicher Konsens wird für die Durchführung des Transportes durch das Netz vorausgesetzt, wobei ein Kontrahierungszwang besteht. Bereits hieraus wird das Konfliktpotential der gesetzlichen Regelung ersichtlich, die mehr oder weniger einen Einigungszwang der beteiligten Parteien vorsieht, sofern nicht die Ausnahmetatbestände der technischen Unmöglichkeit bzw. wirtschaftlichen Unzumutbarkeit greifen (Art. 13 Abs. 1 RLG). Im Gegenzug haben die Rohrleitungsnetzbetreiber den Anspruch auf eine angemessene Entschädigung ihrer Dienstleistung.

2.2.2. Was sind die Voraussetzungen beim Vertragsabschluss?

Nachdem zuvor festgestellt wurde, dass das Rohrleitungsgesetz sozusagen einen «vertraglichen Kontrahierungszwang» beinhaltet, gilt es zu prüfen, was im Vertragsabschluss die Voraussetzungen für den Netzzugang sind, stets mit Hinweis darauf, dass ein Vertragsabschluss, der grundsätzlich auf einer Vertragsfreiheit beruht, mit einem Kontrahierungszwang an sich im Widerspruch steht. Dies gilt jedenfalls dann, wenn es um die Frage des Vertragsabschlusses an sich geht, nicht jedoch im Hinblick auf einzelvertragliche Bestimmungen, insbesondere zur Höhe des Netznutzungsentgeltes, zum Vorrang von Kunden bei fehlenden Kapazitäten, zu Ein- und Ausspeisort und zu Fliessgeschwindigkeiten etc. Art. 13 RLG ist eine vergleichsweise einfache gesetzliche Regelung, aus der sich die Antworten zu vorstehenden Fragen nicht per definitionem ergeben.

Dennoch normiert Art. 13 RLG die Pflicht zum Vertragsabschluss und zur Etablierung korrekter Vertragsbedingungen (Abs. 1). Die Betreiber der regionalen Erdgasnetze haben mit Swissgas auf der Grundlage des Subsidiaritätsprinzips und in Anwendung von Art. 13 RLG Regelungen (im Sinn privatrechtlicher allgemeiner Geschäftsbedingungen) getroffen, um den Netzzugang Dritter nach einheitlichen Grundsätzen zu ermöglichen. Hierfür wurden zwischen Swissgas und den Regionalgesellschaften Transportkoordinationsvereinbarungen abgeschlossen und bei Swissgas eine Koordinationsstelle Durchleitung (KSDL) implementiert. Alle Gesuche um Zugang zum schweizerischen Erdgasnetz mit einer Ausspeisestelle in der Schweiz sind damit an die KSDL zu richten. Die KSDL koordiniert die Durchleitungsgesuche auf dem Schweizer Erdgasnetz (Transitgasleitung, Regionalnetz, lokales Netz) zwischen dem Gesuchsteller und den jeweiligen Netzbetreibern.

Die KSDL hat des Weiteren Grundlagen zur Abwicklung von Transportgeschäften (Formulare, Offerten, Netznutzungsverträge, Bilanzgruppenvertrag Kapazitätsberechnung) erstellt und die relevanten Unterlagen auf der Website der KSDL publiziert. Für diese Tätigkeit werden bei Begehren um Netzzugang Gebühren erhoben; die Offerte für die Transportkosten (inkl. einer Aussage über die zur Verfügung stehende Kapazität) ist zunächst kostenfrei, der definitive Vertragsabschluss wird dann mit CHF 1'200 pro Netzebene (erstmalig) und CHF 430 pro Netzebene (erneute Gesuche) belastet. In zeitlicher Hinsicht sind Netzzugangsgesuche jederzeit möglich. Die Vertragsdauer muss einen Monat oder ein Mehrfaches davon betragen und Vertragsbeginn ist jeweils der erste Tag eines beliebigen Monats um 6.00 Uhr. Der Vertrag endet am ersten Tag eines beliebigen Folgemonats um 6.00 Uhr. Weil Gaseinkauf und Organisation des Transports unbedingt koordiniert werden müssen (da Erdgaslieferungen häufig mit einer Abnahmeverpflichtung verbunden sind),³ ist die Bearbeitungszeit der KSDL von rund 20 Tagen mit einzuplanen, weshalb ein Vorlauf von mindestens einem Monat vor Transportaufnahme das absolute Minimum darstellt.

2.2.3. Wie ist das angemessene Entgelt für die Durchleitungspflicht zu bemessen?

Das Netznutzungsentgelt orientiert sich am Verursacherprinzip. Es deckt die Kosten für kalkulatorische Zinsen, kalkulatorische Abschreibungen, Abwicklungs-, Betriebs- und Verwaltungskosten und soll so Nachhaltigkeit und einen angemessenen Gewinn garantieren.⁴ Da die Netzkosten pro Kilowattstunde prognostiziert werden müssen und schon gestützt auf die volatilen Verbräuche nicht immer genau vorhergesagt werden können, sind (negative oder positive) Deckungsdifferenzen in den Folgejahren auszugleichen.

Die absolute Höhe des Netznutzungsentgelts in den regionalen und lokalen Versorgungsgebieten soll im Laufe der kommenden Jahre unter anderem gestützt auf einen Benchmark validiert werden (für die lokalen Versorgungsnetze gilt NEMO31 als Branchenstandard). Die Rohrleitungsnetzbetreiber haben sich (mittelbar über die Verbändevereinbarung) verpflichtet, die Netznutzungsentgelte aus Transparenzgründen im Internet zu publizieren. Die Publikation ist auf Versorgungsgebiete mit Industriekunden beschränkt.⁵ Die Netznutzungsentgelte sind auf regionaler und lokaler Ebene als Briefmarke ausgestaltet. Die durch die Briefmarke ausgedrückte Höhe der Entschädigung ist teilweise umstritten, weil einerseits erhebliche Unterschiede zwischen den Netzen bestehen⁶ und andererseits in den letzten Jahren auch die Entschädigungshöhe für die Briefmarke gelegentlich schwankte. Der Preisüberwacher hatte sich dieser Fragestellung angenommen und im Hinblick auf den «Weighted Average Cost of Capital» (WACC) (vorläufig) ausgeführt, ein Schlüsselfaktor zur Bestimmung eines adäquaten Netznutzungsentgelts für die Gasdurchleitung seien die Kapitalkosten; er berechnete in der Folge den risikogerechten WACC und kam zu Ergebnissen, die doch erheblich von jenen der Branche abwichen. Dennoch hielt er an seinem Resultat gestützt auf einen Vergleich mit den Ergebnissen diverser europäischer Regulatoren fest.⁷ Die Netzbetreiber verpflichten sich zudem zu einem internen buchhalterischen «Unbundling».⁸

2.3. AUSNAHMEN VOM KONTRAHIERUNGSZWANG

2.3.1. Was sind die Voraussetzungen für die «technische Unmöglichkeit» (Art. 13 Abs. 1 RLG)?

Als sogenannter absoluter Verweigerungsgrund, der für sich allein die Ablehnung einer Durchleitung rechtfertigt, ist die «technische Unmöglichkeit» zu nennen. In Betracht kommen vor allem Kapazitätsmängel oder Engpässe. Würde man im Fall eines Kapazitätsmangels dennoch eine Durchleitung verlangen, bedeutete dies, etwas tatsächlich Unmögliches zu verlangen oder aber den Netzbetreiber zu verpflichten, den eigenen Bedarf zur Nutzung seines Netzes zugunsten von Fremdinteressen zurückzustellen. Dies verstösst nach diesseitiger Auffassung gegen allgemeine zivilrechtliche Prinzipien, wohingegen Letzteres mit der in der BV gewährten Eigentumsgaran-

³ MERKER, Verwaltungsrecht, S. S.498, Rn.12.27.

⁴ Verbändevereinbarung, Ziff. 2.1.

⁵ Verbändevereinbarung, Ziff. 2.1.

⁶ MERKER, Verwaltungsrecht, S. 502, Rn.12.38.

⁷ Preisüberwacher, Schweizer Gasmarkt, S.25.

⁸ Verbändevereinbarung, Ziff.6.

tie nicht vereinbar ist.⁹ Diese Fälle hatten jedoch bisher nur eine untergeordnete Rolle, da es in der Schweiz ein durchgehend gut ausgebautes Netz gibt. Von grösserer Bedeutung sind langfristige Abnahmeverpflichtungen gegenüber dem Gaslieferanten, die nachstehend aufgezeigt werden sollen.

2.3.2. Was sind die Voraussetzungen für die «wirtschaftliche Unzumutbarkeit» (Art. 13 Abs. 1 RLG)?

Gemäss Art. 13 Abs.1 RLG müssen Unternehmen vertraglich Transporte für Dritte übernehmen, wenn sie technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar sind. Im Umkehrschluss bedeutet dies, bei wirtschaftlicher Unzumutbarkeit besteht ein Netzzugangsverweigerungsrecht. Die Norm enthält keine Definition, was «wirtschaftliche Unzumutbarkeit» im Einzelnen bedeutet. Gemeint ist in erster Linie ein Sachverhalt, bei dem die gesetzlich vorgesehene Transportpflicht einen (Teil-)Ausbau des Rohrleitungsgesetzes mit sich bringen würde, was im Einzelfall wirtschaftlich unrentabel sein kann.¹⁰

2.3.3. Stellen langfristige Abnahmeverpflichtungen mit vertraglich vereinbarten «take-or-pay»-Klauseln eine Art der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit dar?

Die Schweizer Erdgaslieferanten haben in den zurückliegenden Jahren mit Erdgasproduzenten langfristige Lieferverträge, die eine erhebliche Laufzeit haben, abgeschlossen. So enden manche Verträge erst nach dem Jahr 2020. Dies erfolgte zum einen, um sich günstige Preise langfristig zu sichern, zum anderen auch, um die Versorgung im Land sicherzustellen. Eine Besonderheit der langfristigen Lieferverträge ist, dass sie in der Regel sogenannte «take-or-pay»-Klauseln enthalten, die besagen, dass eine Zahlungsverpflichtung auch dann besteht, wenn das Erdgas nicht abgenommen wird.

Zur Nichtabnahme des Erdgases kann es beispielsweise dann kommen, wenn Kapazitätsengpässe in den Rohrleitungen bestehen oder aufgrund des Prinzips «first come first served» ein anderes Unternehmen Vorrang hat. Eine andere denkbare Konstellation ist, dass ein Konkurrent mittels Durchleitung eigene (selbst erzeugte oder fremdbezogene) Gasmengen in das Netz einspeist und in diesem Umfang den bisherigen Gasabsatz und damit auch das Gas, das der Netzbetreiber von seinem Vorlieferanten bezogen hat, verdrängt. Das führt zu unmittelbaren Zahlungsverpflichtungen. Auf Grundlage vorstehender Situationen haben sich Unternehmen in der Vergangenheit auf wirtschaftliche Unzumutbarkeit berufen und den Netzzugang verweigert. Tatsache ist, dass langfristige Verträge mit unbedingter Zahlungsverpflichtung eine Marktrealität zur Sicherung der Gasversorgung darstellen.¹¹ Art. 25 der Erdgas-Richtlinie der Europäischen Union hat deshalb im Hinblick auf Verträge mit unbedingten Zahlungsverpflichtungen geregelt, dass Erdgasunternehmen den Netzzugang verweigern können, wenn in Bezug auf die Verträge ernsthafte wirtschaftliche und finanzielle Schwierigkeiten bestehen.¹²

Es stellt sich die Frage, welchen Stellenwert dies für den Netzzugang hat. Das Gesetz lässt offen, ob es sich um einen absoluten oder eher relativen Verweigerungsgrund handelt, wobei Letzteres zutreffend sein dürfte.¹³ Daraus resultieren wiederum das Erfordernis einer Ermittlung und Bewertung diverser festzustellender Kriterien und eine abwägende Gegenüberstellung der Kriterien vor dem Hintergrund des Regel-Ausnahme-Prinzips zugunsten der Durchleitung.

Art. 13 Abs. 1 RLG beschreibt zudem nicht näher, welche Gaslieferverträge von der Unzumutbarkeitsklausel erfasst werden. Bereits dies spricht dafür, dass es alle Verträge sind, unabhängig davon, auf welcher Wertschöpfungsstufe sie abgeschlossen werden. Von besonderer Bedeutung sind Gaslieferverträge von Schweizer Unternehmen mit ausländischen Gasproduzenten, denn 100% des in der Schweiz abgesetzten Gases wird aus dem Ausland bezogen. Wegen der Marktmacht der ausländischen Gasproduzenten können die Schweizer Gasimporteure den ihnen auferlegten Zahlungsverpflichtungen nicht ausweichen. Im Übrigen lassen sich wegen der Kapitalintensität der Gasförderung durchaus wirtschaftliche Rechtfertigungsgründe für «take-or-pay»-Klauseln finden.

⁹ CONRAD, S.28.

¹⁰ MERKER, Jusletter, S.3.

¹¹ CONRAD, S. 28.

¹² Art. 25 der RL 98/30/EG.

¹³ CONRAD, S. 28.

Art. 13 RLG spricht von «wirtschaftlich zumutbar». Im Umkehrschluss wirken sich wirtschaftliche Schwierigkeiten auf das Unternehmen aus. Von praktischer Bedeutung muss daher der Bezugspunkt der Bewertung einer wirtschaftlichen Überprüfung eines Unternehmens sein. Hier kommt zum einen die Bewertung der Situation des Gasversorgungsunternehmens insgesamt, zum anderen auch der konkrete, von der unbedingten Zahlungspflicht betroffene Gasbezugsvertrag in Betracht. Fraglich ist daher, ob sich die wirtschaftliche Unzumutbarkeit auf ein einzelnes Versorgungsverhältnis oder auf die Gesamtsituation des Unternehmens bezieht.

Die Konsequenzen der aufgezeigten Alternativen sind erheblich. Die bisherige restriktive Akzeptanz der Folgen der «take-or-pay»-Klauseln resultiert rechtspolitisch daraus, dass derartige Klauseln in Gasbezugsverträgen üblich sind.

3. Streitbeilegung in einem liberalisierten Gasmarkt

3.1. AUSGANGSLAGE

3.1.1. Definition der Begriffe «Streitigkeiten» und «zivilrechtliche Ansprüche aus Vertrag»

Art. 13 RLG gibt zur Auslegung des Begriffes «Streitigkeit» keine Legaldefinition im Zusammenhang mit der Durchleitung von Erdgas. Die Verbändevereinbarung hingegen wird hier zumindest etwas präzisiert, denn sie enthält die Formulierung: «sollten über die Auslegung dieser Vereinbarung und ihrer Anhänge Streitigkeiten entstehen», so dass, übertragen auf das RLG, «Streitigkeiten» als «Streitigkeiten» über die Auslegung von Art. 13 RLG in Bezug auf die Verpflichtung zum Vertragsabschluss sowie daraus resultierende Durchleitungsverpflichtungen zu verstehen sind. Dem ist aufgrund von Art. 13 Abs. 2 RLG gerade nicht so, da die Norm eine Kompetenzaufspaltung enthält. Nach Abs. 2 entscheidet über Streitigkeiten betreffend die Verpflichtung zum *Vertragsabschluss* sowie die *Vertragsbedingungen* das Bundesamt für Energie. Über zivilrechtliche Ansprüche aus dem Vertrag entscheiden hingegen die *Zivilgerichte*. Obwohl die Regelung in Abs. 2 und Abs. 3 die Streitbeilegung zum Ziel hat, ist nicht ausgeschlossen, dass Kompetenzstreitigkeiten erneut zu Differenzen Anlass geben.

In der Verbändevereinbarung ist in Art.9 ebenfalls ein Streitbeilegungsmechanismus enthalten. Er beinhaltet eine Eskalationsklausel und sieht vor, dass zunächst konstruktive Verhandlungen geführt werden müssen, und, sofern diese nicht erfolgreich sind, die Angelegenheit den jeweiligen Delegationsleitern vorzulegen ist. Erst wenn diese ebenfalls zu keiner Lösung kommen, entscheidet das BFE aufgrund eines Rechtsverweises auf Art.13 Abs. 2 RLG. Das BFE ist jedoch auf der Grundlage der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts betreffend den Geltungsbereich des Rohrleitungsgesetzes nicht berechtigt, über alle drei Druckstufen zu entscheiden.¹⁴ Daher ist auch dieser Streitbeilegungsmechanismus noch nicht ausgereift und kann zu Konflikten führen. Bei der Verbändevereinbarung besteht jedoch auch in diesem Punkt Einigkeit darüber, dass der Mechanismus weiterzuentwickeln ist.

3.2. GELINGT DIE QUALITÄTSSICHERUNG BEI DER RECHTSPRECHUNG?

Wie zuvor festgehalten, bestehen in den Streitbeilegungsmechanismen des Rohrleitungsgesetzes und der Verbändevereinbarung bisher nicht harmonisierte Regelungen in Bezug auf Verfahren und Zuständigkeiten. Im Ergebnis ist jedoch allen Verfahren ein ähnlicher und teilweise sogar gleicher Streitgegenstand zu eigen. So geht es um die folgenden Fragen: Besteht eine Verpflichtung zum Abschluss eines Durchleitungsvertrages? Was sind die Bedingungen bzw. wie entscheidet man über zivilrechtliche Ansprüche aus dem Vertrag? Nach Art. 9 der Verbändevereinbarung ist für zivilrechtliche Fragen aus dem Vertrag auch das BFE zuständig, bei dem RLG hingegen ist diese Frage an die Zivilgerichte abzugeben.

Unter diesen Vorzeichen ist die Qualität der Rechtsprechung zu den Streitgegenständen in Frage zu stellen, im Wesentlichen deshalb, weil unterschiedliche Kompetenzen zu denselben Streitgegenständen immer die Gefahr sich widersprechender Entscheidungen mit sich bringen. Dies wiederum stellt eine Gefährdung der Rechtssicherheit dar.

Ein weiteres Problem der Qualitätssicherung bei der Rechtsprechung ist die Frage, wie die Sachkunde in das Verfahren kommt. Energierechtliche Probleme in Verbindung mit komplexem Vertragsrecht bedürfen eines Spezial-Know-hows. Dies ist bei den ordentlichen Zivilgerichten kaum vorzufinden, da sich die Richter täglich mit anderen Rechtsgebieten auseinandersetzen haben und sich das Spezialwissen daher bereits aus Zeitgründen nicht in der gebotenen Tiefe aneignen können. Hinzu kommt, dass manche Kantone über kein Handelsgericht

¹⁴ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6650/2009 vom 21. Mai 2010 in Sachen X. gegen X AG und Y AG.

verfügen. Ebenfalls aus diesem Grund muss festgehalten werden, dass nach derzeitiger Rechtslage die Qualitätssicherung bei der Rechtsprechung nicht gelingen kann.

3.3. WIE WIRKT SICH DIE KOMPETENZAUFTEILUNG AUF DIE VERFAHRENSDAUER AUS?

Art.13 RLG bringt mit der Regelung zur Streitbeilegung neues Konfliktpotential, da sich aufgrund der Kompetenzaufteilung in Abs. 2 und Abs. 3 Zuständigkeitsprobleme ergeben können, bis die streitige Rechtsfrage geklärt ist. Vorsorgliche Massnahmen zur Durchleitungsberechtigung können meistens nicht glaubhaft gemacht werden und an Grundlagen für eine superprovisorische Massnahme fehlt es in der Regel gänzlich. Darüber hinaus könnte darin eine Vorwegnahme der Hauptsache liegen, was im Rahmen von Sofortmassnahmen nicht zulässig ist. Auf der anderen Seite kann eine verweigerte Durchleitung jedoch bedeuten, dass das Gasunternehmen aufgrund vertraglicher Verpflichtungen (take-or-pay) gehalten ist, das Gas abzunehmen bzw. bei Nichtabnahme dennoch zu bezahlen. Es entstehen eine Sandwichposition und die theoretische Möglichkeit, eine nicht gewollte Durchleitung von Erdgas zeitlich so zu verzögern, dass das eigene Gas oder das Gas eines anderen Anbieters vorrangig durchgeleitet werden kann.

Der kaskadenförmige Aufbau in Art. 9 der Verbändevereinbarung zur Streitbeilegung ist auch mit hohem zeitlichem Aufwand verbunden. Zwei Verhandlungsstufen sind vorgesehen, bis das BFE auf Grundlage des Rechtsverweises auf Art. 13 Abs. 2 RLG angerufen werden kann. Wie bereits erwähnt, funktioniert dies nicht einmal bei allen Druckstufen.

Insgesamt ist daher festzustellen, dass die Streitbeilegungsmechanismen sowohl in Art. 13 RLG, als auch in der Verbändevereinbarung noch nicht ausgereift sind. Hier müssen Alternativen, die sowohl Eilverfahren in Form von vollstreckbaren Zwischenentscheiden als auch eine Vereinheitlichung der Kompetenzen vorsehen, erarbeitet werden.

3.4. ALTERNATIVEN ZU DEN BESTEHENDEN STREITBEILEGUNGSMECHANISMEN

3.4.1. Welche alternativen Streitbeilegungsmechanismen sind denkbar?

Wie zuvor aufgezeigt, birgt die Kompetenzaufteilung zwischen den Zivilgerichten und dem BFE und bei Niederdruckleitungen der WEKO ein erhebliches Konfliktpotential und bringt Rechtsunsicherheit. Darüber hinaus muss erwähnt werden, dass die Materie Spezialkenntnisse in Energie, Erdgas, Versorgungssicherheit, Vertrags- und Verwaltungsrecht erfordert, um hier zu Entscheidungen zu kommen, die einerseits Rechtssicherheit bieten und andererseits branchengerecht sind. Um dieses Ziel zu erreichen, bietet es sich an, den Parteien die Möglichkeit zu geben, die zur Entscheidung berufenen Personen selbst zu bestimmen. Diese Möglichkeit besteht im Rahmen eines Schiedsverfahrens. Aufgrund der im Energiewirtschaftsrecht in der Regel sehr hohen Streitwerte sollte es sich um ein Dreierschiedsgericht handeln und eine Schiedsordnung gewählt werden, die vorsorgliche Massnahmen und Eilverfahren vorsieht. Ein gesondertes Adjudikationsverfahren ist empfehlenswert, um alle möglichen Fallkonstellationen abzudecken.

Das Schiedsgericht kann ad hoc angerufen oder der Weg zu den ordentlichen Gerichten kann im Vorfeld durch eine Schiedsklausel ausgeschlossen werden.

Um nicht alle Verfahren gleich einem Schiedsgericht zuzuweisen, könnte eine sogenannte Eskalationsklausel erwogen werden, die in einem ersten Schritt ein Mediationsverfahren vorsieht. Das Schiedsverfahren würde erst eröffnet, wenn das Mediationsverfahren innerhalb einer festgelegten Zeit zu keiner Einigung führt. Vorläufiger Rechtsschutz sollte parallel dazu jederzeit möglich sein.

3.4.2. Sollte die Zuweisung von Streitigkeiten an eine einzige zur Entscheidung berufene Institution erfolgen?

Die zuvor dargestellte Aufteilung von Entscheidungskompetenzen birgt wie zuvor erörtert Konfliktpotential und das Risiko sich widersprechender Entscheidungen. Um dies zu vermeiden, wäre die Zuweisung der Streitigkeiten an eine zur Entscheidung berufene Stelle denkbar. Dies könnte ein institutionelles Schiedsgericht sein, wie zum Beispiel das Energy Arbitration Center Switzerland (EACS). Hier läge der Vorteil in der je nach Materie freien Bestimmbarkeit der Schiedsrichter. Die Schiedsordnung ist frei wählbar. Das EACS administriert das Verfahren und stellt die Schiedsrichterkompetenz zur Verfügung.

Eine Alternative ist ein konstitutionelles Schiedsgericht bei dem BFE, das jeweils auf Antrag einer Partei einberufen wird. Dieses Schiedsgericht müsste beispielsweise nach der Schiedsordnung des Swiss Arbitration Court verhandeln. Ein Nachteil wäre hier die nicht frei bestimmbare Zusammensetzung des Schiedsgerichtes.

Weitere Alternativen sind denkbar und wären zu erörtern. Die Zuweisung an eine einzige zur Entscheidung berufene Institution wäre jedoch in jedem Fall empfehlenswert.

3.4.3. Wie kommt die technische Sachkunde in die Entscheidung?

Entscheidungen im Energiewirtschaftsrecht bedürfen gelegentlich besonderer technischer Sachkunde. Hier ist insbesondere an den absoluten Verweigerungsgrund nach Art. 13 Abs. 1 RLG, die technische Unmöglichkeit der Durchleitung, zu denken. Ob eine technische Möglichkeit bzw. Unmöglichkeit vorliegt, ist mehr eine Frage der Naturwissenschaften als der Rechtswissenschaften. Dieses Know-how gehört in der Regel nicht zu dem beim Gericht vorhandenen Fachwissen. Dieses ist ausschliesslich mit Juristinnen und Juristen besetzt. Der übliche Weg ist daher die Einholung eines Sachverständigengutachtens, verbunden mit der Einzahlung eines Kostenvorschusses durch die beweisbelastete Partei. Die Bestimmung des Sachverständigen erfolgt durch das Gericht oder das BFE. Diese Verfahrensweise erfordert zusätzliche Zeit und finanziellen Aufwand.

In diesem Zusammenhang sollte auf Basis der vorstehenden Ausführungen zur Einberufung eines Schiedsgerichtes erwogen werden, verbindlich zu regeln, dass dem Schiedsgericht auch Ingenieure beizuwohnen haben, sofern technische Fragen für die Sachentscheidung eine Rolle spielen.

4. EMPFEHLUNGEN

Im Rahmen der vorstehenden Ausführungen wurde dargelegt, dass die Regelungen in Art. 13 RLG nicht hinreichend bestimmt sind, um die Liberalisierung des Gasmarktes voranzutreiben.

Dies hat der Gesetzgeber ebenfalls erkannt und erwägt zusätzlich zu der Verbändevereinbarung die Einführung eines Gasmarktgesetzes, das die Liberalisierung des Erdgasmarktes präziser regelt und den Prozess vorantreibt. Die Gremien in den Wirtschaftsverbänden empfehlen jedoch, die (bestehende) Verbändevereinbarung beizubehalten und weiterzuentwickeln. Die Spitze des Gasverbandes möchte die Implementierung eines Gasmarktgesetzes vermeiden. Das Bundesamt für Energie nimmt derzeit einen Beobachterstatus ein, wird sich jedoch dafür einsetzen, dass die Schaffung eines Gasmarktgesetzes zeitnah angegangen wird. Im Ergebnis muss die Politik aktiv werden, denn es steht fest, dass das Rohrleistungsgesetz in der derzeitigen Fassung keine hinreichend bestimmte Gesetzesgrundlage für die Liberalisierung der Märkte ist, und an der Verbändevereinbarung nehmen derzeit nur 14 Grosskunden teil.

Sofern es zur Neuschaffung eines Gasmarktgesetzes kommt, müssen die darin enthaltenen Bestimmungen weit- aus präziser und weitreichender sein. Auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe wären zu vermeiden und – sofern eine abschliessende Legaldefinition nicht möglich oder durchsetzbar ist – ein Beispielskatalog mit absoluten und relativen Verweigerungsgründen für den Netzzugang sollte aufgenommen werden. Besondere Beachtung sollte dabei dem Umgang mit den langfristigen Lieferverträgen, die überwiegend noch bis 2020 Geltung haben, zuteil- werden. Hier fühlen sich die Unternehmen derzeit vom Gesetzgeberübergangen.

Ferner sollten die Kompetenzaufteilung zwischen Hoch- und Niederdrucknetzen (BFE und WEKO) und die Auftei- lung der Kompetenzen in Art. 13 RLG beseitigt und eine einheitliche Kompetenz geschaffen werden. Zu empfeh- len wäre die Zuweisung von Streitigkeiten an ein Dreier-Schiedsgericht aus Gründen der

- Einheitlichkeit der Rechtsprechung,
- der Rechtssicherheit,
- der Qualität der Rechtsprechung und
- der Einbringung von technischem Sachverstand in das Verfahren.

Hierbei sollte an die Inanspruchnahme eines Spezialschiedsgerichtes gedacht werden, welches auch die Beset- zung mit technisch versierten Schiedsrichtern vorsieht, so z.B. wenn es um Fragen der technischen Unmöglich- keit für Durchleitungen geht.

Literaturverzeichnis

CONRAD NICOLE, Die Umsetzung der Binnenmarktrichtlinie Erdgas 98/30 EG in deutsches Recht. Diss. Universität Kassel, Marburg 2003.

GANSER DANIELE, Europa im Erdölrausch – Die Folgen einer gefährlichen Abhängigkeit, Zürich 2012.

MERKER MICHAEL, Erdgas – Rechtsgrundlagen, Kompetenzordnung und Liberalisierungsabsprachen, in: Biaggini Giovanni/Häner Isabelle/Saxer Urs/Schott Markus (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015, S. 489 ff. (zit. Verwaltungsrecht).

MERKER MICHAEL, Gasmarktliberalisierung Schweiz, in: Jusletter 23. April 2012 (zit. Jusletter).

REICHMUTH TOBIAS, Die Finanzierung der Energiewende in der Schweiz, Zürich 2014.

SCRUZZI DAVIDE, Gasversorger planen eine Netzgesellschaft, in: Neue Zürcher Zeitung vom 5. Juli 2013.

STÄCKER DANIELA, Der liberalisierte europäische Gasmarkt, Wiesbaden 2004.

ZANZI ANDREA, Schweizer Gasmarkt und Kosten des Netzzuganges, Preisüberwachung, eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement, November 2011 (zit.: «Der Preisüberwacher»).

Rechtsquellenverzeichnis

Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (fünfter Teil: Obligationenrecht, OR) (220).

Bundesgesetz über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe (Rohrleitungsgesetz, RLG) vom 4. Oktober 1963 (746.1).

Richtlinie 98/30/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juni 1998 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt.

Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz vom 1.12.2012.

Verbändevereinbarung II zum Netzzugang bei Erdgas (BRD) vom 4.Juli 2000.

Autorin

Prof. Dr. Nicole Conrad, LL.M.

Rechtsanwältin | Dozentin

Stellvertretende Leiterin des Zentrums für Wettbewerbs- und Handelsrecht an der ZHAW.

Zurich University of Applied Sciences, School of Management and Law

St.-Georgen-Platz 2, 8401 Winterthur, Switzerland

nicole.conrad@zhaw.ch phone +41 58 935 6693

Tätigkeitsschwerpunkte: Nationales und internationales Verfahrens- und Schiedsverfahrensrecht, Konfliktmanagement, Wirtschaftsmediation.

Partner/Experten/etc.

European Centre for Energy & Resource Security (EUCERS)

King's College London

Dr. Frank Umbach (Forschungsleiter)

London WC2R 2LS

...the first of these is the fact that the ...

...the second of these is the fact that the ...

...the third of these is the fact that the ...

...the fourth of these is the fact that the ...

...the fifth of these is the fact that the ...

...the sixth of these is the fact that the ...

...the seventh of these is the fact that the ...

...the eighth of these is the fact that the ...

...the ninth of these is the fact that the ...

...the tenth of these is the fact that the ...

...the eleventh of these is the fact that the ...

...the twelfth of these is the fact that the ...

...the thirteenth of these is the fact that the ...

...the fourteenth of these is the fact that the ...

...the fifteenth of these is the fact that the ...

...the sixteenth of these is the fact that the ...

...the seventeenth of these is the fact that the ...

...the eighteenth of these is the fact that the ...

...the nineteenth of these is the fact that the ...

...the twentieth of these is the fact that the ...

...the twenty-first of these is the fact that the ...

...the twenty-second of these is the fact that the ...

Zürcher Hochschule
für Angewandte Wissenschaften

School of Management and Law

St.-Georgen-Platz 2
Postfach
8401 Winterthur
Schweiz

www.zhaw.ch/sml

