

Marc Bernheim / Gaudenz Geiger

Netzzugang im Schweizer Gasmarkt

Mit dem Rohrleitungsgesetz wurden die Schweizer Erdgasnetzbetreiber durch eine rudimentäre gesetzliche Regelung verpflichtet, Dritten Netzzugang zu gewähren. Seit dem 1. Oktober 2012 wird der Netzzugang zum Erdgasnetz durch die Verbändevereinbarung auf privatrechtlicher Basis geregelt. Einige Bestimmungen in dieser Verbändevereinbarung sind allerdings aus kartellrechtlicher Sicht problematisch. Darauf basierende Entscheide sind deshalb einer vorgängigen Einzelfallprüfung zu unterziehen. Der Beitrag erläutert die Grundzüge der Netzzugangsregelung gemäss Verbändevereinbarung und weist auf die sich stellenden kartellrechtlichen Fragen hin.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Energie- und Umweltrecht; Kartellrecht

Zitiervorschlag: Marc Bernheim / Gaudenz Geiger, Netzzugang im Schweizer Gasmarkt, in: Jusletter 30. November 2015

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Gesetzlich geregelter Netzzugang
 - 1. Rohrleitungsgesetz
 - 2. Kartellgesetz
 - 3. Praktische Folgen
- III. Vertraglich geregelter Netzzugang
 - 1. Die Verbändevereinbarung
 - 2. Voraussetzungen des Netzzugangs gemäss der Verbändevereinbarung
 - 3. Kartellrechtliche Würdigung des Netzzugangs gemäss VV
 - 3.1. Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen
 - 3.2. Unzulässige Wettbewerbsabrede
- IV. Ausblick
- V. Fazit

I. Einleitung

[Rz 1] Seit gut fünfzig Jahren, namentlich seit Inkrafttreten des Rohrleitungsgesetzes im Jahre 1964, sind die Eigentümer und Betreiber von Rohrleitungsanlagen verpflichtet, Dritten Netzzugang zu gewähren. Die Inanspruchnahme des Netzzugangs gestaltete sich in der Praxis indes als schwierig, insbesondere weil sich das Gesetz nicht dazu äussert, nach welchen Modalitäten der Netzzugang erfolgen kann. In der Konsequenz fristete das Recht auf Netzzugang im Gasmarkt – trotz gesetzlicher Grundlage – ein eher unbedeutendes Dasein. Die Situation änderte sich im Jahre 2012, als zwischen der schweizerischen Erdgaswirtschaft und den industriellen Erdgasbezüglern die Vereinbarung zum Netzzugang beim Erdgas abgeschlossen wurde.

II. Gesetzlich geregelter Netzzugang

1. Rohrleitungsgesetz

[Rz 2] Das Rohrleitungsgesetz (RLG¹) gilt im Allgemeinen für Rohrleitungsanlagen, welche der Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- und Treibstoffe dienen, insbesondere also Erdgas und Erdöl (Art. 1 Abs. 1 RLG). Der Netzzugang zu solchen Rohrleitungsanlagen wird in Art. 13 RLG geregelt. Danach ist der Netzbetreiber verpflichtet, auf vertraglicher Basis Transporte für Dritte zu übernehmen, sofern diese technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar sind und wenn der Dritte eine angemessene Gegenleistung anbietet. Es wird demnach die Pflicht normiert, Netzzugang (d.h. den Transport von Erdgas für Dritte durch die eigenen Rohrleitungsanlagen) gegen eine angemessene Entschädigung (Netznutzungsentgelt) zu gewähren. Im Falle von Streitigkeiten betreffend den Netzzugang (Verpflichtung zum Vertragsabschluss / Vertragsbedingungen) entscheidet gemäss Art. 13 Abs. 2 RLG das Bundesamt für Energie (BFE), für zivilrechtliche Ansprüche aus dem Vertrag sind die Zivilgerichte zuständig (Art. 13 Abs. 3 RLG). Mit anderen Worten sollen lediglich Streitigkeiten im Rahmen des Netzzugangs den ordentlichen Zivilgerichten entzogen

¹ Bundesgesetz vom 4. Oktober 1963 über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe (Rohrleitungsgesetz, RLG), SR 746.1.

sein, nicht aber Streitigkeiten, welche im Zusammenhang mit bestehenden Erdgaslieferverträgen entstehen können.²

[Rz 3] Der Anwendungsbereich der Netzzugangsregelung in Art. 13 RLG ist allerdings in bedeutendem Umfang eingeschränkt. Denn das RLG findet nur auf Rohrleitungen vollumfänglich Anwendung, deren Durchmesser und Betriebsdruck eine vom Bundesrat festgesetzte Grösse überschreiten, oder auf Rohrleitungen, welche die Landesgrenze kreuzen (Art. 1 Abs. 2 RLG). In der Rohrleitungsverordnung (RLV)³ setzte der Bundesrat den Schwellenwert für die vollumfängliche Anwendung des RLG auf 5 bar Betriebsdruck fest (Art. 2 Abs. 1 RLV i.V.m. Art. 2 Abs. 1 lit. a RLG). Dies hat zur Folge, dass der in Art. 13 RLG statuierte Netzzugang nur für Rohrleitungsanlagen mit einem Betriebsdruck von > 5 bar Gültigkeit hat (vgl. Art. 41 RLG), nicht aber für Rohrleitungsanlagen mit einem tieferen Betriebsdruck. Nachdem der eingeschränkte Anwendungsbereich von Art. 13 RLG auf Hochdruckleitungen in der Vergangenheit noch umstritten war, wurde dieser im Jahre 2010 vom Bundesverwaltungsgericht rechtskräftig bestätigt.⁴

[Rz 4] Das schweizerische Netzzugangsmodell im Erdgasbereich unterscheidet drei Netzebenen. Die überregionale Ebene umfasst den Transport auf der Transitgasleitung ab Grenzübergabepunkt bis zur Ausspeisung in die regionale Ebene. Die regionale Ebene betrifft den Transport ab der Transitgasleitung bis zum lokalen Netzbetreiber (bzw. z.T. zum Endverbraucher). Die lokale Ebene schliesslich betrifft den Transport bzw. die Verteilung zum Endverbraucher. Der Betriebsdruck liegt dabei lediglich im Erdgas-Hochdrucknetz⁵ bei > 5 bar. Das Niederdrucknetz⁶ wird mit einem Betriebsdruck < 5 bar betrieben. Der in Art. 13 RLG begründete Netzzugang beschränkt sich deshalb auf den Anspruch Dritter auf Zugang zum Hochdrucknetz der Schweiz, ermöglicht aber keinen Netzzugang zum Schweizer Niederdrucknetz. Diese Einschränkung ist (bzw. war) insbesondere insofern von grundlegender Bedeutung, als die Einspeisung von Erdgas in und der Transport durch das Hochdrucknetz der Transportpflicht in Art. 13 RLG untersteht, die Einspeisung in, der Transport durch und die Ausspeisung aus dem Niederdrucknetz demgegenüber nicht. Dabei ist der grösste Teil der schweizerischen Gasverbraucher am Niederdrucknetz angeschlossen.⁷ Will ein solcher Gasverbraucher demnach von seinem Anspruch auf Netzzugang Gebrauch machen und Erdgas von einem Drittlieferanten beziehen, so ist er auf den Netzzugang sowohl zum Hoch- wie auch zum Niederdrucknetz angewiesen.

2. Kartellgesetz

[Rz 5] Da Art. 13 RLG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 RLV lediglich den Netzzugang für Rohrleitungen mit einem Betriebsdruck > 5 bar statuiert, stellt sich die Frage, ob der Netzzugang im Niederdruckbereich (Betriebsdruck < 5 bar) allenfalls durch das Kartellrecht gewährt wird.

² MICHAEL MERKER, Gasmarktliberalisierung Schweiz, in Jusletter 23. April 2012, Rz. 8.

³ Rohrleitungsverordnung vom 2. Februar 2000 (RLV), SR 746.11.

⁴ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6650/2009 vom 21. Mai 2010 i.S. Regio Energie Solothurn gegen Stahl Gerlafingen AG und Papierfabrik Utzenstorf AG, E.6.

⁵ Das Erdgas-Hochdrucknetz der Schweiz besteht aus dem Transitgas-System (Durchleitung nach Italien und Hauptversorgungsader der Schweiz) (Überregionale Netzebene) und den regionalen Hochdrucknetzen (Verbindung zwischen den Zollmessstationen (Importpunkte der Transitgas-Leitung) und den lokalen Verteilnetzen) (Regionale Netzebene).

⁶ Das Erdgas-Niederdrucknetz besteht aus den lokalen Verteilnetzen (Lokale Netzebene).

⁷ MERKER, Fn. 2, Rz. 10.

[Rz 6] Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (WEKO) hat diesbezüglich im Rahmen einer Vorabklärung⁸ gemäss Art. 26 Kartellgesetz (KG) festgehalten, dass das Kartellgesetz auf Rohrleitungsanlagen im Erdgasbereich Anwendung findet.⁹ Analog zur Situation bei Stromnetzen¹⁰ beurteilte das Sekretariat der WEKO dabei das (i.c. Erdgas-) Leitungsnetz als natürliches Monopol, mit der Konsequenz, dass der von der Vorabklärung betroffene Netzbetreiber hinsichtlich Erdgastransporten als marktbeherrschendes Unternehmen i.S.v. Art. 4 Abs. 2 KG angesehen worden ist.¹¹ Richtigerweise wird vertreten, dass diese Feststellung des Sekretariats der WEKO mit Fokus auf den Transport weitgehend verallgemeinerungsfähig ist und deshalb für alle schweizerischen Erdgasrohrleitungsnetzbetreiber gelten dürfte.¹²

[Rz 7] In Anlehnung an die Situation im Strommarkt vor dem Inkrafttreten des Stromversorgungsgesetzes (StromVG), insbesondere in Anlehnung an BGE 129 II 497, ist somit wohl davon auszugehen, dass eine nicht begründete Verweigerung des Netzzugangs (bzw. der Durchleitung) durch einen Erdgas-Netzbetreiber als unzulässige Verweigerung von Geschäftsbeziehungen i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG zu qualifizieren ist. Es gilt allerdings im Einzelfall zu prüfen, ob sich die Verweigerung des Netzzugangs bzw. der Durchleitung durch einen Netzbetreiber nicht auf sachliche bzw. objektive Rechtfertigungsgründe stützen lässt.¹³

3. Praktische Folgen

[Rz 8] Die oben beschriebene unterschiedliche Zuständigkeit von Behörden führt in der Praxis dazu, dass sich ein Dritter, der Netzzugang zum Schweizer Erdgasnetz beansprucht, im Verweigerungsfall sowohl an das BFE (betreffend den Netzzugang gemäss Art. 13 RLG für Rohrleitungsanlagen mit einem Betriebsdruck > 5 bar) als auch an die WEKO (betreffend den Netzzugang gemäss Art. 7 KG für Rohrleitungen mit einem Betriebsdruck < 5 bar) wenden muss. Dies hat für den (potentiell) netzzugangsberechtigten Dritten unbefriedigende Konsequenzen. Es gilt zwischen dem Netzzugang zum Hochdrucknetz und dem Netzzugang zum Niederdrucknetz zu unterscheiden, was im Ergebnis bedeutet, dass zwei voneinander grundsätzlich unabhängige Verfahren (ein erstes beim BFE, ein zweites bei der WEKO) zu führen sind, um den (potentiellen) Anspruch auf Netzzugang durchzusetzen. Dies zumindest im Normalfall, wo der Zugang zum Hoch- und Niederdrucknetz zur Belieferung des Gasverbrauchers notwendig ist. In der Praxis dürfte es dabei äusserst schwierig sein, diese beiden Verfahren sinnvoll zu koordinieren.¹⁴ Dies führt einerseits zu längeren Verfahren und höheren Kosten für den klagenden Dritten. Andererseits ist denkbar, dass das BFE und die WEKO im Ergebnis zu unterschiedlichen Ansichten hinsichtlich der Netzzugangsberechtigung gelangen, dass also beispielsweise der Netzzugang zum Hochdrucknetz vom BFE basierend auf Art. 13 RLG gewährt wird, während dem die WEKO den Netzzugang zum Niederdrucknetz basierend auf Art. 7 KG verweigert.

⁸ Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW) 2012/3, S. 459 ff., i.S. Erdgas Zentralschweiz AG.

⁹ RPW 2012/3, S. 459 ff., Rz. 18 bis 36.

¹⁰ BGE 129 II 497, E.6.5.1.

¹¹ RPW 2012/3, S. 459 ff., Rz. 40 bis 70.

¹² MICHAEL MERKER in Biaggini/Häner/Saxer/Schott (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 2015, Rz. 12.23.

¹³ Vgl. ROLF H. WEBER/BRIGITTA KRATZ, Elektrizitätswirtschaftsrecht, 2005, § 7 Rz. 203.

¹⁴ Vgl. MERKER, Fn. 2, Rz. 11.

[Rz 9] Weder das RLG noch das KG äussern sich dazu, unter welchen Modalitäten – insbesondere im Austausch zu welcher Gegenleistung (Netznutzungsentgelt) – Netzzugang zu gewähren ist. Es handelt sich mit anderen Worten um einen sogenannten negotiated Third Party Access (nT-PA), also um einen verhandelten Netzzugang.¹⁵ Die Schweizer Erdgaswirtschaft hat daher bereits vor längerem eine Branchenlösung für den Netzzugang Dritter erstellt, also einseitig festgelegt, nach welchen Grundsätzen bzw. zu welchen Konditionen der Netzzugang gewährt wird. Diese Branchenlösung umfasst verschiedene Vereinbarungen zwischen den Unternehmen der Schweizer Erdgaswirtschaft (Transportkoordinationsvereinbarungen),¹⁶ die für Dritte geltenden allgemeinen Netznutzungsbedingungen sowie die Grundsätze für die Berechnung des Netznutzungsentgelts.¹⁷ Ob diese Branchenlösung jedoch auch dann (vollumfänglich) zur Anwendung gelangt wäre, wenn das BFE und/oder die WEKO tatsächlich in einem konkreten Fall über den Netzzugang eines Dritten und dessen Konditionen verfügt hätte, ist unklar, darf aber zumindest angezweifelt werden.

III. Vertraglich geregelter Netzzugang

1. Die Verbändevereinbarung

[Rz 10] Im Juni bzw. Juli 2012 wurde zwischen dem Verband der Schweizerischen Gaswirtschaft (VSG) und den industriellen Netzkunden die Vereinbarung zum Netzzugang beim Erdgas (Verbändevereinbarung, VV) abgeschlossen; sie trat am 1. Oktober 2012 in Kraft.¹⁸ Ziel der Verbändevereinbarung ist die Gewährung des Netzzugangs bzw. die Festlegung und nationale Vereinheitlichung der Netzzugangsbedingungen. Es sollte damit ein erster Schritt zur Liberalisierung des schweizerischen Gasmarktes vollzogen werden, und es sollte verhindert werden, dass es zwischen der schweizerischen Gaswirtschaft und den industriellen Netzkunden zu langwierigen – und im Endergebnis infolge verschiedener Zuständigkeiten zur Beurteilung von Fragestellungen im Hoch- bzw. Niederdruckbereich potentiell wenig zielführenden – Gerichtsverfahren kommt.

[Rz 11] Die VV regelt somit als Grundsatzdokument die Prinzipien des Netzzugangs beim Erdgas. Die VV ist für die betroffenen Netzbetreiber verbindlich, was mittels verbandsrechtlicher Sanktionen des VSG sichergestellt wird. Im Gegenzug anerkennen die industriellen Erdgasbezüger, dass der Netzzugang für Dritte ausschliesslich nach den Regeln der VV möglich ist (Ziff. 1 VV).

[Rz 12] Im Sinne eines allgemeinen Grundsatzes wird festgehalten, dass das schweizerische Erdgasnetz von allen Netzkunden diskriminierungsfrei genutzt werden kann (Ziff. 2.1 VV). Dies ist insofern relevant, als nicht zwischen Netzkunden, die am Hochdrucknetz angeschlossen sind (und in der Vergangenheit basierend auf Art. 13 RLG netzzugangsberechtigt waren) und Netzkunden,

¹⁵ Auch in dieser Hinsicht bestehen Parallelen zur Situation im Strommarkt vor dem Inkrafttreten der Stromversorgungsgesetzgebung. Auch im Strommarkt bestand in der Vergangenheit die Möglichkeit, auf Verhandlungsbasis – insbesondere also zu einem verhandelten Netznutzungsentgelt – Netzzugang zu erlangen. Die Situation änderte sich grundlegend mit dem Inkrafttreten der Stromversorgungsgesetzgebung, die den Netzzugang (abschliessend) reguliert, womit ein Wechsel zum sogenannten regulated Third Party Access (rT-PA) vollzogen worden ist (vgl. Art. 13 StromVG; ROLF H. WEBER/BRIGITTA KRATZ, Stromversorgungsrecht, 2009, § 4 Rz. 35).

¹⁶ Dazu auch: RPW 2012/3, S. 459 ff.

¹⁷ Detaillierter: MERKER, Fn. 12, Rz. 12.26.

¹⁸ Zur Entstehungsgeschichte: MERKER, Fn. 2, Rz. 17. Die Verbändevereinbarung kann auf der Homepage der Koordinationsstelle Durchleitung (KDSL) abgerufen werden: http://www.ksdl-erdgas.ch/fileadmin/user_upload/ksdl-erdgas/Downloads/Verbaendevereinbarung.pdf (Alle Websites zuletzt besucht am 25. November 2015).

die im Niederdrucknetz angeschlossen sind (und in der Vergangenheit den Netzzugang zusätzlich unter Berufung auf Art. 7 KG hätten durchsetzen müssen), unterschieden wird.¹⁹ Die VV regelt und gewährt demnach einen einheitlichen Netzzugang über die verschiedenen Druckstufen.

2. Voraussetzungen des Netzzugangs gemäss der Verbändevereinbarung

[Rz 13] Obwohl die VV in Ziff. 2.1 im Grundsatz festhält, dass das schweizerische Erdgasnetz von allen Netzkunden diskriminierungsfrei genutzt werden kann, wird der Kreis der Netzzugangsberechtigten, die sich auf die VV berufen können in Ziff. 4 VV eingeschränkt. Netzzugangsberechtigt nach Massgabe der VV ist, wer pro Verbrauchsstelle kumulativ die folgenden Voraussetzungen erfüllt:

- a. Die vertragliche Transportkapazität des Netznutzers beträgt mindestens 200 Nm³/h²⁰ (per 1. Oktober 2015 reduziert auf 150 Nm³/h²¹).
- b. Der Netznutzer setzt Erdgas primär als Prozessgas²² ein.
- c. Der Netznutzer verfügt über eine Lastgangmessung und Datenfernübertragung gemäss den Allgemeinen Netznutzungsbedingungen für die schweizerischen Erdgasnetze (ANB)²³.

[Rz 14] Im Übrigen findet die VV keine Anwendung auf die Belieferung von Gaskombikraftwerken und Fernwärmeanlagen.

3. Kartellrechtliche Würdigung des Netzzugangs gemäss VV

[Rz 15] Nach ihrer Unterzeichnung, aber vor dem Inkrafttreten, wurde die VV der WEKO gestützt auf Art. 49a Abs. 3 KG gemeldet, worauf diese ein Vorabklärungsverfahren gemäss Art. 26 ff. KG eröffnete. Im diesbezüglichen Schlussbericht vom 16. Dezember 2013 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Verbändevereinbarung Erdgas Schweiz (Schlussbericht)²⁴ befasste sich das Sekretariat der WEKO insbesondere auch mit den oben genannten Voraussetzungen des Netzzugangs gemäss der Verbändevereinbarung (Ziff. 4 VV).²⁵ Im Folgenden ist kurz auf die einzelnen Punkte des Schlussberichtes zu den Voraussetzungen des Netzzugangs gemäss VV einzugehen:

3.1. Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

[Rz 16] Das Sekretariat der WEKO erwägt, dass mit den in Ziff. 4 VV genannten Netzzugangskriterien verschiedene potentielle Netzkunden vom Netzzugang nach Massgabe der Verbändevereinbarung ausgeschlossen werden. Damit besteht eine Ungleichbehandlung von Netzkunden, die

¹⁹ Dazu auch Ziff. 3 VV.

²⁰ Das entspricht in etwa einem Jahresbezug von rund 10 GWh bei einer Benutzungsdauer von 4'000h, vgl. dazu SVEN SCHLITZER/MARKUS FLATT, Schrittweise Liberalisierung des Schweizer Gasmarktes, 2012 (publiziert auf: www.evupartners.ch), Ziff. 3.1.

²¹ Vgl. <http://www.ksdl-erdgas.ch/koordinationsstelle.html> und Ziff. 7 VV.

²² Prozessgas ist Energie, die gewerblichen und industriellen Produktions- und Fertigungsverfahren dient.

²³ Abrufbar unter http://www.ksdl-erdgas.ch/fileadmin/user_upload/ksdl-erdgas/Downloads/ANB_V_1.5.pdf.

²⁴ RPW 2014/1, S. 110 ff.

²⁵ Schlussbericht (Fn. 24), Rz. 154 bis 246.

sowohl eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG als auch eine Diskriminierung von Handelspartnern im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. b i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG darstellen könnte.

[Rz 17] Die Voraussetzung, dass der Netznutzer über eine Lastgangmessung und Datenfernübertragung verfügen muss, erschien dem Sekretariat der WEKO im Grundsatz als unproblematisch, sofern die Messkosten vertretbar sind. Den Bedenken, dass die teilweise hohen Investitionskosten für die erforderliche Lastgangmessung mit Datenfernübertragung als Hürde für die Ausübung des Netzzugangs wirken könnten (sunk costs), konnte dadurch Rechnung getragen werden, dass der Netzbetreiber die Investitionskosten trägt und dem Netznutzer – ähnlich dem Strommarkt – ein monatliches Entgelt in Rechnung stellt.²⁶ Dass eine Lastgangmessung mit Datenfernübertragung lediglich von drittbeforzten Endverbrauchern verlangt wird, erscheint den Verfassern vor dem Hintergrund, dass der Ordnungsgeber im Strommarkt dieselbe Lösung implementiert hat (Art. 8 Abs. 5 StromVV) als durchaus vertretbar.²⁷

[Rz 18] Der Ausschluss der Anwendbarkeit der VV auf die Belieferung von Gaskombikraftwerken und Fernwärmanlagen erachtet das Sekretariat der WEKO als unproblematisch bzw. es wurde mangels Relevanz auf eine vertiefte Prüfung dieses Aspekts verzichtet.²⁸ Aus kartellrechtlicher Sicht sei dem Grundsatz nach nichts dagegen einzuwenden, wenn die Belieferung von Gaskombikraftwerken und Fernwärmanlagen nach einem eigenen, noch zu entwickelnden Regelwerk vonstattengeht und die VV auf die Belieferung solcher Anlagen keine Anwendung findet.

[Rz 19] Viel Raum hat das Sekretariat der Prüfung eingeräumt, ob die verlangte minimale Transportkapazität von 200 Nm³/h (heute 150 Nm³/h) und die primäre Verwendung des Erdgases als Prozessgas eine unzulässige Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG darstellen könnte.²⁹ Es wird einleitend darauf hingewiesen, dass die Verweigerung des Netzzugangs mit der Begründung, dass entweder die geforderte minimale Transportkapazität nicht erreicht und/oder die primäre Verwendung des Erdgases als Prozessgas nicht gewährleistet ist, eine Geschäftsverweigerung gemäss Art. 7 Abs. 2 lit. a KG³⁰ und auch eine Ungleichbehandlung von grundsätzlich gleichartigen Sachverhalten (Art. 7 Abs. 2 lit. b KG)³¹ darstellen dürfte.³² Im Anschluss befasst sich das Sekretariat der WEKO relativ detailliert mit den vom VSG (bzw. den Netzbetreibern) vorgetragenen sachlichen Rechtfertigungsgründen für eine Netzzugangsverweigerung sofern die minimale Transportkapazität nicht erreicht wird bzw. sofern das Erdgas nicht primär als Prozessgas Verwendung findet. Vorgebracht wurde namentlich die Unzumutbarkeit einer sofortigen (vollständigen) Marktöffnung, die technische Unmöglichkeit der vollständigen Marktöffnung zum heutigen Zeitpunkt (fehlende Automatismen und Standardisierungen), die wirtschaftliche Unzumutbarkeit der vollständigen

²⁶ Schlussbericht (Fn. 24), Rz. 159 f.

²⁷ Kritisch: MERKER, Fn. 12, Rz. 12.34.

²⁸ Schlussbericht (Fn. 24), Rz. 163 bis 166. Kritisch dazu: MERKER, Fn. 12, Rz. 12.34 (Fn. 27).

²⁹ Schlussbericht (Fn. 24), Rz. 167 bis 232.

³⁰ Schlussbericht (Fn. 24), Rz. 169.

³¹ Schlussbericht (Fn. 24), Rz. 170.

³² Diese Einschätzung scheint auch mit jener der schweizerischen Erdgaswirtschaft übereinzustimmen. Gemäss der von EVU Partners durchgeführten Studie «Gasmarkt Schweiz 2015» (abrufbar unter http://www.evupartners.ch/evu/wp-content/uploads/2015/08/Marktstudie_Erdgas_2015_low.pdf) erwarten rund 75% der Studienteilnehmer, dass die WEKO eine Untersuchung eröffnen wird, sofern der Netzzugang aufgrund der in Ziff. 4 VV formulierten Voraussetzungen verweigert würde. Knapp zwei Drittel der Studienteilnehmer gehen aber davon aus, dass eine Untersuchung des Einzelfalls durch die WEKO nicht in einer kartellrechtlichen Sanktionierung münden würde (ebenda, S. 14).

Marktöffnung zum heutigen Zeitpunkt, die Gefährdung der Versorgungssicherheit (Netzstabilität) sowie die wirtschaftliche Unzumutbarkeit aufgrund bestehender Bezugsverpflichtungen (Sicherstellung der Versorgungssicherheit über langfristige Bezugsverträge mit Laufzeiten bis längstens ins Jahr 2023).

[Rz 20] Das Sekretariat der WEKO beurteilte die vorgebrachten sachlichen Rechtfertigungsgründe zur Verweigerung des Netzzugangs als weitgehend wenig relevant, wobei im konkreten Verweigerungsfall gestützt auf die VV (selbstverständlich) eine Einzelfallbetrachtung notwendig wäre.

[Rz 21] Dem Argument der Unzumutbarkeit der sofortigen Marktöffnung wurde entgegen gehalten, dass der Markt der Erdgaslieferung bzw. der Nutzung von Erdgasnetzen bereits seit rund 50 Jahren über Art. 13 RLG geöffnet sei und in BGE 129 II 497 für den Strommarkt festgehalten wurde, dass die Verweigerung des Netzzugangs als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu qualifizieren sei.³³ Im Hinblick auf die technische Unmöglichkeit der vollständigen Marktöffnung im heutigen Zeitpunkt wird festgehalten, dass bei tatsächlich vorhandener technischer Unmöglichkeit weder das Rohrleitungs- noch das Kartellrecht einen Anspruch auf Netzzugang verschaffen³⁴. Der Argumentation der Netzbetreiber, dass eine vollständige Marktöffnung derzeit technisch nicht möglich sein soll, folgte das Sekretariat der WEKO nicht. Eine Einzelfallbetrachtung wäre notwendig.³⁵ Zur behaupteten wirtschaftlichen Unzumutbarkeit der Gewährung des Netzzugangs stellte sich das Sekretariat auf den Standpunkt, diese könne nicht abstrakt im Sinne einer Gesamtbetrachtung aller Netzbetreiber beurteilt werden, sondern es sei auf den konkreten Einzelfall abzustellen.³⁶ Betreffend die Gefährdung der Versorgungssicherheit hielt das Sekretariat der WEKO fest, dass es an einer Grundlage für die von den Netzbetreibern geltend gemachte Versorgungssicherheit bzw. an einem entsprechenden Versorgungsauftrag fehle³⁷, und dass die Argumentation auch sonst nicht stichhaltig sei.³⁸ Zur wirtschaftlichen Unzumutbarkeit einer kurzfristigen vollständigen Marktöffnung aufgrund bestehender Bezugsverpflichtungen äusserte sich das Sekretariat dahingehend, dass die Argumentation nachvollziehbar erscheine. Die Frage, ob die bestehenden Bezugsverpflichtungen als sachlicher Grund für die Verweigerung des Netzzugangs herangezogen werden können, könne aber nicht in allgemeiner Weise und ex ante beurteilt werden, sondern dies müsste bezogen auf den konkreten Sachverhalt geprüft und beurteilt werden.³⁹

[Rz 22] Zusammenfassend ergibt sich, dass die geltend gemachten Rechtfertigungsgründe die potentielle Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. a KG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG und Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 KG nicht in allgemeiner Weise sachlich zu rechtfertigen vermögen. Die entsprechende Beurteilung kann nur

³³ Schlussbericht (Fn. 24), Rz. 174 f.

³⁴ Schlussbericht (Fn. 24), Rz. 189. Betreffend die technische Unmöglichkeit, im konkreten Fall Netzzugang zu gewähren, ist anzumerken, dass dieser Fall – analog der vergleichbaren Regelung in Art. 13 Abs. 2 lit. a und b StromVG – in der Praxis vermutlich von untergeordneter Bedeutung sein dürfte. Denn die Inanspruchnahme des Netzzugangs hat bei bereits vorhandenen Anschlüssen – vorbehalten sind mit dem Netzzugang verbundene grössere Änderungen in der Bezugsstruktur – keinen Einfluss auf den Netzbetrieb als solchen bzw. die im Netz vorhandenen Kapazitäten (zu den Kapazitäten auch Ziff. 2.2 VV). Die Gasmenge im Netz des Netzbetreibers verbleibt die Gleiche, ungeachtet dessen, ob der Verbraucher das Erdgas vom lokalen Netzbetreiber bezieht oder von einem Dritten.

³⁵ Schlussbericht (Fn. 24), Rz. 194.

³⁶ Schlussbericht (Fn. 24), Rz. 196.

³⁷ Dazu aber SBVR VII-JAGMETTI, Energierecht, Rz. 3706 ff.

³⁸ Schlussbericht (Fn. 24), Rz. 206.

³⁹ Schlussbericht (Fn. 24), Rz. 223.

anhand eines konkreten Einzelfalls erfolgen. Das Sekretariat der WEKO hält ausdrücklich fest, dass nicht auszuschliessen sei, dass die geltend gemachten sachlichen Rechtfertigungsgründe im Einzelfall tatsächlich greifen könnten. Die Frage der Zulässigkeit der Verweigerung des Netzzugangs müsse jedoch unterschieden werden, von der Frage der Ungleichbehandlung zwischen Kunden, welche die Kriterien nach der VV erfüllen und jenen, die aufgrund der VV keinen Netzzugang haben.⁴⁰

3.2. Unzulässige Wettbewerbsabrede

[Rz 23] Bedeutend weniger Ausführungen macht das Sekretariat der WEKO im Rahmen der Würdigung der VV unter dem Blickwinkel von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG.⁴¹ Dabei wurde explizit offen gelassen, ob durch die VV bzw. durch die darin enthaltenen Klauseln das Tatbestandsmerkmal der Abrede i.S.v. Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt werde oder nicht. Ungeprüft blieb auch, ob einzelne Klauseln der VV eine unzulässige Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 1 KG darstellen.

[Rz 24] Das Sekretariat erwog, dass eine Wettbewerbsabrede i.S.v. Art. 5 Abs. 3 (lit. a) KG nicht vorliegen dürfte, weil keine Abrede zwischen Unternehmen getroffen worden sei, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen. Dies, weil die Ausdehnung eines jeden Erdgastransport- oder Erdgasverteilnetzes einen eigenen räumlich relevanten Markt definiere, womit die an der Abrede beteiligten Netzbetreiber nicht auf den gleichen räumlichen Märkten tätig seien. Entsprechend stehen sie beim Erdgastransport bzw. bei der Erdgasverteilung nicht in direkter Konkurrenz zueinander. Ein potentielles Konkurrenzverhältnis ist ebenfalls zu verneinen, weil Markteintritte in diesen Bereichen aufgrund des Monopolcharakters von Erdgasnetzen nicht wirtschaftlich sind und damit grundsätzlich ausgeschlossen werden können.⁴²

[Rz 25] Art. 5 Abs. 4 KG wurde als nicht einschlägig erachtet, da mit der VV keine Wettbewerbsabrede über Mindest- oder Festpreise (oder Aufteilung von Märkten oder Einschränkungen von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen) getroffen worden ist.

IV. Ausblick

[Rz 26] Mit der VV zwischen der Gasindustrie und den industriellen Grosskunden wurde der erste Schritt zur Liberalisierung des schweizerischen Gasmarktes vollzogen. Die Vertragsparteien haben explizit festgehalten, dass es sich bei der VV nicht um ein statisches Produkt handelt, sondern um einen aktuellen Stand, der je nach Entwicklung und gemachten Erfahrungen von den Parteien gemeinsam überprüft und weiterentwickelt werden soll. Diese Weiterentwicklung der VV findet derzeit denn auch tatsächlich statt, was ein Blick auf die seit dem Inkrafttreten der Vereinbarung vorgenommenen Änderungen und Anpassungen zeigt. Nebst der bereits genannten Anpassung der minimalen Transportkapazität auf 150 Nm³/h kann beispielsweise auch auf die Möglichkeit der

⁴⁰ Schlussbericht (Fn. 24), Rz. 225 ff.

⁴¹ Schlussbericht (Fn. 24), Rz. 233 bis 246.

⁴² Schlussbericht (Fn. 24), Rz. 240; Die Verhinderung ungewünschter Paralleleitungen war denn auch mit ein Grund, warum der Gesetzgeber Art. 13 RLG überhaupt erlassen hat (Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend den Entwurf zu einem Bundesgesetz über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe vom 28. September 1962, BBl 1962 II 791 ff., 817).

Anpassung von gebuchten Kapazitäten bei mehrjährigen Vertragslaufzeiten,⁴³ die Erhöhung der unentgeltlichen Renominationen⁴⁴ für Bilanzgruppenbetreiber⁴⁵ etc. verwiesen werden.⁴⁶ Diskutiert wird derzeit sodann die Einführung des sog. «entry-exit-Marktmodells».⁴⁷

[Rz 27] Mittel- bis langfristig wird die Marktliberalisierung über die (privatrechtliche) Verbändevereinbarung aber unzureichend sein und zu wenig Rechts- und Planungssicherheit bieten. Dies für die Schweizer Erdgasverbraucher einerseits, andererseits aber insbesondere auch für die Schweizer Erdgaswirtschaft, welche im Hinblick auf eine weitergehende Liberalisierung des Gasmarktes erhebliche Investitionen tätigen müssen. Es ist deshalb folgerichtig, dass noch immer beabsichtigt ist, den Erdgasmarkt dereinst auf gesetzlicher Basis vollständig zu liberalisieren bzw. (teilweise) zu regulieren. Es ist geplant, die Schaffung eines Gasversorgungsgesetzes in die Legislaturziele 2015 bis 2019 aufzunehmen.⁴⁸ Der Weg zu einer gesetzlichen Liberalisierung des Schweizer Erdgasmarktes dürfte mithin durchaus vergleichbar zum Liberalisierungsweg in Deutschland sein, wo im Jahre 2000 in einer Verbändevereinbarung 1 (zwischen den Interessenvertretungsverbänden der deutschen Industrie und denen der deutschen Energieversorgungsunternehmen) die Netzzugangsregeln für einen liberalisierten deutschen Gasmarkt vereinbart wurden. Die Verbändevereinbarung 1 wurde sodann nach verschiedenen Anpassungen im Jahre 2002 durch die Verbändevereinbarung 2 abgelöst, welche Gültigkeit hatte, bis sie in den Jahren 2004 und 2005 durch staatliche Regulierung (überwacht durch die Bundesnetzagentur) ersetzt worden sind.⁴⁹

V. Fazit

[Rz 28] Die Verbändevereinbarung stellt eine geglückte Kompromisslösung zwischen dem Bedürfnis der schweizerischen industriellen Erdgasbezüger, welchen damit insbesondere die planbare Belieferung durch Gasversorgungsunternehmen im Ausland ermöglicht worden ist, und den Bedürfnissen der Schweizer Erdgaswirtschaft dar, welche auf Planungs- und Investitionssicherheit angewiesen sind. Mittel- bis langfristig, insbesondere auch im Hinblick auf die Gasmarktregulierung in der

⁴³ Schliesst der Netzkunde mit dem Netzbetreiber an der Netzanschlussstelle einen mehrjährigen Netznutzungsvertrag ab, kann der Netzkunde neu (seit 1. Januar 2015) spätestens einen Monat vor Ende des Vertragsjahrs für das folgende Vertragsjahr eine Anpassung der vertraglichen Transportkapazität verlangen (Ziff. 5.5 ANB).

⁴⁴ Der Bilanzgruppenverantwortliche meldet jeden Tag verbindlich beim Netzbetreiber an der Einspeisestelle die stündliche Energiemenge an, die er an der Einspeisestelle in jeder Stunde des folgenden Tages zum Transport übergeben will (Tagesprogramm, Nomination). Die nachträgliche Änderung dieser Anmeldung durch den Bilanzgruppenverantwortlichen wird Renomination genannt.

⁴⁵ Gemäss Ziff. 6.3 des Bilanzgruppenvertrages (abrufbar unter http://www.ksdl-erdgas.ch/fileadmin/user_upload/ksdl-erdgas/Downloads/BGV_V_1.5.pdf) kann der Bilanzgruppenverantwortliche pro Monat 120 unentgeltliche Renominationen durchführen (bis 31. Dezember 2014: 60 unentgeltliche Renominationen pro Monat).

⁴⁶ Vgl. MICHAEL MERKER, «Roadmap Gasversorgungsgesetz», Erdgastagung 2015, Folie 2.

⁴⁷ Nach dem entry-exit-Modell speist der Lieferant an einem beliebigen Punkt Erdgas in das Netz ein (=entry). Dafür ist eine (niedrige) Einspeisegebühr zu zahlen. Das Erdgas kann von einem beliebigen Ort vom Netz entnommen werden (=exit), wofür wiederum eine Entnahmegebühr zu zahlen ist. Der Transportweg ist in diesem Modell für die Berechnung der (Netznutzungs-) Kosten unerheblich. Es ist im Ergebnis deshalb vergleichbar mit dem aus dem Strommarkt bekannten Briefmarkenmodell (d.h. das Netznutzungsentgelt ist distanzunabhängig, also unabhängig vom Ein- und Ausspeisepunkt; vgl. Art. 14 Abs. 3 lit. b StromVG).

⁴⁸ PASCAL PROVIDOLI, Schweizer Strommarkt – Quo vadis?, ElCom-Forum 2014, Folie 22 f. Das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) bzw. das BFE erarbeiten seit Mitte 2015 eine entsprechende Gesetzesvorlage.

⁴⁹ Vgl. CHRISTIAN THEOBALD in Schneider/Theobald (Hrsg.), Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, 2013, § 1 N 42 ff.

Europäischen Union, wird die Verbändevereinbarung aber weder den Ansprüchen der Schweizer Erdgasbezüger noch der Erdgaswirtschaft genügen. Der Erlass des sich bereits in Arbeit befindenden Gasversorgungsgesetzes erscheint als der angemessene und richtige Weg, die begonnene Liberalisierung des schweizerischen Gasmarktes zu vollenden. Bis zur Marktliberalisierung durch ein Sektor spezifisches Gesetz gilt es, die kontinuierliche Weiterentwicklung der Verbändevereinbarung sicherzustellen, damit die gesetzliche Marktliberalisierung dereinst sowohl für die Erdgasbezüger wie auch für die Erdgaswirtschaft ohne grössere Schwierigkeiten erfolgen kann und nicht dieselben Fehler wie bei der Strommarktliberalisierung wiederholt werden.

MARC BERNHEIM, Rechtsanwalt, Dr. iur., LL.M., Staiger, Schwald & Partner AG
GAUDENZ GEIGER, Rechtsanwalt, lic. iur., LL.M., Staiger, Schwald & Partner AG