

# e|m|w

Zeitschrift für Energie, Markt, Wettbewerb  
Auszug aus Nr. 2 | April 2014

## Sonderdruck 2|14

**Heuking Kühn Lüer Wojtek**

Revision und Anpassung  
langfristiger Gaslieferverträge

VON MARC BALTUS UND  
DR. STEFAN BRETTHAUER

ISSN: 1611-2997

ener|gate

con|energy gruppe

ener|gate Verlag, Essen

# Revision und Anpassung langfristiger Gaslieferverträge

Langfristige Gaslieferverträge haben so manch eine Unternehmensbilanz in den vergangenen Jahren verhegelt. Der vorliegende Artikel beschreibt nicht nur die vertraglichen Ansprüche aus Preisrevisions- und Wirtschaftsklauseln, sondern zeigt auch gesetzliche Anpassungsmechanismen (BGB und GWB) auf.

VON MARC BALTUS UND DR. STEFAN BRETTHAUER

Anders als bei Abschluss vieler auch heute noch geltender Gaslieferverträge vor zehn bis 20 Jahren können inzwischen große Mengen von Erdgas verschiedener Anbieter transparent gehandelt werden. Es hat sich ein „Marktniveau“ gebildet, an dem sich die Preisbildungsmechanismen langfristiger Gaslieferverträge orientieren können.

In Altverträgen war man auf die Vereinbarung von Preisbildungsmechanismen angewiesen, ohne sich an einem „Marktpreis“ orientieren zu können. Altvertragspreise können daher erheblich vom aktuellen „Marktniveau“ abweichen, sodass das Äquivalenzinteresse zwischen Leistung und Gegenleistung massiv gestört sein kann. Bereits bei Vertragsschluss versuchen die Parteien eines langfristigen Gasliefervertrages häufig, solchen Entwicklungen durch vertragliche Anpassungsmechanismen Rechnung zu tragen. Ergänzend oder alternativ können gesetzliche Anpassungsmechanismen greifen.

## Vertragliche Anpassungsmechanismen

Vorrangig sind vertragliche Anspruchsg Grundlagen zu prüfen. Dabei beschränkt sich die nachfolgende Darstellung auf Preisrevisions- und Wirtschaftsklauseln.

### Preisrevisionsklauseln

Eine typische Preisrevisionskontrolle sieht folgendermaßen aus:

*„Jede Partei hat das Recht, für die Gaslieferungen nach diesem Vertrag mit Wirkung ab [Datum] und danach im Abstand von jeweils [X] Jahren eine Anpassung des Vertragspreises einschließlich der Preisänderungsbestimmungen dieses Vertrages zu verlangen.“*

Meist beziehen sich die genannten Fristen auf den Beginn eines Gaswirtschaftsjahres (1. Oktober) oder – in neueren Verträgen – des Kalenderjahres. Teilweise wird auch eine bestimmte Anzahl außerordentlicher Preisanzpassungsrechte (sog. Wild Cards) vereinbart.

Die Preisrevisionsklausel kann qualifizierte formale Anforderungen an die Geltendmachung stellen. Diese reichen von einem bloßen Schriftformerfordernis über ein Begründungserfordernis bis zum Erfordernis eines Beweises der Anspruchsvoraussetzungen. Die Rechtsfolgen einer etwaigen Verletzung der formalen Anforderungen bedürfen einer Auslegung der Preisrevisionsklausel nach §§ 133, 157 BGB.

Die materiellen Anpassungsvoraussetzungen, die sogenannten Trigger Events, sind vielgestaltig. Zwar geht es im Kern immer um einen Vergleich des geltenden Vertragspreises mit bestimmten anderen Preisen. Diese Vergleichspreise werden aber keineswegs einheitlich definiert. Selbst wenn es – wie häufig – um einen Vergleich des Vertragspreises gegenüber einem „Marktpreis“ geht, kann dieser auf unterschiedlichste Weise definiert werden. Auch hier sind §§ 133, 157 BGB maßgebend. Dabei kann auch das Verständnis der Parteien bei vorangegangenen Preisrevisionen von großer Bedeutung sein.

Die Schwierigkeit, einen „Marktpreis“ für Erdgas genau zu definieren, bestand insbesondere in der Vergangenheit, als noch keine Notierungen am Gashan-

delsmarkt (veröffentlicht etwa durch Broker, unabhängige Informationsdienste wie ICIS Heren oder die Energiebörse EEX) bestanden oder diese nicht mit hinreichender Liquidität unterlegt waren. Heute wäre die Vereinbarung einer Anknüpfung an derartige Notierungen in Preisrevisionsklauseln möglich, würde aber freilich das gemeinsame Verständnis der Parteien voraussetzen, dass es sich insoweit um den für sie maßgeblichen Vergleichsmaßstab handelt.

Die Parteien vereinbaren oftmals bewusst gerade keine mathematischen Formeln, sondern wollen langfristig das Äquivalenzverhältnis des Gasliefervertrages durch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe sichern. In der Praxis sind daher insbesondere in Altverträgen die Anknüpfungen an die Marktverhältnisse in der Regel unpräzise. So sind beispielsweise Formulierungen wie „Entwicklung des Marktwertes des Gases“, „maßgebliche Preise bei vergleichbaren Lieferverhältnissen“, „marktkonforme Preise für vergleichbare Kunden“, „the value of natural gas in the end user market of the Buyer“ oder „gegenüber vergleichbaren Kunden erzielbare Preise“ enthalten.

Häufig stellen sich daher weitere Auslegungsprobleme, etwa: Ist die Entwicklung der Preise maßgebend, die andere Lieferanten (z. B. Importeure) mit vergleichbaren Kunden vereinbaren (z. B. regionale Ferngasgesellschaften), oder ist

die Entwicklung der Preise maßgebend, die vergleichbare Kunden ihrerseits mit ihren Abnehmern (z. B. Stadtwerken) vereinbaren? Gibt es trotz einer fehlenden Unterscheidung bei Bezug von Erdgas an Gashandelsplätzen auch heute noch (für Altverträge) eine Differenzierung nach seinem Verwendungszweck, etwa Kommunal-, Industrie- oder Kraftwerksgas? Wie sind die gaswirtschaftlichen Nebenleistungen (etwa Flexibilität) gegenüber an Gashandelsplätzen üblichen Bandlieferungen zu bewerten? Je nach Ausgestaltung der Preisrevisionsklausel lässt sich diese Frage entweder unmittelbar dem Wortlaut entnehmen oder kann nur mithilfe einer Auslegung des Vertrages beantwortet werden.

Ein weiteres „klassisches“ Auslegungsproblem ist die Frage, ob eine Preisrevisionsklausel darauf ausgerichtet ist, eine etwa bei Vertragsschluss vorhandene Differenz zwischen dem Vertragspreis und dem Marktpreis auch nach einer Anpassung aufrechtzuerhalten oder ob das Anpassungsziel in einer vollständigen Erreichung aktueller Marktdaten liegt.

Häufig sehen Preisrevisionsklauseln zudem vor, dass der Vertragspreis als Relevanzschwelle in einem bestimmten Maße (z. B. mit einem bestimmten Prozentsatz) von dem Vergleichspreis abweicht. Auf diese Weise wird ein aufwendiges Verfahren in Fällen unwesentlicher Abweichungen vermieden.

#### Wirtschaftsklauseln

Wirtschaftsklauseln, die auch als Hardship-Klauseln oder Loyalitätsklauseln bezeichnet werden, sind typischerweise wie folgt formuliert:

*„Falls die bei Vertragsschluss für die einzelnen Bestimmungen dieses Vertrages maßgeblichen technischen, wirtschaftlichen und/oder rechtlichen Verhältnisse eine so grundlegende Änderung erfahren, dass infolgedessen einer Partei die Beibehaltung der Vertragsbestimmungen nicht mehr*

*zugemutet werden kann, weil die auf einen gerechten Ausgleich der beiderseitigen wirtschaftlichen Interessen abzielenden Absichten der Parteien nicht mehr erfüllt werden, so kann diese Partei beanspruchen, dass die Vertragsbestimmungen den geänderten Verhältnissen im Rahmen des Zumutbaren entsprechend angepasst werden.“*

Der Tatbestand einer Wirtschaftsklausel lässt sich damit in aller Regel in vier Bestandteile unterteilen: Festzustellen ist zunächst, ob sich die dem Vertrag zugrunde liegenden „technischen, wirtschaftlichen und/oder rechtlichen Verhältnisse“ geändert haben. Zweitens ist zu klären, ob diese Änderung eine bestimmte Relevanzschwelle erreicht. Drittens muss infolge dieser Veränderung die Beibehaltung der vertraglichen Verpflichtungen – so wie vereinbart – für einen der Beteiligten unzumutbar sein. Viertens darf die Änderung bei Vertragsschluss nicht vorhersehbar gewesen sein.

Die Frage der maßgeblichen Verhältnisse lässt sich niemals abstrakt, sondern immer nur auf den konkreten Vertrag bezogen beantworten. Der Bundesgerichtshof hat dabei in einem Urteil von Anfang 2013 ausdrücklich offengelassen, ob die Preissenkungen auf dem Erdgasmarkt zwischen 2008 und 2011 zu einer grundlegenden Veränderung der wirtschaftlichen Voraussetzungen geführt haben (vgl. BGH vom 23.01.2013, Az. VIII ZR 47/12).

Bei der Prüfung dieser Anspruchsvoraussetzung spielt im Übrigen die Frage der vertraglichen Risikoverteilung eine wesentliche Rolle. Denn es erfolgt keine Anpassung, wenn sich Risiken realisieren,



die in die ausschließliche Risikosphäre nur einer Partei fallen. Unter diesem Gesichtspunkt hat der Bundesgerichtshof im bereits genannten Urteil die Anpassung des in einem dreijährigen Gasliefervertrag vereinbarten Festpreises auf der Basis einer Wirtschaftsklausel im Ergebnis abgelehnt. Die Besonderheit des Falles bestand dabei nicht allein darin, dass sich der Kunde nach monatelangem Bemühen um die Preisfindung, fachkundig beraten durch ein Energieberatungsunternehmen, schließlich für den angebotenen Festpreis entschieden hatte, obwohl ihm alternativ ein indexierter Preis und eine Kombination aus Fest- und indexiertem Preis angeboten worden war. Vor allem hatte sich der Kunde vor dem Hintergrund, dass die Durchschnittspreise für Jahres-Gas-Futures in den fast vier Monaten der Vertragsverhandlungen um etwa 47 Prozent gestiegen waren, für den Festpreis entschieden. Der Kunde hatte also erkennbar das Ziel verfolgt, während der Vertragsdauer gegen etwaige weitere Preissteigerungen in der Größenordnung der vorangegangenen Monate abgesichert zu sein. Er hatte daher nach Auffassung des Bundesgerichtshofs das Risiko eines Zurückfallens des Marktpreises auf den Stand zu Beginn der Verhandlungen hinzunehmen. Aufgrund dieser Besonderheiten des Einzelfalles wäre es aber ein Fehlschluss, zu behaupten, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Festpreisvereinbarungen unter dem Aspekt der Risikoverteilung generell nicht auf der Grundlage von Wirtschaftsklauseln angepasst werden können. Es dürfte sich vielmehr um eine Einzelfallentscheidung handeln.

#### Viel diskutierte Relevanzschwelle

Damit davon ausgegangen werden kann, dass infolge der Veränderungen einer Partei die Beibehaltung der Vertragsbestimmungen nicht mehr zugemutet werden kann, müssen die festgestellten Veränderungen eine Relevanzschwelle überschreiten. In der Literatur und Rechtsprechung werden Preisänderungen von fünf bis 20 Prozent als Richt-

wert diskutiert, wenn die Wirtschaftsklausel keine konkrete Schwelle vorsieht. Die zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs zeigt, dass die Schwelle einzelfallabhängig auch höher anzusetzen sein kann.

#### Rechtsfolgen von Preisrevisions- und Wirtschaftsklauseln

Rechtsfolge eines Preisanpassungsanspruchs aus Preisrevisionsklauseln ist die Anpassung des Vertragspreises. Dies bedarf bei einem vereinbarten Festpreis keiner weiteren Erläuterung. Handelt es sich hingegen um einen formelgebundenen Vertragspreis, wird regelmäßig das Preisniveau (sog. P0) anzupassen sein, das fortan der Indexierung unterliegt. Zusätzlich kann auch eine Anpassung der Preisformel (Preisanpassungsbestimmungen) als solche und unter Umständen auch der Preisrevisionsklausel selbst notwendig sein.

Auch Wirtschaftsklauseln können verschiedene Rechtsfolgen zur Folge haben, die jedoch regelmäßig auf die Wiederherstellung des Äquivalenzverhältnisses von Leistung und Gegenleistung gerichtet sind.

Zum Teil handelt es sich bei Preisrevisions- und Wirtschaftsklauseln lediglich um sogenannte Sprech- bzw. Verhandlungsklauseln. Ergibt die Auslegung einen justiziablen Anspruch auf Vertragsanpassung und scheitern Verhandlungen, kann die Partei ihren Anspruch gerichtlich oder schiedsgerichtlich geltend machen. Dabei wird in der Literatur lebhaft diskutiert, auf welches Niveau der Vertragspreis gegebenenfalls angepasst werden muss.

#### Gesetzliche Anpassungsmechanismen

##### §§ 313, 315 BGB

Während das Recht auf einseitige Leistungsbestimmung durch eine Partei gemäß § 315 BGB in den letzten Jahren eine große Rolle in Verfahren vor den ordentlichen Gerichten zu Preisanpassungen gegenüber Verbrauchern gespielt hat, kommt der Vorschrift im hiesigen Fall bilateraler Preisanpassungsmechanismen kaum Bedeutung zu.

Enthält ein Gasliefervertrag keine Wirtschaftsklausel, kommt eine Anpassung des Vertragspreises auf der Grundlage von § 313 BGB (Störung der Geschäftsgrundlage) in Betracht.

Obwohl der Wortlaut von § 313 BGB dem typischer Wirtschaftsklauseln sehr ähnelt, sind die Anforderungen an eine Berufung auf § 313 BGB zweifellos höher. Nur dann, „wenn dies zur Vermeidung untragbarer,

mit Recht und Gerechtigkeit schlechthin nicht vereinbarer und damit der betroffenen Vertragspartei nicht zumutbarer Folgen unabweislich erscheint“, soll nach einer Formel der Rechtsprechung (vgl. BGH NJW 1991, 1478 (1479) ein Wegfall der Geschäftsgrundlage in Betracht kommen. Kommt es zu erheblichen Äquivalenzstörungen oder treten sonst unzumutbare Änderungen der Rahmenbedingungen auf, kann jedoch eine Anpassung auf der Grundlage von § 313 BGB gerechtfertigt sein.

##### § 29 GWB

Vereinzelte wird in Gaspreisanpassungsverfahren auch ein gänzlich anderer Ansatz gewählt, um eine Preisreduzierung zu erreichen. Vor allem wenn der betreffende Gasliefervertrag keine Preisrevisions- oder Wirtschaftsklausel enthält und es sich beim Lieferanten um ein marktbeherrschendes Unternehmen handelt, kann an den kartellrechtlichen Vorwurf eines Preismissbrauchs in unterschiedlichen Spielarten nach § 29 oder § 19 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 2 oder Nr. 3 GWB gedacht werden. Dabei sind nach der bisherigen Praxis des Bundeskartellamts die Gasmärkte grundsätzlich weiterhin nach den etablierten Vertriebsgebieten der Ferngasunternehmen, Regionalversorger und Stadtwerke abzugrenzen. Im Hinblick auf die erste Ferngasstufe tendiert das Bundeskartellamt mittlerweile vorsichtig zu einer bundesweiten Marktabgrenzung, (vgl. BKartA vom 31.01.2012, Az. B 8 – 116/11) Angesichts der ständigen Entwicklungen auf den Gasmärkten kann der Zeitpunkt des Vertragsschlusses entscheidend für die kartellrechtliche Beurteilung sein. Gelingt der schwierige Nachweis eines Preismissbrauchs, bestehen dem Grunde nach Schadensersatzansprüche nach § 33 Abs. 3 GWB. Außerdem sind die missbräuchlichen Preisbestimmungen nach § 134 BGB nichtig. Ob der Gasliefervertrag gesamtntichtig ist, richtet sich nach § 139 BGB unter Berücksichtigung einer gegebenenfalls vereinbarten salvatorischen Klausel.



## Verfahren

Sofern sich die Parteien nicht im Wege von Preisrevisions- oder sonstigen Vertragsverhandlungen auf entsprechende Vertragsanpassung einigen können, stellt sich die Frage, wie die unterlegene Partei ihre Ansprüche im streitigen Verfahren durchsetzen kann.

Streitigkeiten über eine Vertragsanpassung sind stets mit der Offenlegung hochsensibler, unternehmensinterner Daten verbunden. Die Verfahren werden daher in aller Regel nicht vor einem öffentlichen staatlichen Gericht geführt. Sofern es im Einzelfall zu staatlichen Verfahren gekommen ist, bleibt dies wohl ein Ausnahmefall (etwa LG Frankfurt, Urteil vom 04.04.2011, Az. 2-5 O 547/10).

In aller Regel enthalten langfristige Gaslieferverträge daher eine Schiedsvereinbarung, die die abschließende Entscheidung der Streitigkeiten einem privaten Schiedsgericht zuweist.

Private Schiedsverfahren können unter Administration einer Schiedsinstitution mit eigener Verfahrensordnung (z. B. ICC, DIS, LCIA, SCC) oder im Wege des sogenannten Ad-Hoc-Schiedsverfahrens

stattfinden. Bei letzterem ist es Sache der Parteien, die Verfahrensregeln zu bestimmen, wobei bei Anwendung deutschen Verfahrensrechts im Zweifelsfall die Regelungen des 10. Buchs der Zivilprozessordnung gelten.

## Fazit

Die obigen Ausführungen zeigen, dass Preisanpassungsverfahren trotz ihrer großen finanziellen Bedeutung für die betroffenen Unternehmen oftmals nur auf Basis von wenig konkret formulierten Vertragsklauseln durchgeführt werden können. Dies hat zwei wesentliche Konsequenzen für die betroffenen Unternehmen:

1. Preisanpassungsverfahren bedürfen aufgrund dieser Unwägbarkeiten regelmäßig einer umfassenden wirtschaftlichen und rechtlichen Analyse und Vorbereitung. Dabei sind die Besonderheiten der jeweiligen Vertragsklauseln oder gesetzlichen Anpassungsbestimmungen bereits vor Erklärung eines entsprechenden Anpassungsbegehrens im Detail zu prüfen. Sie müssen entsprechend bei der Ermittlung der Preisanpassungshöhe und der Formulierung des Begehrens berücksichtigt werden.
2. In vielen anhängigen (Schieds-)Verfahren sahen sich die Gerichte entsprechend nicht in der Lage, den „richtigen“ oder „angemessenen“ Gaspreis ohne Hinzuziehung eines Sachverständigen zu bestimmen. Gerade aufgrund des in diesem Fall notwendigen „Gutachterstreits“ und der damit verbundenen Unwägbarkeiten für die Parteien endete eine Vielzahl an Verfahren in einem Vergleich.

Der Ausgang eines Preisanpassungsverfahrens hat dabei nicht nur für die wirtschaftliche Vermarktbarkeit bzw. Verwendung des Gases bis zum nächsten Preisrevisionsstermin Bedeutung, sondern kann auch in der Zukunft als Ausgangsbasis für die nächsten Preisrevisionen von erheblicher Bedeutung bleiben. ■

## zur Person

### Marc Baltus

- Jahrgang 1973
- Studium an den Universitäten Regensburg, Münster und Lausanne
- seit 2002 Rechtsanwalt in der Kanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek, Düsseldorf
- Partner und Leiter der Praxisgruppe „Energie“
- m.baltus@heuking.de

### Dr. Stefan Bretthauer

- Jahrgang 1973
- Studium an den Universitäten Trier, Würzburg und Sheffield/England
- seit 2003 Rechtsanwalt in der Kanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek, seit 2009 Partner
- s.bretthauer@heuking.de