

ENERGIEKRISE 2021/2022

2. Auflage 2022

**Force Majeure -
Vertragsrechtliche Handlungsoptionen bei unvorher-
gesehenen Marktverwerfungen und
(Sonder-)Preisanpassungsrecht bei verminderten
Gasimporten (§ 24 EnSiG)**

ARBEITSHILFE FÜR DEN BDEW
Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft e.V.

Der Ukrainekrieg stellt die Europäische Gemeinschaft vor enorme Herausforderungen, zum einen und in erster Linie natürlich wegen der damit verbundenen humanitären Katastrophe, zum anderen aber auch mit Blick auf die Energieversorgung. Letzteres gilt für Deutschland in besonderem Maße, stammen doch noch knapp 40 % aller deutschen Erdgaseinfuhren aus russischen Quellen.

Eine Beschränkung, erst recht natürlich ein Totalausfall, russischer Gaslieferungen, aber auch schon die im Vorfeld einer solchen Situation auftretenden Marktverwerfungen, treffen Energievertriebsunternehmen in besonderem Maße. Sie stehen – je nach Marktrolle – unmittelbar zwischen russischen Exporteuren und in Deutschland ansässigen Kunden oder sind hinsichtlich der Erfüllung ihrer Absatzverpflichtungen mittelbar von russischem Gas abhängig, weil sie entweder ihrerseits von einem Importeur russischen Gases beliefert werden oder Gas auf dem Handelsmarkt beziehen, das aus Russland stammt. Dementsprechend stellt sich für alle Vertriebsunternehmen unabhängig von ihrer Marktrolle die Frage, ob und inwieweit sie sich bei einem Ausfall oder einer Beschränkung russischer Gaslieferungen auf „Force Majeure“ berufen können und welche weiteren vertragsrechtlichen Handlungsoptionen bestehen. Sie betrifft zudem nicht nur das Absatz-, sondern auch das Vorlieferantenverhältnis. Wenn wir im Rahmen dieser Ausarbeitung gleichwohl nur auf die Absatzseite eingehen, dann nur, weil die Vorlieferantenseite immer auch eine Absatzseitenkomponente hat, nämlich die des Vorlieferanten.

Unsere Ausführungen beschreiben in abstrakt-genereller Art und Weise die Handlungsoptionen von Energievertriebsunternehmen. Hierzu werden die verschiedenen Rechtsinstitute, vertraglicher und gesetzlicher Art, analysiert und im Hinblick auf eine interessengerechte Lösung der aus der aktuellen Energiekrise folgenden Herausforderungen bewertet. Sofern auf (kursiv hervorgehobene) Einzelfragen eingegangen wird, erfolgt dies in Anknüpfung an das vom BDEW zu diesem Thema am 25. März 2022 veranstaltete Webinar.

Neben den vertragsrechtlichen Handlungsoptionen stehen diejenigen, die der Gesetzgeber für Energievertriebsunternehmen speziell für den Krisenfall geschaffen hat. Angesprochen ist damit in erster Linie das (Sonder-)Preisanpassungsrecht nach § 24 Energiesicherungsgesetz (EnSiG). Mit ihm will der Gesetzgeber im Fall erheblicher Reduzierung der Gasimportmengen nach Deutschland kaskadenartige Auswirkungen auf den gesamten Markt verhindern. Sowohl der Anlass als auch das Ziel des mit dieser Sonderregelung verbundenen beherzten Eingreifens des Gesetzgebers erfordern eine vertiefte Befassung mit der Reichweite und den Konsequenzen des außerordentlichen gesetzlichen Preisanpassungsrechts.

Unseren Darlegungen im Einzelnen stellen wir die folgende Übersicht voran:

A. Sachverhalt.....	4
I. Gaswirtschaftliche Ausgangslage	5
II. Szenarien für die rechtliche Bewertung	7
III. Fragestellungen.....	7
IV. Novellierung des Energiesicherungsgesetzes	8
B. Rechtliche Würdigung	10
I. Das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 8. Februar 1978 betreffend Heizöllieferungen während der 1. Ölkrise 1973.....	11

1. Sachverhalt	11
2. Ergebnis und Begründung des Bundesgerichtshofs.....	11
3. Schlussfolgerungen für die Bewertung von Mangellagen.....	12
II. Energiekrise 2021/2022: Vertragsrechtliche Handlungsoptionen	13
1. Szenario 1: (Außergewöhnlich) hohes Preisniveau (ohne Mengenausfall)	13
a) Frage 1: Entfällt die Leistungspflicht des Lieferanten aufgrund höherer Gewalt?	13
b) Frage 2: Entfällt die Leistungspflicht des Lieferanten aufgrund Unmöglichkeit und steht die wirtschaftliche Unmöglichkeit der naturgesetzlichen Unmöglichkeit gleich?	14
aa) Allgemeines zum Ausschluss der Leistungspflicht bei Unmöglichkeit.....	14
bb) Die Behandlung der sog. wirtschaftlichen Unmöglichkeit	15
cc) Führt Szenario 1 der Energiekrise 2021/2022 zu einer Leistungsbefreiung bzw. einem Leistungsverweigerungsrecht wegen Unmöglichkeit?	16
c) Frage 3: Ist die Beschaffungspflicht des Lieferanten begrenzt?	16
aa) Allgemeines zur Begrenzung der Beschaffungspflicht eines Gattungsschuldners... ..	16
bb) Begrenzungen der Beschaffungspflicht des Lieferanten durch Preisanpassungsklauseln und Kündigungsrechte im Kontext der Energiekrise 2021/2022	19
cc) Voraussetzungen einer Begrenzung der Beschaffungspflicht eines Gattungsschuldners nach der Muster-Wirtschaftsklausel und nach § 313 BGB	20
(1) Voraussetzungen der Muster-Wirtschaftsklausel	20
(2) Voraussetzungen von § 313 BGB	21
dd) Liegen aufgrund der Energiekrise 2021/2022 die Voraussetzungen für eine Begrenzung der Beschaffungspflicht eines Gaslieferanten vor?	23
(1) Zur Unvorhersehbarkeit des (außergewöhnlichen) Preisanstiegs ab Herbst 2021	23
(2) Zur Unzumutbarkeit des (außergewöhnlichen) Preisanstiegs ab Herbst 2021	24
(3) Zwischenergebnis	25
d) Frage 4: Besteht ein Anspruch des Lieferanten auf Vertragsanpassung?.....	25
e) Frage 5: Besteht zugunsten des Lieferanten ein Kündigungsrecht?	26
aa) Kündigungsrecht nach § 314 BGB.....	27
bb) Kündigungsrecht nach § 313 Abs. 3 BGB	27
2. Szenario 2: Gasmangellage aufgrund partiellen Mengenausfalls	27
a) Frage 1: Entfällt die Leistungspflicht des Lieferanten aufgrund höherer Gewalt?	28
b) Frage 2: Entfällt die Leistungspflicht des Lieferanten aufgrund Unmöglichkeit?	30
c) Sonderproblem: Repartierung und Verteilungsmaßstäbe	30
d) Frage 3: Ist die Beschaffungspflicht des Lieferanten begrenzt?	32
e) Frage 4: Besteht ein Anspruch des Lieferanten auf Vertragsanpassung?.....	33
f) Frage 5: Besteht zugunsten des Lieferanten ein Kündigungsrecht?	33
3. Szenario 3: Notsituation mit größerem Mengenausfall und Gefährdung für Versorgungssicherheit	34
a) Frage 1: Entfällt die Leistungspflicht des Lieferanten aufgrund höherer Gewalt?	34

b) Frage 2: Entfällt die Leistungspflicht des Lieferanten aufgrund Unmöglichkeit?	34
c) Frage 3: Ist die Beschaffungspflicht des Lieferanten begrenzt?	35
d) Frage 4: Besteht ein Anspruch des Lieferanten auf Vertragsanpassung?	35
e) Frage 5: Besteht zugunsten des Lieferanten ein Kündigungsrecht?	35
III. § 24 EnSiG: Außerordentliches gesetzliches Preisanpassungsrecht für Energieversorgungsunternehmen bei erheblich reduzierten Gasimporten	35
1. Entstehungsgeschichte und Zweck der Regelung	36
2. Anwendungsbereich des (Sonder-)Preisanpassungsrechts	37
a) Personeller Anwendungsbereich	37
b) Zeitlicher Anwendungsbereich	38
c) Anwendbarkeit auf Handelsverträge	38
3. Umfang des Preisanpassungsrechts	39
4. Verhältnis zu vertraglichen Preisanpassungsregelungen und vertraglich vereinbarten Zahlungsmodalitäten	42
a) Vertragliche Preisanpassungsregelungen sind ausgesetzt	42
b) Vertragliche Fälligkeits- und/oder Zahlungsmodalitäten bleiben unberührt	43
5. Mitteilungs- und Begründungspflichten im Vorfeld von Preisanpassungen	43
a) Form der Mitteilung	44
b) Unterrichtsfrist und Wirksamwerden von Preisanpassungen gegenüber Letztverbrauchern	44
c) Unterrichtsfrist und Wirksamwerden von Preisanpassungen gegenüber nichtletzverbrauchenden Kunden	44
6. Mitteilungspflichten gegenüber der BNetzA	45
7. (Gegen-)Rechte des Kunden	45
a) Außerordentliches Kündigungsrecht	46
b) Kontrollrechte in Bezug auf die Preishöhe	46
8. Fazit	48
C. Schlussfolgerungen für die (vertragsrechtliche) Risikovorsorge	48
D. Weitergehender Unterstützungsbedarf	49

Hinweis: Die nachfolgenden rechtlichen Erwägungen vermögen Rechtsrat im Einzelfall nicht zu ersetzen. Auch die Schlussfolgerungen für die (vertragsrechtliche) Risikovorsorge sind nicht auf einen konkreten Sachverhalt bezogen. Sie verstehen sich ausdrücklich und lediglich als generelle Checkliste.

A. Sachverhalt

Anknüpfend an die Beschreibung der gaswirtschaftlichen Ausgangslage (dazu I.) bilden wir, damit die rechtliche Würdigung nicht auf abstrakt-generelle Ausführungen begrenzt bleibt, drei Szenarien. Sie stehen exemplarisch für die Eskalationsstufen der Energiekrise 2021/2022 (dazu II.). Für jedes dieser Szenarien erfolgt im Anschluss die Beantwortung von fünf Fragen, woraus sich die (vertragsrechtlichen) Handlungsoptionen der Vertriebsunternehmen ergeben (dazu III.). Ergänzt

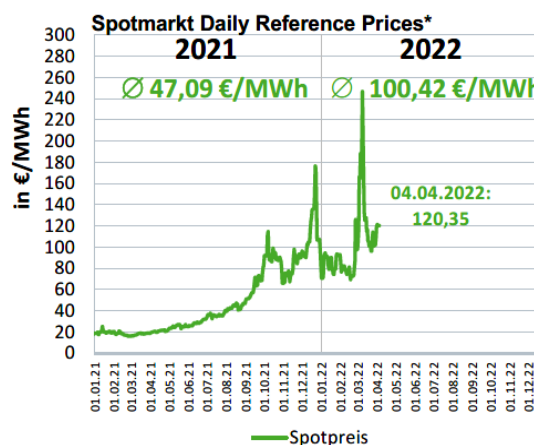
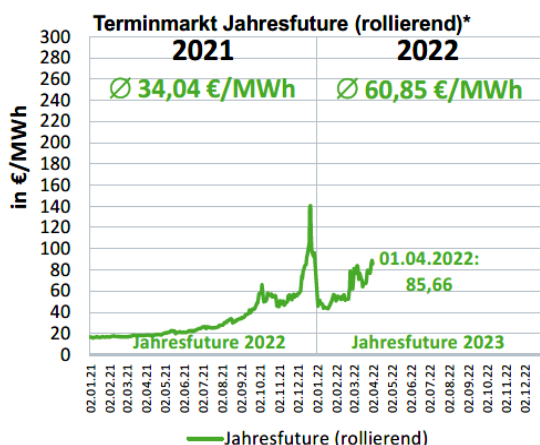
werden diese Optionen durch die Novellierung des Energiesicherungsgesetzes, das in § 24 nunmehr ein spezielles, an eine erhebliche Reduzierung der Gesamtgasimportmengen nach Deutschland anknüpfendes Preisanpassungsrecht für Energieversorgungsunternehmen enthält (dazu IV).

I. Gaswirtschaftliche Ausgangslage

Bereits im Herbst 2021 sind die Gashandelspreise stark gestiegen. Russische Exporteure haben zwar noch ihre langfristigen Lieferverpflichtungen erfüllt, aber auf den Großhandelsmärkten – anders als üblich – keine zusätzlichen Mengen mehr angeboten. In welchem Umfang die Preise gestiegen sind, zeigt die folgende, vom BDEW erstellte Abbildung 1:

Preisentwicklung Erdgas Großhandel

01.01.2021 – 01.04.2022 (Terminmarkt); – 04.04.2022 (Spotmarkt)



Quelle: EEX

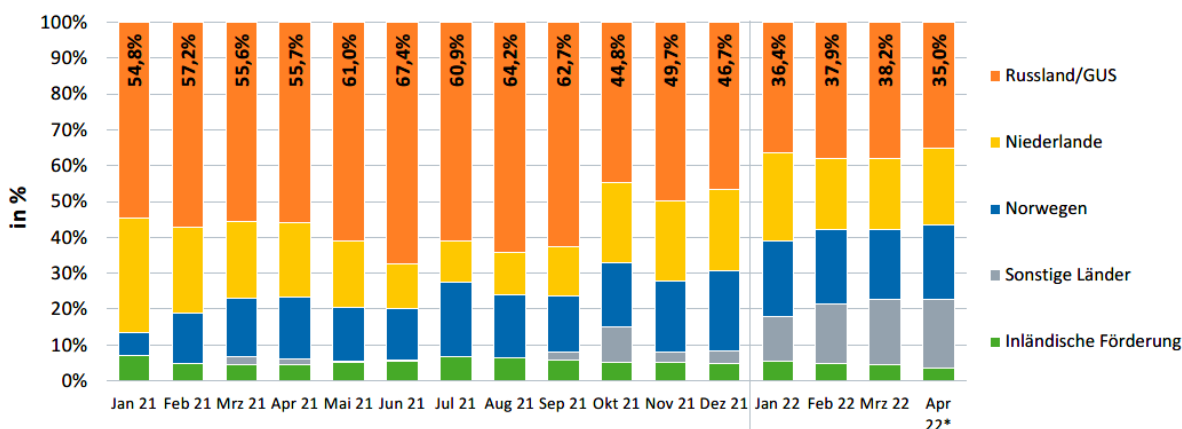
* Mittelwerte aus Preisen der Marktgebiete von Gaspool und NCG, ab Oktober 2021 THE

Ersichtlich ist neben dem Preisanstieg im vierten Quartal 2021, mit der Preisspitze Ende Dezember 2021, dass sich seit dem Beginn des Ukraine-Kriegs die Situation weiter verschärft hat. Spätestens seit der Ankündigung von russischer Seite am 7. März 2022, dass auch Lieferbeschränkungen eine realistische Reaktion auf von westlicher Seite verhängte Sanktionen darstellen, sind auch Lieferbeschränkungen bis hin zu einem Totalausfall russischer Gaslieferungen ein realistisches Risiko. Seit Ende März 2022 gilt dies in besonderem Maße, weil die Ankündigung des russischen Präsidenten, dass Gaslieferungen ab April 2022 nur noch in Rubel zu bezahlen sind und die daraufhin vom Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) am 30. März 2022 ausgerufene Frühwarnstufe des Notfallplans Gas¹ in breiter Öffentlichkeit diskutiert werden.

¹ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Notfallplan Gas für die Bundesrepublik Deutschland gem. Art. 8 der Verordnung (EU) 2017/1938 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2017 über Maßnahmen zur Gewährleistung der sicheren Gasversorgung und Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 994(2010), 1. September 2019, abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/M-O/notfallplan-gas-bundesrepublik-deutschland.pdf?__blob=publicationFile&v=9 (zuletzt abgerufen am 12. April 2022).

Würden die russischen Erdgaslieferungen tatsächlich beschränkt oder ganz ausfallen, wäre Deutschland in besonderem Maße betroffen. Gut die Hälfte aller deutschen Erdgasimporte stammte lange Zeit aus Russland. Die weiteren Hauptlieferanten sind Norwegen und die Niederlande. Wenngleich aufgrund kurzfristiger Ausweitung der Liefermengen aus nichtrussischen Quellen der Importanteil russischen Gases im ersten Quartal 2022 auf etwa 40% gesunken ist, so ist Deutschland innerhalb der Europäischen Union mit 56,3 Mrd. m³ doch nach wie vor der größte Importeur von russischem Erdgas². Abbildung 2 enthält bezogen auf den Zeitraum ab Januar 2021 Angaben zur Herkunft des in Deutschland verbrauchten Erdgases:

Herkunft des in Deutschland verbrauchten Erdgases



Quelle: ENTSOG, eigene Berechnungen BDEW

* Monat unvollständig

Kurzfristig könnten nach Berechnungen des BDEW zwar etwa 50% des russischen Erdgases eingespart und/oder substituiert werden, massive Versorgungsprobleme ließen sich trotzdem nicht vermeiden. Noch nicht einmal die Sicherungsmechanismen, die explizit für Notfälle vorgesehen sind, könnten dies verhindern. Nur Standardlastprofilkunden, im Wesentlichen also Haushaltskunden, und Kunden aus dem Bereich grundlegender sozialer Dienste stehen vermittels § 53a EnWG unter besonderem Schutz. Auf sie entfällt knapp die Hälfte am deutschen Gasverbrauch³, weswegen der auf sie entfallende Bedarf die untere Grenze des (jährlichen) Gasbedarfs markiert, der auch im Fall eines Ausfalls russischer Gaslieferungen prioritär sicherzustellen ist. Alle nicht privilegierten Kunden, vor allem aus dem Industrie- und Gewerbetendensegment, müssen mit Versorgungsunterbrechungen und damit einhergehend mit Produktionseinschränkungen, Betriebsstilllegungen und Unterbrechungen von Lieferketten rechnen.

² Bezogen auf das Jahr 2020, siehe: Statistical Review of World Energy 2021.

³ Bezogen auf 2021: 49% (entspricht 494 Mrd. kWh).

Dieses Risiko ist aller Voraussicht nach auch kein ausschließlich kurzfristiges. Zum einen ist derzeit nicht von einer alsbaldigen Beendigung der kriegerischen Auseinandersetzungen in der Ukraine auszugehen. Zum anderen bedarf der jüngst beschlossene Maßnahmenkatalog zur stärkeren Unabhängigkeit Deutschlands von russischen Gaslieferungen der infrastrukturellen, organisatorischen und (vertrags-)rechtlichen Umsetzung.

II. Szenarien für die rechtliche Bewertung

Diese gaswirtschaftliche Ausgangslage legt entsprechend dem Grad der Gefährdung der Versorgungssicherheit drei verschiedene Szenarien nahe:

- Szenario 1 ist durch ein (außergewöhnlich) hohes Preisniveau gekennzeichnet, ohne dass es bereits zu einem Mengenausfall kommt,
- Szenario 2 beschreibt eine Situation, in der es partiell zu einem Mengenausfall kommt, wobei allerdings danach zu differenzieren ist, ob dem betroffenen Vertriebsunternehmen eine Ersatzbeschaffung am Markt möglich ist oder diese Möglichkeit nicht besteht, und
- Szenario 3 ist dasjenige einer akuten Notsituation, in der nicht nur ein größerer Mengenausfall zu verzeichnen ist, sondern auch die Versorgungssicherheit massiv beeinträchtigt ist.

Naturgemäß ist mit einer solchen Szenariobildung eine Schematisierung verbunden, die einer Berücksichtigung einzelner Sachverhaltsdetails entgegensteht. Insbesondere in den Szenarien 2 und 3 wird es im Einzelfall auch darauf ankommen, aus welchem konkreten Grund eine Ersatzbeschaffung unmöglich ist.

III. Fragestellungen

Für jedes dieser Szenarien stellen sich mit Blick auf die Handlungsoptionen für Gaslieferanten folgende fünf Fragen:

1. Entfällt die Leistungspflicht des Lieferanten aufgrund höherer Gewalt?
2. Entfällt die Leistungspflicht des Lieferanten aufgrund Unmöglichkeit und steht die wirtschaftliche Unmöglichkeit der naturgesetzlichen Unmöglichkeit gleich?
3. Ist die Beschaffungspflicht des Lieferanten begrenzt?
4. Besteht ein Anspruch des Lieferanten auf Vertragsanpassung?
5. Besteht zugunsten des Lieferanten ein Kündigungsrecht?

Für die Beantwortung dieser Fragen kommt es maßgeblich auf den Inhalt der vertraglichen Vereinbarungen an. Insofern knüpft unsere Bewertung an folgende zwei Musterklauseln an, die erste zur höheren Gewalt und die zweite zum Umgang mit Umstandsänderungen (sog. Wirtschaftsklausel).

Musterklausel höhere Gewalt:

„Soweit eine Partei in Folge Höherer Gewalt gemäß Absatz (2) an der Erfüllung ihrer Pflichten gehindert ist, wird sie von diesen Pflichten befreit. Die andere Partei wird soweit und solange von ihren Gegenleistungspflichten befreit, wie die Partei aufgrund von Höherer Gewalt an der Erfüllung ihrer Pflichten gehindert ist.

Höhere Gewalt ist ein von außen kommendes, nicht voraussehbares und auch durch Anwendung vernünftigerweise zu erwartender Sorgfalt und technisch und wirtschaftlich zumutbarer Mittel nicht abwendbares oder nicht rechtzeitig abwendbares Ereignis. Hierzu zählen insbesondere Naturkatastrophen, Pandemien, terroristische Angriffe, Stromausfall, Ausfall von Telekommunikationsverbindungen, Streik und Aussperrung, soweit die Aussperrung rechtmäßig ist, oder gesetzliche Bestimmungen oder Maßnahmen der Regierung oder von Gerichten oder Behörden (unabhängig von der Rechtmäßigkeit).

Die betroffene Partei hat die andere Partei unverzüglich zu benachrichtigen und über die Gründe der Höheren Gewalt und die voraussichtliche Dauer zu informieren. Sie wird sich bemühen, mit allen technisch möglichen und wirtschaftlich zumutbaren Mitteln dafür zu sorgen, dass die Voraussetzungen zur Erfüllung dieses Vertrages wiederhergestellt werden.

Nutzt eine Partei Dienstleistungen Dritter zur Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtungen, so gilt ein Ereignis, das für den Dritten Höhere Gewalt oder einen sonstigen Umstand im Sinne des Absatzes (2) darstellen würde, auch zugunsten dieser Partei als Höhere Gewalt.“

Muster Wirtschaftsklausel:

„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.“

IV. Novellierung des Energiesicherungsgesetzes

Am 22. Mai 2022 trat das Gesetz zur Änderung des Energiesicherungsgesetzes 1975 und anderer energiewirtschaftlicher Vorschriften (EnSiGuaÄndG) in Kraft. Es dient zusätzlich zu den Maßnahmen, die auf eine Reduzierung der Abhängigkeit Deutschlands von fossilen Importen aus Russland zielen, der Krisenvorsorge und Krisenbewältigung durch Anpassung des aus dem Jahr 1975 stammenden Energiesicherungsgesetzes. Insofern geht es vor allem um drei Aspekte: Einführung einer digitalen Plattform, um im Notfall die Lastverteilung effektiv steuern zu können, Einführung von Regelungen zur Treuhandverwaltung und Enteignung von Unternehmen der Kritischen Infrastruktur und um Preisanpassungsrechte bei erheblich verminderten Gasimporten.

Die Rechtsgrundlage für Preisanpassungsrechte bei erheblich verminderten Gasimporten ist § 24 EnSiG, der folgenden Wortlaut hat:

- „(1) *Hat die Bundesnetzagentur nach Ausrufung der Alarmstufe oder Notfallstufe nach Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe b und Artikel 11 Absatz 1 der Verordnung (EU) 2017/1938 in Verbindung mit dem Notfallplan Gas des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie vom September 2019, der auf der Internetseite des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz veröffentlicht ist, eine erhebliche Reduzierung der Gesamtgasimportmengen nach Deutschland festgestellt, haben alle hiervon betroffenen Energieversorgungsunternehmen entlang der Lieferkette das Recht, ihre Gaspreise gegenüber ihren Kunden auf ein angemessenes Niveau anzupassen. Eine Preisanpassung ist insbesondere dann nicht mehr angemessen, wenn sie die Mehrkosten einer Ersatzbeschaffung überschreitet, die dem jeweils betroffenen Energieversorgungsunternehmen aufgrund der Reduzierung der Gasimportmengen für das an den Kunden zu liefernde Gas entstehen.*
- (2) *Die Preisanpassung nach Absatz 1 Satz 1 ist dem Kunden rechtzeitig vor ihrem Eintritt mitzuteilen und zu begründen. Die Preisanpassung wird frühestens an dem Tag wirksam, der auf den Tag des Zugangs der mit der Begründung versehenen Mitteilung folgt. Bei einer Preisanpassung nach Absatz 1 Satz 1 hat der Kunde ein außerordentliches Kündigungsrecht, das nur unverzüglich nach Zugang der Preisanpassungsmitteilung ausgeübt werden kann. In der Preisanpassungsmitteilung ist auf das Kündigungsrecht nach Satz 3 hinzuweisen. Im Verhältnis zu Letztverbrauchern gilt § 41 Absatz 5 des Energiewirtschaftsgesetzes entsprechend mit der Maßgabe, dass die Unterrichtsfrist nach § 41 Absatz 5 Satz 2 des Energiewirtschaftsgesetzes gegenüber allen Letztverbrauchern eine Woche vor Eintritt der beabsichtigten Änderung beträgt. Für Verträge, bei denen Energieversorgungsunternehmen von dem in Absatz 1 vorgesehenen Preisanpassungsrecht Gebrauch machen, sind bis zur Aufhebung der Feststellung nach Absatz 1 Satz 1 vertraglich vereinbarte Preisanpassungsrechte ausgesetzt.*
- (3) *Die Feststellung nach Absatz 1 Satz 1 ist durch die Bundesnetzagentur unverzüglich aufzuheben, wenn eine erhebliche Reduzierung der Gesamtgasimportmengen nach Deutschland nicht mehr vorliegt, spätestens jedoch, wenn weder die Alarmstufe noch die Notfallstufe nach Artikel 8 Absatz 2 Buchstabe b und Artikel 11 Absatz 1 der Verordnung (EU) 2017/1938 in Verbindung mit dem Notfallplan Gas des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie vom September 2019 fortbestehen. Bis zur Aufhebung der Feststellung nach Absatz 1 Satz 1 hat der Kunde eines Energieversorgungsunternehmens, das gegenüber dem Kunden vom Recht auf Preisanpassung nach Absatz 1 Satz 1 Gebrauch gemacht hat, das Recht, alle zwei Monate ab Wirksamwerden der Preisanpassung nach Absatz 1 Satz 1 die Überprüfung und gegebenenfalls unverzügliche Anpassung des vertraglichen Preises auf ein angemessenes Niveau zu verlangen. Das Energieversorgungsunternehmen hat dem Kunden innerhalb einer Frist von zwei Wochen das Ergebnis der Prüfung und die Preisänderung mitzuteilen und diese zu begründen. Für die Angemessenheit nach Satz 2 gilt Absatz 1 Satz 2 entsprechend mit der Maßgabe, dass beim Energieversorgungsunternehmen eingetretene Kostensenkungen seit der Preisanpassung nach Absatz 1 Satz 2 zu berücksichtigen sind. Erfolgt auf ein Verlangen nach Satz 2 keine Anpassung, hat der Kunde das Recht, den Vertrag ohne Einhaltung einer Frist zu kündigen. In der Preisanpassungsmitteilung nach Absatz 2 Satz 1 ist auf das Recht nach Satz 2 und auf das Kündigungsrecht nach Satz 5 hinzuweisen. Die Sätze 2 bis 6 sind nach der*

Aufhebung der Feststellung nach Absatz 1 Satz 1 entsprechend anzuwenden mit der Maßgabe, dass vier Wochen nach Aufhebung der Feststellung nach Absatz 1 Satz 1 die Energieversorgungsunternehmen verpflichtet sind, den Preis auf ein angemessenes Niveau abzusenken. Wird weiterhin ein höherer Preis vorgesehen als der Preis, der vor der Preisanpassung nach Absatz 1 vereinbart war, muss das Energieversorgungsunternehmen dem Kunden die Angemessenheit dieses höheren Preises nachvollziehbar darlegen.

- (4) *Die Feststellung nach Absatz 1 Satz 1 und ihre Aufhebung sind im Bundesanzeiger bekanntzumachen.*
- (5) *§ 104 der Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2866), die zuletzt durch Artikel 35 des Gesetzes vom 10. August 2021 (BGBl. I S. 3436) geändert worden ist, bleibt unberührt.“*

§ 24 EnSiG wird durch eine Regelung zum Monitoring in § 25 EnSiG ergänzt. Diese Vorschrift sieht vor:

- „(1) *Die Bundesnetzagentur und das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz führen ein Monitoring über Preisanpassungen in dem Zeitraum, in dem Preisanpassungsrechte nach § 24 bestehen, durch. Für dieses Monitoring haben Energieversorgungsunternehmen der Bundesnetzagentur jegliche Preisanpassungen, die nach Feststellung der Bundesnetzagentur gemäß § 24 Absatz 1 Satz 1 oder aufgrund von deren Aufhebung erfolgen, elektronisch anzuzeigen. Die Anzeige über Inhalt und Umfang der Preisanpassung ist der Bundesnetzagentur innerhalb einer Woche nach erfolgter Anpassung zu übermitteln. Die Bundesnetzagentur übermittelt dem Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz auf Verlangen die erlangten Daten.*
- (2) *Die Bundesnetzagentur kann Vorgaben zu Inhalt und Format der zu übermittelnden Daten machen.*
- (3) *Die Bundesnetzagentur kann die erlangten Daten in aggregierter Form im Monitoringbericht nach § 35 des Energiewirtschaftsgesetzes veröffentlichen.“*

B. Rechtliche Würdigung

Einleitend erfolgt ein Rückblick auf die Ölkrise in den 1970er-Jahren. Schon in diesem Kontext stellten sich Fragen nach den vertragsrechtlichen Konsequenzen von Mangellagen, über die, wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung, der Bundesgerichtshof zu befinden hatte (dazu I.). Im Anschluss analysieren wir für die derzeitige Energiekrise die drei, zuvor unter A. II. beschriebenen Szenarien (dazu II.) und gehen auf das (Sonder-)Preisanpassungsrecht nach § 24 EnSiG ein (dazu III.).

I. Das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 8. Februar 1978 betreffend Heizöllieferungen während der 1. Ölkrise 1973

Der Rechtsstreit⁴ betraf die Schadensersatzforderung einer Gemeinde gegen ihre Heizöllieferantin, weil diese Mitte Oktober 1973 die Belieferung der Gemeinde nach Ausfall ihrer eigenen Vorlieferantin eingestellt hatte.

1. Sachverhalt

Die klagende Gemeinde hatte im Herbst 1972 ihren Heizölbedarf für das Jahr 1973 ausgeschrieben und der beklagten Lieferantin den Zuschlag erteilt. Vereinbart wurde auf der Grundlage dieses Zuschlags ein Festpreis. Die Lieferantin bezog das zur Belieferung der Gemeinde benötigte (leichte) Heizöl von einer Vorlieferantin, die Mitte des Jahres 1973 den (Vorlieferanten-)Vertrag mit der Beklagten kündigte.

Die beklagte Lieferantin teilte der Gemeinde daraufhin mit, dass sie die Belieferung zwar weiterhin übernehmen werde, allerdings nur zu deutlich höheren (Markt-)Preisen. Die Gemeinde widersprach dem Abschluss einer entsprechenden Änderungsvereinbarung und forderte Erfüllung des ursprünglich geschlossenen (Festpreis-)Vertrags. Das wiederum lehnte die Lieferantin ab. Mangels Einigung schrieb die Gemeinde im Oktober 1973 ihren Restbedarf für das Jahr 1973 neu aus und machte im Wege einer Teilklage die Hälfte der Differenz zwischen dem nun, auf der Grundlage der zweiten Ausschreibung zu zahlenden und dem ursprünglich mit der beklagten Lieferantin vereinbarten Preis als Schadenersatz bei dieser geltend.

2. Ergebnis und Begründung des Bundesgerichtshofs

Die Schadensersatzklage der Gemeinde hatte Erfolg. Der Bundesgerichtshof bestätigte die Vorinstanz und verneinte ein Recht der beklagten Lieferantin, sich wegen Wegfalls oder Änderung der Geschäftsgrundlage vom Ende 1972 geschlossenen Liefervertrag zu lösen und die Lieferungen an die klagende Gemeinde einzustellen.

Er betonte zunächst, dass die Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung zwar im Allgemeinen zur Geschäftsgrundlage eines Vertrags gehöre, dieser Grundsatz aber nicht gelte, wenn der Vertrag belegt, wie die Parteien die Veränderung bestimmter Umstände geregelt wissen wollten. Umstände, die nach dem Vertrag in den Risikobereich einer Partei fallen, gäben dieser kein Recht, sich auf einen Wegfall oder eine Änderung der Geschäftsgrundlage zu berufen. Aus der Vereinbarung eines Festpreises leitete er ab, dass die beklagte Lieferantin das (einseitige) Risiko von (Beschaffungs-)Preissteigerungen übernommen habe. Einschränkend und insofern abweichend vom Berufungsgericht, dem OLG Schleswig, betonte der Bundesgerichtshof, dass jedoch zweifelhaft sei, ob der Vereinbarung eines Festpreises tatsächlich die Bedeutung zukommt, dass die Lieferantin nicht nur das Risiko normaler Preisschwankungen, mit denen bei Vertragsschluss ohne Weiteres zu rechnen war, übernommen habe, sondern jedwedes Preisschwankungsrisiko, insbesondere auch dasjenige der weit über 100% hinausgehenden Preissteigerungen wegen der 1. Ölkrise im Jahr 1973.

⁴ BGH MDR 78, 658.

Die Beantwortung dieser Frage ließ er offen, weil er im Anschluss darlegte, dass der Lieferantin die weitere Belieferung der Gemeinde zu den ursprünglichen Konditionen zugemutet werden könne. Er betonte, dass ein mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbarendes Ergebnis nicht vorliege, wenn die betroffene Partei die Möglichkeit hatte, das für sie negative Ergebnis zu vermeiden. Wörtlich betonte er, dass

„das Berufungsgericht [...] zu Recht erwogen [habe], daß der Beklagten als Verkäuferin einer Gattungssache, die sie nicht hatte, sondern die sie sich erst beschaffen musste, besondere Anstrengungen hinsichtlich der Vertragserfüllung zuzumuten waren. Daraus hat es folgern können, dass die Beklagte im August 1973 das noch im Laufe dieses Jahres an die Klägerin zu liefernde Heizöl hätte einlagern müssen, weil ihr bereits im Juni 1973 die wesentlichen, die spätere Preisentwicklung auslösenden Faktoren bekannt waren. Die Beklagte musste sich daher darauf einrichten, durch Einlagerung von Heizöl die eintretenden Verluste möglichst gering zu halten. Ob dann eine andere Beurteilung gerechtfertigt wäre, wenn durch eine Einlagerung von Heizöl im August 1973 und die damit verbundenen Verluste der Beklagten deren Existenz gefährdet worden wäre, kann hier offenbleiben.“

Weitergehend ließ er offen, ob eine Äquivalenzstörung in jedem Fall beachtlich ist, wenn bei einem auf unbegrenzte Zeit eingegangenen Dauerschuldverhältnis die zur Erfüllung der Vertragsleistung notwendigen Aufwendungen das vereinbarte Entgelt dauerhaft und erheblich übersteigen. Er stellte insofern auf die nur noch kurze Restlaufzeit des Vertrags, nämlich zweieinhalb Monate, ab und verneinte Ansprüche wegen Änderung oder Wegfall der Geschäftsgrundlage bei in Bälde auslaufenden Verträgen.

Schließlich ließ der Bundesgerichtshof offen, ob der Schadensersatzanspruch der klagenden Gemeinde wegen Mitverschuldens zu kürzen war. Da er, wenn überhaupt, ein Mitverschulden der klagenden Gemeinde bei weniger als 50% verortete, hätte es an dem Erfolg der auf hälftigen Schadensersatz bezogenen (Teil-)Klage nichts geändert.

3. Schlussfolgerungen für die Bewertung von Mangellagen

Die Konsequenzen dieser Entscheidung für die rechtliche Bewertung von aufgrund Ausfalls eines Vorlieferanten eintretenden Mangellagen bei Gattungsschulden sind vorbehaltlich der Berücksichtigung der strukturellen Unterschiede zwischen dem Heizölmarkt der 1970er-Jahre und dem Gasmarkt aktuellen Zuschnitts sowie der Berücksichtigung der konkreten Marktposition und -rolle des Lieferanten folgende:

- Verkäuferrisiken können nur in dem Umfang auf den Käufer abgewälzt werden, wie dies vertraglich vereinbart ist. Fehlt es an einer entsprechenden Vereinbarung, so kommt als Grundlage einer Eingrenzung des Verkäuferrisikos nur § 313 BGB (Wegfall oder Störung der Geschäftsgrundlage) in Betracht.
- Ansprüche wegen Wegfalls oder Störung der Geschäftsgrundlage kommen zugunsten eines Lieferanten auch bei Gattungsschulden und im Rahmen von Festpreisverträgen in Betracht. Voraussetzung ist jedoch, dass die tatsächlich eingetretenen Preissteigerungen die normalen und üblichen Preisschwankungen deutlich übersteigen.

- Die Berufung auf einen Wegfall oder eine Störung der Geschäftsgrundlage scheidet mangels Unzumutbarkeit aus, wenn der Lieferant selbst Vorsorge gegen den Eintritt ihn negativ belastender Ergebnisse hätte treffen können.
- Ansprüche wegen Wegfalls oder Störung der Geschäftsgrundlage sind schwieriger zu begründen, wenn kein langfristiges Vertragsverhältnis betroffen ist, sondern die Belieferung des Kunden nur noch für eine kurze Zeit in Frage steht. Allerdings stehen im Rahmen einer Zumutbarkeitsprüfung die Intensität einer den Schuldner treffenden Belastung und ihre zeitliche Dauer in einem Abhängigkeitsverhältnis: je intensiver die Belastung, desto geringer sind die Anforderungen an deren zeitliche Dauer, und umgekehrt.

II. **Energiekrise 2021/2022: Vertragsrechtliche Handlungsoptionen**

Anknüpfend an diese grundsätzlichen Erkenntnisse des Bundesgerichtshofs zur Behandlung von Mangellagen untersuchen wir jetzt, welche Handlungsoptionen sich für Gaslieferanten aus dem Vorfeldszenario 1 (dazu 1.), dem Szenario 2 (dazu 2.) und dem Notfallszenario 3 (dazu 3.) ergeben.

1. **Szenario 1: (Außergewöhnlich) hohes Preisniveau (ohne Mengenausfall)**

Szenario 1 beschreibt ein Szenario im Vorfeld einer Gasmangellage, in dem zwar noch ausreichend Gas vorhanden ist, und zwar sowohl für den einzelnen Lieferanten als auch insgesamt, aber wegen der Sorge um eine echte Gasmangellage die Preise bereits (außergewöhnlich) stark gestiegen sind. Es betrifft wegen noch ausreichender Gasmengen⁵ (nur) Konstellationen, in denen der Lieferant auf eine (langfristige) Eindeckung bei einem Vorlieferanten verzichtet hat und zur Belieferung seiner Kunden (kurzfristig) Gas am Markt beschaffen muss.

a) **Frage 1: Entfällt die Leistungspflicht des Lieferanten aufgrund höherer Gewalt?**

Diese Frage erfasst die Reichweite der Musterklausel zur höheren Gewalt. Die Klausel sieht ausweislich ihres Satzes 1 des ersten Absatzes eine Befreiung von der vertraglichen Leistungspflicht vor, soweit die verpflichtete Partei aufgrund höherer Gewalt an der Erfüllung ihrer Pflichten gehindert ist. Die höhere Gewalt muss die verpflichtete Partei also, soll sie zum Leistungsausschluss führen, an der Leistungserbringung „hindern“.

Wie der Begriff der Hinderung auszulegen ist, richtet sich zunächst einmal danach, ob die höhere Gewalt-Klausel als Individualabrede oder als Allgemeine Geschäftsbedingung (AGB) vereinbart wurde. Im erstgenannten Fall gelten die klassischen Auslegungsgrundsätze, so dass zu ermitteln ist, was die Parteien tatsächlich gemeint haben⁶. Im letztgenannten Fall gelten sowohl im Verbraucherverkehr als auch im unternehmerischen Rechtsverkehr⁷ die abstrakt-generellen Auslegungsgrundsätze des AGB-Rechts, insbesondere der Grundsatz objektiver Auslegung. Er geht

⁵ Nicht erfasst sein soll der Fall, dass der Lieferant sich zwar eingedeckt hatte, auf diese Mengen aber etwa wegen Insolvenz seines Vorlieferanten, nicht (mehr) zugreifen kann. Diese Fälle werden für Zwecke dieser Ausarbeitung dem Szenario 2 zugeordnet.

⁶ Siehe § 133 BGB, der auch für die Auslegung von Verträgen heranzuziehen ist, *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Auflage 2021, § 133 Rn. 19.

⁷ BGH NJW 2014, 2708, 2710 Rn. 16.

zwar vom allgemeinen Wortlautverständnis des verwendeten Begriffs aus, stellt aber für die Ermittlung seines konkreten Regelungsgehalts auf das typische Verständnis der regelmäßig an einem entsprechenden Vertragsabschluss beteiligten Partner ohne spezifische juristische Kenntnisse ab⁸. Verbleiben (Auslegungs-)Zweifel, so gehen diese nach § 305 Abs. 2 BGB zu Lasten des Verwenders.

Ist – wie häufig – die höhere Gewalt-Klausel Bestandteil von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) des Lieferanten, so kommt es nach alledem für die Ermittlung des Regelungsgehalts der Klausel nicht darauf an, was die Parteien mit der konkreten Klausel bezweckt haben. Vielmehr ist das typisierte Verständnis von regelmäßig am Abschluss eines Energielieferungsvertrags beteiligten Partnern maßgeblich. Auf dieser Grundlage liegt nach unserem Verständnis insbesondere unter Berücksichtigung des Zwecks der Regelung, einen Ausschluss der Leistungspflichten zu begründen, eine Leistungsverhinderung nur vor, wenn die Erbringung der Leistung unmöglich ist. Konstellationen, in denen die Leistungserbringung zwar noch möglich, wenn auch erschwert ist, führen nicht zu einer Befreiung von der Leistungspflicht nach der als AGB verwendeten Musterklausel zur höheren Gewalt.

Frage: *Begründen ein Embargo oder ein Handelsstopp einen Fall höherer Gewalt, insbesondere wenn ein Markt zu über 50% von diesem Lieferland abhängig ist und damit die Ersatzbeschaffungspreise exorbitant steigen?*

Nein, auch in diesem Fall führt die Musterklausel, wenn sie als AGB verwendet wird, nicht zu einem (automatischen) Fortfall der Belieferungspflicht. Unabhängig von der Definition des Begriffs „höhere Gewalt“ sind nur solche Umstände relevant, die den Schuldner an der Erfüllung seiner Verpflichtung „hindern“. Hohe Preise allein, ebenso wie andere Leistungsschwererungen, hindern den Lieferanten nicht an der Belieferung seiner Kunden.

b) Frage 2: Entfällt die Leistungspflicht des Lieferanten aufgrund Unmöglichkeit und steht die wirtschaftliche Unmöglichkeit der naturgesetzlichen Unmöglichkeit gleich?

aa) Allgemeines zum Ausschluss der Leistungspflicht bei Unmöglichkeit

Grundlage einer Befreiung des Lieferanten von seiner Belieferungspflicht könnten neben der Musterklausel zur höheren Gewalt auch die Bestimmungen zur Unmöglichkeit in § 275 BGB sein. § 275 BGB differenziert zwischen Fällen, in denen die Leistungserbringung tatsächlich unmöglich ist,

§ 275 Abs. 1 BGB: *„Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist.“*

und denen, in denen die Leistungserbringung (nur) rein faktisch unmöglich ist,

§ 275 Abs. 2 BGB: *„Der Schuldner kann die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Bei der Bestimmung der dem Schuldner*

⁸ Siehe BGH NJW 2013, 291, 291 Rn. 16 mwN.

zuzumutenden Anstrengungen ist auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat.“

§ 275 Abs. 1 BGB regelt die klassische (naturgesetzliche oder rechtliche) Unmöglichkeit. Erfasst sind Fälle, in denen die Leistung selbst bei entsprechendem Willen des Schuldners nicht erbracht werden kann, weil dies naturgesetzlich ausgeschlossen ist oder die Rechtsordnung den Eintritt des Leistungserfolgs missbilligt. Liegt eine Unmöglichkeit iSv. § 275 Abs. 1 BGB vor, so ist der Anspruch des Gläubigers auf Leistung kraft Gesetzes ausgeschlossen.

Nach § 275 Abs. 2 BGB kann der Schuldner die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. § 275 Abs. 2 BGB erfasst Fälle der sog. faktischen Unmöglichkeit, also solche, in denen der Schuldner das Leistungshindernis zwar theoretisch überwinden, die Leistung aber vernünftigerweise von keinem Gläubiger gefordert werden kann, da der Aufwand im Verhältnis zur Leistung außerhalb jedweden nachvollziehbaren Interesses steht. Liegen die Voraussetzungen von Abs. 2 von § 275 BGB vor, so entfällt die Leistungspflicht nicht automatisch, sondern erst und nur, wenn sich der Schuldner hierauf beruft.

bb) Die Behandlung der sog. wirtschaftlichen Unmöglichkeit

Fälle der sog. wirtschaftlichen Unmöglichkeit erfasst § 275 BGB nach mittlerweile ganz herrschender Meinung nicht. Der Begriff der sog. wirtschaftlichen Unmöglichkeit wird verwendet, um Konstellationen zu beschreiben, in denen der Leistungsaufwand des Schuldners dergestalt angestiegen ist, dass die Erfüllung die wirtschaftlichen Möglichkeiten des Schuldners bzw. die Grenze der Zumutbarkeit übersteigt. Die Rechtsfolgen bei einer wirtschaftlichen Unmöglichkeit sind nicht dem Unmöglichkeitsrecht, sondern § 313 BGB zu entnehmen. Die wirtschaftliche Unmöglichkeit ist begrifflich eine Leistungerschwerung, welche die Voraussetzungen von § 313 Abs. 1 BGB erfüllt. Sie berührt mithin das Bestehen der Leistungspflicht des Schuldners nicht, sondern begründet allenfalls Anpassungsansprüche oder, wenn eine Vertragsanpassung nicht möglich oder einer Vertragspartei nicht zumutbar ist, gemäß § 313 Abs. 3 BGB ein Kündigungsrecht.

Abgrenzungsfragen ergeben sich zu § 275 Abs. 2 BGB, denn Fälle der Leistungerschwerung werden entweder nach dem – eng auszulegenden – § 275 Abs. 2 BGB oder § 313 BGB behandelt. Im Ausgangspunkt gilt für die Abgrenzung, dass eine Leistung faktisch iSv. § 275 Abs. 2 BGB unmöglich ist, wenn die Behebung des Leistungshindernisses zwar theoretisch möglich ist, aber von keinem vernünftigen Gläubiger ernsthaft erwartet wird, während ein Fall von § 313 BGB vorliegt, wenn die Leistung dem Schuldner nur unter Opfern und Aufwendungen möglich ist, die auf sich zu nehmen er nach Treu und Glauben nicht (mehr) verpflichtet ist.

Der wesentliche Unterschied zwischen § 275 Abs. 2 BGB und § 313 BGB besteht darin, dass § 313 BGB ausschließlich auf den unzumutbaren Aufwand für den Schuldner abstellt, während § 275 Abs. 2 BGB zusätzlich das Gläubigerinteresse an der Leistungserbringung im Blick hat. Die Abgrenzung zwischen § 275 Abs. 2 BGB und § 313 BGB wird dementsprechend überwiegend danach vorgenommen, ob das Gläubigerinteresse proportional zum Schuldneraufwand steigt oder nicht. Steigen Schuldneraufwand und Gläubigerinteresse proportional zueinander an – das

dürfte bei einer Erhöhung der (Beschaffungs-)Preise in aller Regel der Fall sein – ist § 313 BGB anwendbar. § 275 Abs. 2 BGB kommt hingegen zur Anwendung, wenn das Gläubigerinteresse in einem groben Missverhältnis zum Leistungserfolg steht⁹.

cc) Führt Szenario 1 der Energiekrise 2021/2022 zu einer Leistungsbefreiung bzw. einem Leistungsverweigerungsrecht wegen Unmöglichkeit?

Nach unserer Einschätzung wird der Lieferant im Szenario 1 nicht wegen Unmöglichkeit gemäß § 275 Abs. 1 BGB von seiner Leistungspflicht befreit. Die Erfüllung der ihm aus einem Absatzvertrag obliegenden Verpflichtung ist ohne Weiteres möglich, weil die zur Belieferung des Kunden benötigte Menge auf dem Handelsmarkt bezogen werden kann.

Das Szenario 1 der Energiekrise 2021/2022 begründet nach unserer Einschätzung auch kein Leistungsverweigerungsrecht der Lieferanten auf der Grundlage von § 275 Abs. 2 BGB. Es steht nicht lediglich eine Verschiebung des Leistungsinteresses des Gläubigers, hier also des Kunden, im Raum, sondern bewirkt mindestens zugleich auch eine das Schuldnerinteresse betreffende Verschiebung.

c) Frage 3: Ist die Beschaffungspflicht des Lieferanten begrenzt?

Selbst wenn die Leistungspflicht des Lieferanten einer Gattungsschuld nicht wegen höherer Gewalt oder Unmöglichkeit ausgeschlossen ist, besteht sie doch nicht grenzenlos (dazu aa)). Preisanpassungsklauseln und (vertragliche) Kündigungsregelungen (dazu bb)), aber auch sog. Wirtschaftsklauseln und das Rechtsinstitut des Wegfalls oder der Störung der Geschäftsgrundlage (dazu cc)) haben Einfluss auf die Reichweite der einen Gattungsschuldner treffenden Beschaffungspflichten. Insbesondere die beiden letztgenannten Instrumente können zu einer Begrenzung der Beschaffungspflicht eines Gaslieferanten im Rahmen der derzeitigen Energiekrise führen (dazu dd)).

aa) Allgemeines zur Begrenzung der Beschaffungspflicht eines Gattungsschuldners

Ausgangspunkt der hierauf bezogenen Überlegungen ist, dass die Verpflichtung des Lieferanten zur Gaslieferung eine Gattungsschuld im Sinne von § 243 BGB darstellt.

§ 243 BGB: „(1) Wer eine nur der Gattung nach bestimmte Sache schuldet, hat eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten.

(2) Hat der Schuldner das zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche getan, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf diese Sache.“

Erfüllung tritt entweder mit Übergabe des Gases am vertraglich vereinbarten (physischen) Übergabepunkt, d.h. dem Netzanschluss des Kunden, oder rein bilanziell mit Einstellung der vertraglich vereinbarten Mengen in den Bilanzkreis des Kunden bzw. den Subbilanzkreis des Lieferanten ein. Erst diese Übergabe oder diese Einstellung der Gasmengen in den jeweiligen Bilanzkreis führt zur Konkretisierung der Gattungsschuld gemäß § 243 Abs. 2 BGB und zum

⁹ Der Beispielsfall für § 275 Abs. 2 BGB ist der auf dem Meeresgrund liegende Ring, dessen Bergung kein vernünftiger Gläubiger fordern würde.

Gefahrübergang. Vorher trifft den Gattungsschuldner eine (verschuldensunabhängige) Beschaffungspflicht nach § 276 Abs. 1 S. 1 BGB.

§ 276 Abs. 1 S. 1 BGB: „Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos zu entnehmen ist.“

Diese Beschaffungspflicht gilt indes nicht unbegrenzt. Ein (originäres) Verkäuferrisiko übernimmt der Käufer zunächst, wenn eine entsprechende Abwälzung oder eine Eingrenzung des Verkäuferrisikos vertraglich vereinbart ist. Derartige (vertragliche) Risikobegrenzungen können sich in erster Linie aus Preisanpassungsklauseln, vertraglichen Kündigungsregelungen oder allgemein aus sog. Wirtschaftsklauseln ergeben:

- Preisanpassungsklauseln bewirken, dass die für die Lieferung einer Ware oder Erbringung einer Dienstleistung geschuldete Gegenleistung variabel ist, führen also bei einem auf Dauer angelegten Schuldverhältnis zu einem über die Zeit veränderlichen Preis. Entsprechen die Anpassungsparameter einer Preisanpassungsklausel ganz oder teilweise denjenigen, die für den Lieferanten auch im Vorlieferantenverhältnis maßgeblich sind, so führt diese Art der Vertragsgestaltung zur vollständigen bzw. anteiligen Abwälzung des (originär) den Verkäufer treffenden Preisrisikos auf den Käufer. Eine derartige Abwälzung schließt eine unzumutbare Belastung des Lieferanten, die ihrerseits Voraussetzung für eine Begrenzung seiner Beschaffungspflicht ist, aus.
- Auch aus vertraglichen Kündigungsregelungen können sich zugunsten von Lieferanten Begrenzungen des grundsätzlich von ihnen zu tragenden Beschaffungsrisikos ergeben. Erlaubt ihnen die Ausgestaltung des (Absatz-)Vertrags eine Vertragsbeendigung, so folgt daraus, dass sie nur bis zu eben dieser Grenze zur Leistungserbringung verpflichtet sind. Ist sie überschritten, steht es ihnen frei, statt der Leistungserbringung für die Vertragsbeendigung zu optieren. Machen sie von diesem Recht keinen Gebrauch, so ist dies ihre bewusste Entscheidung, die später nicht durch den Rückgriff auf eine Wirtschaftsklausel oder die Anwendung der Grundsätze des § 313 BGB revidiert werden kann.
- Angesprochen sind zudem sog. Wirtschaftsklauseln, weil ihnen zu entnehmen ist, was die Parteien als noch von der Risikoverteilung des zugrunde liegenden Vertrags erfasst angesehen haben und was hierüber hinausgeht. Wirtschaftsklauseln knüpfen typischerweise an die nachträgliche und schwerwiegende Änderung der dem Vertrag zugrunde liegenden technischen, wirtschaftlichen und/oder rechtlichen Verhältnisse an und ermöglichen eine Vertragsanpassung, sofern sich (erhebliche) Umstandsänderungen ergeben haben, die einen Vertragspartner unzumutbar belasten. Sind diese Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt, so besteht ein Anspruch des von den Umstandsänderungen belasteten Vertragspartners auf Anpassung der vertraglichen Absprachen. Im Kontext der hier aufgeworfenen Frage nach den Grenzen der Beschaffungspflicht folgt daraus, dass die Beschaffungspflicht des Lieferanten dort endet, wo die Wirtschaftsklausel einsetzt.

Weitergehend kann es zu einer Übernahme von grundsätzlich den Gaslieferanten treffenden Beschaffungsrisiken kommen, wenn sich dies aus normativen Vorgaben ergibt. Anknüpfungspunkt für derartige Beschränkungen ist in erster Linie der Wegfall oder die Störung der Geschäftsgrundlage des Vertrags gemäß § 313 BGB. Dahinter steht die Erwägung, dass § 276 Abs. 1 BGB als Grundlage der einen Gattungsschuldner treffenden Beschaffungspflicht atypische Beschaffungshindernisse nicht erfasst und nicht erfassen soll. Der Bundesgerichtshof hatte hierzu schon vor der Schuldrechtsreform 2002 wie folgt geurteilt:

„Der erkennende Senat hat sich im Urteil vom 12.7.1972 (NJW 1972, 1702) der „allgemeinen Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum“ angeschlossen, auch bei Gattungsschulden stehe die in § 279 BGB ausgesprochene Verpflichtung des Schuldners, für nachträgliches Unvermögen ohne Rücksicht auf ein Vertretenmüssen einzustehen, unter dem Vorbehalt des Grundsatzes von Treu und Glauben. Unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Unmöglichkeit oder demjenigen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage könne die Leistungspflicht des Schuldners aber allenfalls dann hinfällig werden, wenn die Beschaffung der Gattungssache so schwierig geworden sei, daß sie ihm nicht mehr zugemutet werden könne. [...] Anknüpfend an das zitierte Senatsurteil und drei grundlegende Entscheidungen des RG (RGZ 57, 116; 88, 172; 107, 156) kann als gesichert und praktisch handhabbar gelten, daß nach den Regeln, wie sie für den Wegfall der Geschäftsgrundlage entwickelt worden sind, die Haftung des Verkäufers aus § 279 BGB dann entfällt, wenn infolge nicht vorhersehbarer Umstände so erhebliche Leistungshindernisse eingetreten sind, daß dem Schuldner die Beschaffung nicht mehr zugemutet werden kann“¹⁰.

Für das Verhältnis von vertraglichen und gesetzlichen Anknüpfungspunkten für eine Beschränkung der Beschaffungspflicht des Lieferanten gilt dasjenige, was nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung allgemein für das Verhältnis der entsprechenden Rechtsinstitute zueinander gilt: Eine Anpassung vertraglicher Verpflichtungen an die tatsächlichen Umstände nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage kommt nicht in Betracht, wenn der Vertrag, dessen Inhalt durch (erläuternde oder ggf. ergänzende) Auslegung zu ermitteln ist, Regeln für die Leistungsstörung oder Umstandsänderung enthält¹¹.

Daraus folgt zum einen, dass Energielieferverträge – ebenso wie Verträge allgemein – vor einem Rückgriff auf § 313 BGB eigenständig daraufhin zu untersuchen sind, ob sie Anhaltspunkte für eine Begrenzung der Beschaffungspflicht des Lieferanten enthalten. Zum anderen folgt aus dem Vorrang vertraglicher Regelungen, dass vertragsimmanente Begrenzungen – jedenfalls dann, wenn sie als Individualabrede vereinbart sind – vorbehaltlich weniger streng auszulegen sind als gesetzliche Anknüpfungspunkte. Mit der vertragsrechtlichen Regelung wollen die Vertragspartner regelmäßig die Schwelle gegenüber dem Eingreifen gesetzlicher Institute absenken. Anderenfalls hätten die Parteien nur etwas vereinbart, was sich ohnehin aus dem Gesetz ergibt. Solche Redundanzen können – vorbehaltlich besonderer Anhaltspunkte – dem Vertragswillen nicht unterstellt werden.

¹⁰ BGH NJW 1994, 515, 516.

¹¹ Siehe BGH NJW-RR 1992, 182, 182.

bb) Begrenzungen der Beschaffungspflicht des Lieferanten durch Preisanpassungsklauseln und Kündigungsrechte im Kontext der Energiekrise 2021/2022

Insofern ist zwischen der Belieferung von Privatkunden und von Gewerbe- und Industriekunden sowie Weiterverteilern zu unterscheiden:

- Im Privatkundensegment erlauben Preisanpassungsklauseln den Lieferanten regelmäßig die Abwälzung von Kostensteigerungen an ihre Kunden. Sind diese Klauseln als einseitige Leistungsbestimmungsrechte im Sinne von § 315 Abs. 1 BGB ausgestaltet, so ermöglichen sie eine Weitergabe von Beschaffungskostensteigerungen, sofern und soweit die Kostensteigerungen unter Berücksichtigung des dem Energieversorgungsunternehmens zuzubilligenden unternehmerischen Entscheidungsspielraums nicht hätten vermieden werden können¹². Anders verhält es sich nur, wenn die entsprechenden Verträge keine auf die Weitergabe von Beschaffungskostensteigerungen bezogene Preisanpassungsklausel enthalten, es sich also um Verträge mit Preisgarantie handelt¹³.
- Außerhalb des Privatkundensegments gehen wir davon aus, dass Preisanpassungsklauseln nur in vereinzelt Fällen eine Abwälzung des Beschaffungsrisikos vom Lieferanten auf den Kunden ermöglichen. Nach den uns vorliegenden Informationen erlauben im Segment der Gewerbe- und Industriekunden sowie der Weiterverteilern nur wenige Absatzverträge die uneingeschränkte Weitergabe von (Bezugs-)Preissteigerungen der Lieferanten an ihre Kunden.

Frage: *Muss die Preisanpassung vor der Belieferung vereinbart werden?*

Ja, soll aus einer Preisanpassungsklausel auf eine Beschränkung des Lieferantenrisikos geschlossen werden, so muss sie zuvor vereinbart worden sein. Ist sie vereinbart, so kann der Verkäufer Beschaffungsrisiken genau in dem Umfang an seine Kunden weitergeben, wie die Preisanpassungsklausel reicht. Fehlt es an einer entsprechenden Vereinbarung, bleibt nur die Möglichkeit, über eine Vertragsanpassung zu einer (künftigen) Übernahme von Mehrkosten durch den Kunden zu kommen.

Für die Wirkungsweise und den Umfang einer auf eine Preisanpassungsklausel gestützten Preisanpassung kommt es maßgeblich auf deren Ausgestaltung an. Vollziehen sich die Anpassungen – wie bei einer Preisformel – automatisch, so bedarf es grundsätzlich keiner weiteren Handlung der Parteien. Beschaffungsrisiken kann der Verkäufer genau in dem Umfang an seine Kunden weitergeben, wie die Preisanpassungsklausel reicht. Bedarf es nach der zugrunde liegenden Preisanpassungsklausel einer Geltendmachung des Preisanpassungsanspruchs, so entscheidet die Auslegung des zugrunde liegenden Vertrags, ob eine rückwirkende Geltendmachung zulässig ist oder nicht.

¹² Siehe nur: BGH NJW 2009, 502, 506 Tz. 43.

¹³ Für diese Verträge stellen sich die nachfolgend unter cc), d) und e) diskutierten Fragen.

Frage: *Wie sind Verträge mit einer strukturierten Beschaffung einzuordnen, werden die Käufe von Teilmengen als einzelne Festpreisvereinbarungen gewertet?*

Ja, der auf der Grundlage einer sog. strukturierten Beschaffung geschlossene Vertrag ist ein Festpreisvertrag. Er setzt sich zwar aus zu verschiedenen Zeitpunkten eingeloggten (Teil-)Preisen zusammen, die aber jeweils für sich genommen und auch in Summe für den Lieferzeitraum unveränderlich sein sollen.

Entsprechendes gilt für Kündigungsregelungen. Auf das Überschreiten bestimmter Preissteigerungen im Vorlieferanten- oder Beschaffungsverhältnis bezogene Kündigungsregelungen in (Absatz-)Gaslieferungsverträgen mit Gewerbe- und Industriekunden sowie mit Weiterverteilern sind uns nicht bekannt.

cc) Voraussetzungen einer Begrenzung der Beschaffungspflicht eines Gattungsschuldners nach der Muster-Wirtschaftsklausel und nach § 313 BGB

Enthalten Gaslieferungsverträge keine Möglichkeiten zur Abwälzung von Marktpreissteigerungen auf den Kunden und vermitteln dem Lieferanten bei erheblichen Preissteigerungen auch kein Kündigungsrecht, so können sich Begrenzungen des Beschaffungsrisikos nur aus Wirtschaftsklauseln (dazu (1)) oder aus einem Rückgriff auf § 313 BGB (dazu (2)) ergeben.

(1) Voraussetzungen der Muster-Wirtschaftsklausel

Tatbestandlich knüpft die Muster-Wirtschaftsklausel an eine grundlegende Änderung der dem Vertrag zugrunde liegenden technischen, wirtschaftlichen oder rechtlichen Voraussetzungen an. Wann eine Änderung der technischen, wirtschaftlichen oder rechtlichen Verhältnisse, auf denen der zugrunde liegende Vertrag beruht, vorliegt, ist auf der Grundlage eines Vergleichs der im Zeitpunkt des Vertragsschlusses und der zum Anpassungstichtag maßgeblichen Verhältnisse zu ermitteln. Die so festgestellte Umstandsänderung muss zudem von „grundlegender“ Bedeutung sein¹⁴ und darf vom nachteilig betroffenen Vertragspartner nicht in zurechenbarer Art und Weise verursacht worden sein.

Ebenso wenig darf die Umstandsänderung vorhersehbar gewesen sein. Risiken, denen schon bei Vertragsschluss hätte begegnet werden können, können nicht zum Anlass für spätere Anpassungsbegehren genommen werden. Dementsprechend ist eine unvorhersehbare Umstandsänderung sowohl bei individueller als auch bei abstrakt-genereller Erkennbarkeit zu verneinen. Die individuelle Erkennbarkeit ist auf den Schuldner selbst bezogen und führt insbesondere zur Berücksichtigung etwaigen Sonderwissens. Die abstrakt-generelle Erkennbarkeit führt zu einer Verobjektivierung des Vorhersehbarkeitsmaßstabs, in dem sie danach fragt, ob die Parteien das Risiko bei Vertragsschluss vernünftigerweise im Blick haben mussten. Sie geht hingegen nicht so weit, dass sie jedes Risiko erfasst, auf welches irgendwann oder irgendwo schon einmal

¹⁴ Mit dieser Erheblichkeitsschwelle stellen die Vertragsparteien sicher, dass nicht jede noch so geringfügige Umstandsänderung die reibungslose Vertragsabwicklung durch die Aufnahme von Anpassungsverhandlungen beeinträchtigen kann. Feste Schwellen, die den Beginn der Wesentlichkeit definieren, werden nur selten vereinbart. Deshalb obliegt es dem Anspruchsteller darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, welches in Würdigung des konkreten Äquivalenzverhältnisses im betreffenden Vertrag und der sonstigen Vertragsumstände die Schwelle ist, oberhalb derer eine wesentliche Änderung zu bejahen ist.

hingewiesen wurde; eine nur theoretische Eintrittswahrscheinlichkeit genügt nicht. Stets geht es um die Erkennbarkeit konkreter Störungsfolgen.

Anpassungsansprüche scheiden ferner aus, wenn sich Risiken realisieren, die in die ausschließliche Risikosphäre eines Vertragspartners fallen¹⁵. Wirtschaftsklauseln vermögen nicht, vertragliche Risiken zu begründen, sondern knüpfen an die vertragliche Risikoverteilung an. Stammen die zum Anlass für ein Anpassungsbegehren genommenen Umstandsänderungen aus den einseitig vom Anspruchsteller übernommenen Risiken, so scheidet eine Berufung auf die Wirtschaftsklausel aus. Solches hat der Bundesgerichtshof etwa für eine Konstellation bejaht, in der individualvertraglich ein Festpreis und in AGB eine allgemeine Wirtschaftsklausel vereinbart wurde. Zur Begründung, weswegen Anpassungsansprüche in diesem Fall ausscheiden, stellte er darauf ab, dass individuelle Vereinbarungen den Parteiwillen regelmäßig stärker zur Geltung bringen als abstrakt-generelle Geschäftsbedingungen, weswegen aufgrund von Marktänderungen veranlasste Preisschwankungen zum unternehmerischen Risiko der benachteiligten Partei gehörten, das diese mit der Festpreisvereinbarung bewusst eingegangen ist¹⁶.

Schließlich ermöglicht die Muster-Wirtschaftsklausel eine Vertragsanpassung nur, wenn einer Partei infolge der Marktumstandsänderungen das Festhalten am ursprünglich Vereinbarten nicht mehr zugemutet werden kann. Unzumutbar ist die Vertragsfortführung, wenn es einer Partei nicht mehr möglich ist, mit dem Vertragspreis einen positiven Deckungsbeitrag zu erwirtschaften. Eine Gegenrechnung vergangener Gewinne mit künftigen Verlusten erfolgt grundsätzlich nicht. Allerdings ist eine unzumutbare Belastung nicht erst zu bejahen, wenn ein positiver Deckungsbeitrag des zugrunde liegenden Vertrags ausgeschlossen ist. Unzumutbarkeit ist vielmehr schon dann anzunehmen, wenn die Umstandsänderungen zu einer nach dem Vertragszweck und dem Willen der Parteien bei Vertragsschluss ungerechtfertigten Verschiebung des ursprünglich vereinbarten Äquivalenzverhältnisses von Leistung und Gegenleistung führen¹⁷.

(2) Voraussetzungen von § 313 BGB

§ 313 BGB erfasst Konstellationen, in denen sich die Geschäftsgrundlage eines Vertrags nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert hat und die Parteien den Vertrag nicht oder nur mit einem anderen Inhalt geschlossen hätten, wenn sie diese Veränderung bereits bei Vertragsschluss berücksichtigt hätten.

Als Geschäftsgrundlage kommen zum einen die bei Vertragsschluss bestehenden gemeinsamen Vorstellungen von dem Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände beider Parteien oder die dem Geschäftsgegner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei in Betracht, sog. subjektive Geschäftsgrundlage¹⁸. Geschäftsgrundlage sind jedoch auch diejenigen Umstände und Verhältnisse, deren Vorhandensein und Fortdauer objektiv erforderlich sind, damit der Vertrag im Sinne der Absichten beider Parteien noch als sinnvolle Regelung bestehen kann. Darunter versteht man die Erwartung der

¹⁵ BGH NJW 2013, 2745, 2748 Rn. 17.

¹⁶ BGH NJW 2013, 2745, 2747 Rn. 22.

¹⁷ Siehe BGH, Urteil vom 4. Juli 1979, VIII ZR 245/78, Rn. 33-juris; BGH NJW 2013, 2745, 2748 Rn. 17.

¹⁸ BGH NJW 2017, 2191, 2192 Rn. 18 mwN.

vertragschließenden Parteien, dass sich die grundlegenden politischen, wirtschaftlichen und sozialen Rahmenbedingungen eines Vertrags nicht etwa durch Revolution, Krieg, Vertreibung, Hyperinflation oder eine (Natur-)Katastrophe ändern, sog. große Geschäftsgrundlage¹⁹.

Indes löst nicht jede Störung der Geschäftsgrundlage ein Anpassungsrecht aus, erforderlich ist eine schwerwiegende²⁰ und unvorhersehbare Änderung, die auch nicht einseitig in den Risikobereich derjenigen Partei fällt, zu deren Gunsten die Berufung auf den Wegfall oder die Störung der Geschäftsgrundlage erfolgen soll²¹. Für das Kriterium der Unvorhersehbarkeit gilt im Wesentlichen das zuvor zur Muster-Wirtschaftsklausel Gesagte. Auch im Rahmen von § 313 BGB gilt deshalb, dass Risiken, denen schon bei Vertragsschluss hätte begegnet werden können, nicht zum Anlass für spätere Anpassungsbegehren genommen werden können. Im Hinblick auf Fälle der sog. großen Geschäftsgrundlage ist diese Vorhersehbarkeit in der Regel zu verneinen, zumal es für die Vorhersehbarkeit primär auch nicht auf das, den Wegfall oder die Störung der Geschäftsgrundlage auslösende Ereignis ankommt, sondern auf die daraus resultierenden Folgen.

Ob das Festhalten am Vertrag unzumutbar ist, wird durch eine umfassende Interessenabwägung unter Würdigung aller Umstände ermittelt²². Eine Vertragsanpassung ist nur zulässig, wenn dies zur Vermeidung eines untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbarenden und damit der betroffenen Partei nach Treu und Glauben nicht zuzumutenden Ergebnisses unabweislich erscheint²³. Dahinter steht die Überlegung, dass eine Abweichung vom ursprünglich Vereinbarten eine Durchbrechung des *pacta sunt servanda*-Grundsatzes darstellt und daher nur ausnahmsweise in Betracht kommt²⁴. Hieran hat der Bundesgerichtshof kürzlich in einem aktuellen Urteil zur Anpassung von gewerblichen Mietverträgen wegen Geschäftsschließungen im Rahmen der Covid-19-Pandemie angeknüpft²⁵. Er betont, dass für die Prüfung einer unzumutbaren Belastung, und zwar unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen beider Parteien, die Art und der Zweck des Vertrags, die Art der aufgetretenen Störung sowie ihre Dauer, der Grad der Verantwortung für die Störung, die Möglichkeit, die eingetretene Störung zu vermeiden, und die wirtschaftlichen Konsequenzen für die Parteien maßgeblich sind²⁶. In Bezug auf Letzteres wird nicht nur an den einzelnen Vertrag, dessen Geschäftsgrundlage entfallen oder gestört ist, angeknüpft, sondern an die Partei bzw. das Unternehmen insgesamt.

Frage: *Wie sind Konstellationen zu bewerten, in denen ein Geschäfts-/Industriekunde vorträgt, er könne die vereinbarte Gasmenge wegen kriegsbedingter Umsatzrückgänge nicht abnehmen, und in denen keine take or pay-Verpflichtung²⁷ begründet wurde?*

¹⁹ BGH NZBau 2022, 86, 90 Rn. 45.

²⁰ BGH NJW 2007, 1884, 1886 Rn. 17. Allgemein lässt sich sagen, dass eine Störung (nur dann) schwerwiegend ist, wenn nicht ernstlich zweifelhaft ist, dass zumindest eine der Parteien bei Kenntnis der Änderung den Vertrag nicht oder nur mit einem anderen Inhalt abgeschlossen hätte.

²¹ BGH NZBau 2022, 86, 90 Rn. 49.

²² BGH NJW-RR 2020, 523 Rn. 20 ff.

²³ BGH NJW 1958, 1772.

²⁴ OLG Hamm, Urteil vom 13. Dezember 2012, BeckRS 2013, 5764.

²⁵ Siehe BGH NZBau 2022, 86 Rn. 53 ff.

²⁶ Siehe auch: Jung, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB, 4. Auflage 2021, § 313 Rn. 67.

²⁷ Take-or-Pay-Klauseln begründen eine Zahlungsverpflichtung für eine mindestens und unbedingt abzurechnende Energiemenge. Konsequenz ihrer Vereinbarung ist, dass der Abnehmer die Bezahlung des Minimum Take, das üblicherweise bei 65–90% der Jahresvertragsmenge liegt, unabhängig davon schuldet, ob er diese Menge tatsächlich abnimmt oder

Diese Fälle sind spiegelbildlich zu den hier behandelten Konstellationen zu bewerten. Bis zur Grenze der Unzumutbarkeit trägt der Kunde das Verwendungsrisiko. Praktisch dürfte es sich für ihn jedoch nicht auswirken, denn der Lieferant kann die Minderabnahmen des Kunden jederzeit zu den deutlich höheren (aktuellen) Marktpreisen veräußern. Zu Streit kann es allenfalls kommen, wenn die Verteilung eines über den ursprünglichen Vertragspreis und eine angemessene Handlingfee hinausgehenden Erlöses betroffen ist.

dd) Liegen aufgrund der Energiekrise 2021/2022 die Voraussetzungen für eine Begrenzung der Beschaffungspflicht eines Gaslieferanten vor?

Ob hieran gemessen eine unvorhersehbare und das vertragliche Äquivalenzverhältnis unzumutbar verschiebende Umstandsänderung oder im Rahmen von § 313 BGB ein Wegfall oder eine Störung der Geschäftsgrundlage vorliegen, ist immer auch eine **Wertungsfrage**. Als solche entzieht sich ihre Beantwortung einer rechtssicheren Prognose. Je nachdem, welchen konkreten Prüfungsmaßstab – insbesondere im Hinblick auf die Unvorhersehbarkeit und die Unzumutbarkeit – das mit einer entsprechenden Auseinandersetzung befasste (Schieds-)Gericht seiner rechtlichen Bewertung zugrunde legt, erfolgt eine strenge oder weniger strenge Prüfung.

Wenn wir im Folgenden trotz dieser Unsicherheiten eine Subsumtion vornehmen, dann auf der Grundlage des zuvor unter cc) zugrunde gelegten Verständnisses des Unvorhersehbarkeitskriteriums (dazu (1)) und der dort ebenfalls beschriebenen Anforderungen an den Nachweis einer unzumutbaren Belastung (dazu 2)).

(1) Zur Unvorhersehbarkeit des (außergewöhnlichen) Preisanstiegs ab Herbst 2021

Für die Einstufung der Energiekrise 2021/2022 als unvorhersehbares Ereignis, im Szenario 1 beschränkt auf Preissteigerungen, kommt es auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses an:

- Liegt dieser vor Herbst 2021, so spricht uE. viel für die Annahme einer unvorhersehbaren Änderung. Zwar gilt im Allgemeinen, dass je volatiler die Marktentwicklung in der Vergangenheit war, desto eher wird man auch deutliche Preisänderungen und entsprechende Verschiebungen der Vertragsäquivalenz in Kauf nehmen müssen. Nach den uns vorliegenden Informationen war der Gasmarkt vor Herbst 2021 aber nicht von derart starken Preissteigerungen, wie nach diesem Zeitpunkt tatsächlich eingetreten, betroffen.
- Wurden Verträge hingegen erst nach dem starken Preisanstieg im Herbst 2021 geschlossen, so wird man nach unserer Einschätzung nicht mehr ohne Weiteres von unvorhersehbaren Umstandsänderungen sprechen oder die tatsächliche Ausgangssituation als einen, die Geschäftsgrundlage des betreffenden Gaslieferungsvertrags entfallen lassenden Umstand einordnen können. Der Preisanstieg war zwar noch nicht abgeschlossen, hatte aber bereits begonnen und es zeichnete sich zunehmend ab, dass er auch im Zusammenhang mit den Entwicklungen in der Ukraine stand. Insofern gilt, dass je früher die Verträge geschlossen wurden, desto eher kommt eine Unvorhersehbarkeit in Betracht, und umgekehrt.

(2) Zur Unzumutbarkeit des (außergewöhnlichen) Preisanstiegs ab Herbst 2021

Für die Prüfung der Unzumutbarkeit ist zwischen der Muster-Wirtschaftsklausel und § 313 BGB zu differenzieren:

- Im Rahmen der Muster-Wirtschaftsklausel bezieht sich die Unzumutbarkeitsprüfung auf die Verschiebung des vertraglichen Äquivalenzverhältnisses. Feste Schwellenwerte, oberhalb derer von einer unzumutbaren Verschiebung auszugehen ist, fehlen. Das beruht darauf, dass trotz Beschränkung auf das vertragliche Äquivalenzverhältnis eine umfassende Einzelfallprüfung vorzunehmen ist, in die neben der wirtschaftlichen Seite auch der Zweck des Vertrags, d.h. u.a. also die Angewiesenheit des Kunden auf die Belieferung, seine (Rest-)Laufzeit²⁸, aber auch die Frage, ob der Schuldner eine andere Kompensation, etwa seinerseits Ersatzansprüche²⁹, erhält, einzubeziehen ist. Allgemein gilt, dass sich die Unzumutbarkeitsprüfung jeder schematischen Bewertung entzieht. Generell gilt lediglich, dass sich die Schwere der Belastung und ihre zeitliche Dauer wechselseitig beeinflussen: eine starke, aber nur kurz andauernde Belastung kann sich ebenso auswirken wie eine weniger starke, dafür aber länger anhaltende Belastung. Dementsprechend liegt bei Abwicklung eines Vertrags über einen längeren Zeitraum mit „deutlichen“ Verlusten, die Annahme einer unzumutbaren Verschiebung des Äquivalenzverhältnisses nahe.
- Erfolgt die Prüfung einer unzumutbaren Belastung im Rahmen von § 313 BGB, so kommt ein Leistungsausschluss des Lieferanten wegen Überschreitung des von ihm übernommenen Beschaffungsrisikos grundsätzlich nur in Betracht, wenn die Nachbeschaffung von Erdgas dem Lieferanten unter Einbeziehung auch anderer Verträge und anderer Geschäftsbereiche insgesamt nicht zugemutet werden kann. Auch insofern kommt es u.a. auf den Zweck des Vertrags, seine (Rest-)Laufzeit und die Frage an, ob der Schuldner auf andere Art und Weise kompensiert wird. Allerdings zwingt nach unserem Dafürhalten das hohe Interesse der Allgemeinheit an der Aufrechterhaltung einer gesicherten Energieversorgung³⁰ zur Anerkennung einer abgesenkten Zumutbarkeitsschwelle im Energiesektor. Nicht erst eine Existenzgefährdung oder nahezu existenzgefährdende Nachteile vermögen eine Überschreitung der Unzumutbarkeitsschwelle zu rechtfertigen, sondern bereits schwerwiegende Nachteile. Nur so kann die Energieversorgung dauerhaft gesichert und gewährleistet werden.

²⁸ Je langfristiger ein Vertrag ausgestaltet ist, desto eher kommt die Annahme einer unzumutbaren Belastung in Betracht, und umgekehrt.

²⁹ Maßgeblich für die Berücksichtigung dieser Ersatzansprüche ist indes nicht lediglich die objektive Rechtslage, sondern auch der zur Durchsetzung dieser Ansprüche erforderliche Aufwand.

³⁰ Das Bundesverfassungsgericht hat schon mehrfach die überragende Bedeutung der Sicherung der Energieversorgung für das Gemeinwohl betont. Es bezeichnet die Sicherung der Energieversorgung durch geeignete Maßnahmen als öffentliche Aufgabe von größter Bedeutung und zählt die Energieversorgung zum Bereich der Daseinsvorsorge, auf die der Bürger zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz angewiesen ist. Ausreichende Energiemengen sind zudem Voraussetzung für die Funktionsfähigkeit der gesamten (Volks-)Wirtschaft, BVerfG NVwZ 2014, 211, 228 Rn. 287 mwN.

(3) Zwischenergebnis

Ja, die Beschaffungspflicht des Lieferanten kann begrenzt sein, je nachdem, wie der jeweilige Vertrag ausgestaltet ist, wann er geschlossen wurde und welche Maßnahmen dem Lieferanten zur Erfüllung seiner Belieferungspflicht zuzumuten sind.

Die grundsätzliche Übernahme des Beschaffungsrisikos durch den Lieferanten bedeutet nicht, dass alle Steigerungen der Einkaufspreise in den Risikobereich des Verkäufers fallen. Das gilt auch im Szenario 1, in dem der Lieferant bei Abschluss des entsprechenden Absatzvertrags aufgrund unterlassener Eindeckung im Vorlieferantenverhältnis bewusst ein Risikogeschäft eingegangen ist. Zwar sind in diesem Fall die Anforderungen an eine Begrenzung des Beschaffungsrisikos höher; stehen jedoch außergewöhnliche und unvorhersehbare Preissteigerungen im Raum, die den Lieferanten unzumutbar treffen, so ist er von seiner Beschaffungspflicht befreit. Die Prüfung der Unzumutbarkeit zwingt dabei zu einer umfassenden Einzelfallprüfung unter Einschluss aller Vor- und Nachteile für das betroffene Unternehmen³¹. Generell gilt, je schwerwiegender und langfristiger die Belastung für den im Einzelfall betroffenen Lieferanten ist, desto eher ist von einer unzumutbaren Belastung auszugehen.

Frage: *Gibt es hinsichtlich der Unzumutbarkeit einen festen Schwellenwert, etwa wenn sich die Beschaffungskosten verdoppeln?*

Nein, schon aufgrund der mit jeder Zumutbarkeitsprüfung verbundenen Notwendigkeit zu umfassender Einzelfallberücksichtigung sind schematisch anzuwendende Schwellen nicht vorhanden. Außerdem müssen in jedem Einzelfall die Fragen nach der Vorhersehbarkeit und der Risikoverteilung anhand der vertragsindividuellen Umstände beantwortet werden.

Frage: *Ist eine Unzumutbarkeit ausgeschlossen, wenn der Lieferant die Liefermenge rechtzeitig am Terminmarkt hätte eindecken können?*

Nicht zwingend. Zwar dürfte es im Gasmarkt der Üblichkeit entsprechen, sich vor verbindlichem Abschluss eines Gaslieferungsvertrags beschaffungsseitig abzusichern. Daraus wiederum ist zu schlussfolgern, dass der hierauf verzichtende Lieferant bei Abschluss des entsprechenden Absatzvertrags bewusst ein Risikogeschäft eingegangen ist; allerdings ist auch die damit verbundene Risikoübernahme nicht unbegrenzt.

d) Frage 4: Besteht ein Anspruch des Lieferanten auf Vertragsanpassung?

Zugunsten des Lieferanten kommen ferner Ansprüche auf Vertragsanpassung in Betracht. Die Anspruchsgrundlage könnte sich aus der Muster-Wirtschaftsklausel oder aus § 313 BGB ergeben. Damit entsprechen die im Rahmen der hier zu prüfenden Frage nach dem „Ob“ und dem Umfang von Vertragsanpassungsansprüchen zu untersuchenden Grundlagen jedoch denjenigen, die zuvor unter c) als Grundlage für die Begrenzung der Beschaffungspflicht eines Gaslieferanten herangezogen wurden. Das wiederum führt zu dem Schluss, dass wenn die

³¹ Seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Energiesicherungsgesetzes 1975 und anderer energiewirtschaftlicher Vorschriften (EnSiGuaÄndG) ist auch das (Sonder-)Preisanzpassungsrecht nach § 24 EnSiG im Rahmen dieser Prüfung zu berücksichtigen.

Beschaffungspflicht begrenzt ist, regelmäßig auch ein Anspruch auf Vertragsanpassung gegeben ist, und umgekehrt: ist sie nicht begrenzt, scheidet ein Anpassungsanspruch grundsätzlich aus³².

Auf der Grundlage der Muster-Wirtschaftsklausel kommt ein Anpassungsanspruch also insbesondere in Betracht, wenn sich die Lieferunterbrechung oder -beschränkung als unvorhersehbare und grundlegende Umstandsänderung darstellt, die den Lieferanten unzumutbar belastet und sich aus den individualvertraglichen Abreden auch kein Ausschluss der Wirtschaftsklausel ergibt³³. Kommen hieran gemessen Anpassungsansprüche in Betracht, so sind diese grundsätzlich nicht auf einzelne Regelungsaspekte des zugrunde liegenden Vertrags beschränkt. Anzupassen ist der Vertrag vielmehr so, wie dies zur angemessenen Wiederherstellung des vertraglich festgelegten Äquivalenzverhältnisses notwendig ist³⁴. Dazu können Preis- und Beendigungsmöglichkeiten, aber auch die Regelungen zu Über- und Unterschreitungsmengen gehören.

***Frage:** Bedeutet das, dass ich bei einem Festpreisvertrag mit Abschluss vor Herbst 2021 die hohen Preise für Bezüge am Spotmarkt und für Ausgleichsenergie weitergeben kann? Die entsprechende Kalkulation ist aufgrund der Preisentwicklung jedenfalls überholt.*

Nein, selbst wenn im Szenario 1 Anpassungsansprüche in Betracht kommen und auf dieser Grundlage auch die Preisvereinbarungen des zugrunde liegenden Vertrags angepasst werden können, führt der entsprechende Vertragsanpassungsanspruch des Lieferanten nur dann zu einer Kostenabwälzung auf den Kunden, wenn dies zur Wiederherstellung des angemessenen Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung notwendig ist.

Stehen Anpassungsansprüche auf der Grundlage von § 313 BGB in Frage, so kommen solche nur in Betracht, wenn die (hohen) Anforderungen an den Wegfall oder an eine Störung der Geschäftsgrundlage erfüllt sind. Insbesondere müsste der Lieferant ein – bezogen auf die wirtschaftlichen Konsequenzen des Gesamtunternehmens – mit Recht und Gerechtigkeit schlechterdings unvereinbares Ergebnis darlegen können. Ob diese Grenze in der hier betrachteten Konstellation überschritten ist, ist Tatfrage. Nach unserer Einschätzung ist dies jedoch nicht ausgeschlossen. Wir verweisen auf unsere Darlegungen oben unter c) dd).

e) Frage 5: Besteht zugunsten des Lieferanten ein Kündigungsrecht?

Außergewöhnliche Preissteigerungen auf der Beschaffungsebene führen schließlich zur Frage, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen der Lieferant zur Kündigung eines Absatzvertrags berechtigt ist. Als Grundlage eines entsprechenden Rechts kommen § 314 BGB, d.h. die Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses aus wichtigem Grund, (dazu aa)) oder § 313 Abs. 3 BGB (dazu bb)) in Betracht.

³² Für das Verhältnis beider Institute zueinander gilt, dass jede Beschränkung einer vertraglichen Leistungspflicht besonders gerechtfertigt werden muss, wenn sie aber vorliegt auch Rückwirkung entfaltet. Eine Vertragsanpassung wirkt hingegen grundsätzlich nur zukunftsbezogen, führt dann aber dazu, dass sich die Leistungspflicht (künftig) nur auf den angepassten Umfang beschränkt.

³³ Siehe oben BGH NJW 2013, 2745, 2748 Rn. 29.

³⁴ Siehe BGH NJW 2001, 1204, 1207.

aa) Kündigungsrecht nach § 314 BGB

Nach § 314 Abs. 1 S. 1 BGB kann jeder Vertragsteil ein Dauerschuldverhältnis aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. Ein „wichtiger Grund“ liegt nach § 314 Abs. 1 S. 2 BGB vor, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Diese Voraussetzungen liegen regelmäßig nicht vor, wenn die Vertragsstörung nach den vertraglichen Bestimmungen, dem Vertragszweck und den anzuwendenden gesetzlichen Bestimmungen in den Risikobereich des Kündigenden fällt³⁵. Umgekehrt gilt, dass ein Kündigungsrecht nach § 314 Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich nur in Betracht kommt, wenn der Anlass der Kündigung aus der Sphäre des Kündigungsgegners stammt³⁶.

Letzteres ist im Szenario 1 nicht der Fall. Die (außerordentlichen) Preissteigerungen auf dem Gasmarkt stammen nicht aus der Sphäre der Gaskunden.

bb) Kündigungsrecht nach § 313 Abs. 3 BGB

§ 313 Abs. 3 BGB knüpft an den Wegfall oder die Störung der Geschäftsgrundlage an und gewährt ein Kündigungsrecht, wenn die (vorrangig umzusetzende) Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem der Vertragspartner nicht zumutbar ist.

Sind also aufgrund Wegfalls oder Störung der Geschäftsgrundlage die tatbestandlichen Voraussetzungen von § 313 BGB gegeben, so wandelt sich der nach dieser Bestimmung grundsätzlich bestehende Anpassungsanspruch dann in ein Kündigungsrecht des Lieferanten um, wenn die Vertragsanpassung entweder unmöglich oder einem der Vertragspartner nicht zumutbar ist. Da im Szenario 1 als Reaktion auf die außergewöhnlichen Preissteigerungen stets eine Vertragsanpassung dergestalt in Frage kommt, dass die mit dem Kunden vereinbarten Preise auf das aktuelle Marktpreisniveau angehoben werden, kommt als Anlass für eine Kündigung des Absatzvertrags praktisch nur die Unzumutbarkeit auf Kundenseite in Betracht. Auch sie wiederum ist auf der Grundlage einer umfassenden Einzelfallprüfung zu ermitteln, liegt im Szenario 1 aber auch nicht fern, denn kein Kunde wird ohne Weiteres eine Vervielfachung seiner Gasbezugskosten verkraften können.

2. Szenario 2: Gasmangellage aufgrund partiellen Mengenausfalls

Szenario 2 betrifft Konstellationen mit partieller Gasmangellage. Gemeint sind Situationen, in denen es

- zu einem vollständigen oder partiellen Ausfall des Vorlieferanten kommt,

³⁵ BGH NJW 2016, 2652, 2655 Rn. 40.

³⁶ BGH NJW 2013, 2021, 2022 Rn. 17 mwN.

- Fernleitungsnetzbetreiber nach § 16 Abs. 2 EnWG und Verteilnetzbetreiber, soweit ihnen die Verantwortung für die Netzversorgungssicherheit obliegt, nach § 16a S. 1 iVm. § 16 Abs. 2 EnWG zu Notfallmaßnahmen berechtigt sind und
- eine Ersatzbeschaffung am Markt möglich, wenngleich unter Inkaufnahme deutlicher Preissteigerungen umsetzbar, ist (Alternative 1) oder aufgrund beschränkten Gasangebots unmöglich ist (Alternative 2).

Frage: *Steht einem Lieferstopp russischen Erdgases die Insolvenz eines Unternehmens wie der Wingas mit hohen Lieferanteilen russischen Gases gleich?*

Ja, Szenario 2 betrifft – anders als Szenario 1 – nicht nur eine Situation mit stark gestiegenen Marktpreisen, sondern eine solche, in der es weitergehend zu (partiellen) Lieferausfällen kommt. Worauf diese Ausfälle zurückzuführen sind, ob auf ein Embargo oder den Ausfall eines importierenden Großhändlers, ist im Ausgangspunkt unerheblich. Relevanz kommt diesem Aspekt jedoch beispielsweise für die Prüfung des Vorliegens höherer Gewalt zu, weil ein Embargo eine staatlich angeordnete Zwangsmaßnahme darstellt, eine Insolvenz von Wingas aber nicht staatlich, sondern unternehmerisch veranlasst wäre.

Ohne den folgenden Ausführungen vorzugreifen, soll vorab lediglich festgehalten werden, dass sich die rechtlichen Konsequenzen eines vollständigen oder partiellen Ausfalls des Vorlieferanten für die eigene Lieferverpflichtung eines Lieferanten nach den zugrunde liegenden Vereinbarungen im (Absatz-)Liefervertrag richten. Keinesfalls kann aus der Berufung auf höhere Gewalt, der Geltendmachung von Leistungsbefreiungstatbeständen oder -verweigerungsrechten oder der Geltendmachung von Anpassungsansprüchen im Vorlieferantenverhältnis gefolgert werden, dass entsprechende Rechte (automatisch) auch im Absatzverhältnis bestehen. Zum einen folgt aus der Geltendmachung entsprechender Rechte im Vorlieferantenverhältnis nicht, dass sie zu Recht geltend gemacht werden; zum anderen kann die Geltendmachung bestimmter Rechte im Vorlieferantenverhältnis auf entsprechender Vertragsgestaltung beruhen, während eine anders gelagerte Vertragssituation auf der Absatzstufe dies ausschließt.

a) Frage 1: Entfällt die Leistungspflicht des Lieferanten aufgrund höherer Gewalt?

Ob im Fall einer partiellen Mangellage die Leistungspflicht des Lieferanten wegen höherer Gewalt entfällt, richtet sich danach, ob eine Ersatzbeschaffung am Markt möglich ist oder nicht. Ist sie möglich, so gelten die Ausführungen oben zu Frage 1 im Szenario 1 entsprechend. Der Lieferant wird also, weil er an der Erfüllung seiner Lieferpflicht nicht im Sinne der AGB-Klausel zur höheren Gewalt gehindert ist, von seiner Lieferpflicht nicht befreit.

Anders fällt die Antwort aus, wenn der Lieferant die im Vorlieferantenverhältnis entfallenen Mengen nicht im Wege von Ersatzbeschaffungsgeschäften kompensieren kann. Insofern steht zunächst fest, dass der Lieferant tatsächlich an der Erfüllung seiner Lieferverpflichtung gehindert ist. Fraglich ist aber, ob dies aufgrund höherer Gewalt erfolgt ist und ob die entsprechende Klausel einer AGB-Kontrolle standhält.

Absatz 2 der Musterklausel definiert den Begriff „höhere Gewalt“ als ein von außen kommendes, nicht voraussehbares und auch durch Anwendung vernünftigerweise zu erwartender Sorgfalt und technisch und wirtschaftlich zumutbarer Mittel nicht abwendbares oder nicht rechtzeitig abwendbares Ereignis. Hierzu zählen insbesondere Naturkatastrophen, Pandemien, terroristische Angriffe, Stromausfall, Ausfall von Telekommunikationsverbindungen, Streik und Aussperrung, soweit die Aussperrung rechtmäßig ist, oder gesetzliche Bestimmungen oder Maßnahmen der Regierung oder von Gerichten oder Behörden (unabhängig von der Rechtmäßigkeit). Diese Definition entspricht dem – allerdings nicht ganz einheitlichen – Verständnis von höherer Gewalt in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Danach liegt

„höhere Gewalt [...] vor, wenn die Verhinderung auf Ereignissen beruht, die auch durch die äußerste, billigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht verhütet werden konnten. Schon das geringste Verschulden schließt höhere Gewalt aus.“³⁷,

während es teilweise auch heißt, es handele sich um

„ein betriebsfremdes von außen durch elementare Naturkräfte oder durch Handlungen dritter Personen herbeigeführtes Ereignis, das nach menschlicher Einsicht und Erfahrung unvorhersehbar ist, mit wirtschaftlich erträglichen Mitteln auch durch äußerste, nach der Sachlage vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht verhütet oder unschädlich gemacht werden kann und auch nicht wegen seiner Häufigkeit vom Betriebsunternehmen in Kauf zu nehmen ist.“³⁸

Hieran gemessen kann der Ausfall von Gasmengen im Vorlieferantenverhältnis nach unserer Einschätzung einen Fall höherer Gewalt darstellen. Er beschreibt, wenn der Ausfall vom Lieferanten nicht vorhergesehen werden konnte, ein von außen kommendes und die Risikosphäre des Lieferanten übersteigendes Ereignis, weil es über die am (Absatz-)Vertrag beteiligten Partner hinausgeht und vom Lieferanten auch durch Anwendung vernünftigerweise zu erwartender Sorgfalt und technisch und wirtschaftlich zumutbarer Mittel nicht abgewendet werden kann.

Frage: *Ändert sich etwas an dieser Einschätzung, wenn die höhere Gewalt Klausel – anders als Abs. 2 der Musterklausel – den Begriff der höheren Gewalt nicht definiert?*

Nein, denn Abs. 2 der Musterklausel greift auf, was nach höchstrichterlicher Rechtsprechung für das Verständnis des Begriffs „höhere Gewalt“ ohnehin gilt. Lediglich von der Definition des Bundesgerichtshofs (erheblich) abweichende Konkretisierungen des Begriffs der höheren Gewalt sind problematisch.

Einer AGB-Kontrolle hält die Musterklausel uE stand³⁹. Sie nimmt insbesondere Fälle zu vertretender Leistungshindernisse hinreichend deutlich aus, entspricht hinsichtlich des Sorgfaltsmaßstabs den Anforderungen des § 276 Abs. 2 BGB, betrifft nur den Ausschluss der Leistungspflicht und beschränkt Sekundärrechte nicht.

³⁷ BGH NJW 1973, 698, 700.

³⁸ BGH NJW-RR, 2008, 335, 336 Rn. 14.

³⁹ Siehe dazu auch BGH NJW-RR 2012, 1333.

b) Frage 2: Entfällt die Leistungspflicht des Lieferanten aufgrund Unmöglichkeit?

Ist eine Ersatzbeschaffung möglich, gelten die Ausführungen oben unter 1. b) auch im Szenario 2. Der Gaslieferant verkauft seinen Kunden typischerweise nicht Gas aus einer bestimmten Quelle oder einem bestimmten Vorrat, sondern aus seinem Gesamtbezugsportfolio. Es handelt sich um eine klassische Gattungsschuld mit einer entsprechenden Beschaffungspflicht⁴⁰. Diese Beschaffungspflicht erfasst auch Konstellationen, in denen die Nachbeschaffung teurer als die ursprünglich geplante Eindeckung ist, solange sie dem Lieferanten zumutbar ist.

Ist eine Ersatzbeschaffung hingegen nicht möglich, so steht fest, dass dem Lieferanten nicht genügend Gas zur Belieferung aller seiner Kunden zur Verfügung steht. Ihm ist eine Belieferung seiner Kunden im Umfang der Minderbezugsmenge unmöglich. § 275 Abs. 1 BGB befreit den Lieferanten in diesem Fall und im Umfang seines Unvermögens von seiner Leistungspflicht, § 326 Abs. 1 BGB den Kunden von dessen Gegenleistungspflicht.

c) Sonderproblem: Repartierung und Verteilungsmaßstäbe

Ist im Bezugsportfolio des Lieferanten nicht genügend Gas vorhanden, um den Bedarf aller Kunden zu decken, stellt sich die Frage nach dem Verteilungsmaßstab. Grundsätzlich gilt, dass der Schuldner in Situationen, in denen er nicht in der Lage ist, mit den vorhandenen Waren alle Verpflichtungen zu erfüllen, vertragsrechtlich nach dem Prioritätsprinzip (Zeitpunkt der Fälligkeit des Leistungsverlangens) darüber zu entscheiden hat, gegenüber welchem Gläubiger er die Leistung noch oder schon nicht mehr erbringt.

Allerdings kann den Schuldner abweichend vom Prioritätsprinzip eine sog. Repartierungspflicht treffen. Eine solche Pflicht wurde in der Rechtsprechung des Reichsgerichts auf den Grundsatz von Treu und Glauben, § 242 BGB gestützt⁴¹. Wir verweisen beispielhaft auf den sog. Zuckerrübensamenfall, in dem der beklagte Schuldner infolge Trockenheit nicht imstande war, alle Gläubiger vollständig zu befriedigen und die Gläubiger deswegen anteilig mit Erzeugnissen aus seiner Gesamternte belieferte⁴². Zur dogmatischen Begründung der Repartierungspflicht stützte sich das Reichsgericht darauf, dass alle Forderungen gleichen Ranges und gleicher Natur seien, so dass zwischen den Gläubigern eine Interessengemeinschaft bestehe, weswegen niemand von ihnen volle Erfüllung verlangen könne. In der Literatur wird zur Begründung einer Interessengemeinschaft auch die Wertung des § 588 Abs. 1 HGB (Errettung aus gemeinsamer Gefahr) herangezogen.

Nach dem Ergebnis unserer Prüfung liegt im Fall einer Gasmangellage die Übertragung des Rechtsgedankens der Solidargemeinschaft aller Gläubiger nahe. Es besteht bei Ausfall eines Vorlieferanten eine alle Kunden des jeweiligen Lieferanten betreffende Knappheitssituation, die auch angesichts des hohen Allgemeininteresses an der Sicherstellung der Energieversorgung

⁴⁰ Siehe oben 1. c) aa).

⁴¹ Die Ansicht des Reichsgerichts entspricht der h.M. im Schrifttum. Vertreter der Gegenansicht plädieren hingegen für eine grundsätzliche Vorsorgepflicht im Hinblick auf Lieferengpässe. Andernfalls bleibe es bei § 275 BGB und dem Prioritätsprinzip, sodass eine vollumfängliche Belieferung einzelner Kunden und gegenüber den anderen Kunden ein Rücktritt bzw. eine Kündigung aufgrund von Unmöglichkeit in Betracht käme, so etwa: *Emmerich*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2019, § 243 Rn. 17.

⁴² RGZ 84, 125.

grundsätzlich für eine Repartierungspflicht statt für eine Erfüllung nach dem Prioritätsprinzip spricht.

Außerdem sind Repartierungspflichten aus dem Kartellrecht bekannt, wenn eine mangelbedingte Abhängigkeit der Abnehmer von einem marktstarken oder marktbeherrschenden Lieferanten besteht, §§ 19, 20 GWB bzw. Art. 102 AEUV. In Fällen einer Gasmangellage gewinnt § 20 Abs. 1 S. 1 GWB besondere Bedeutung, erstreckt er das für marktbeherrschende Unternehmen geltende Missbrauchsverbot, einschließlich des Diskriminierungsverbots, der §§ 19 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB doch auf sog. marktstarke Unternehmen. Sind die Voraussetzungen von § 20 Abs. 1 S. 1 GWB im Einzelfall erfüllt, so ist für die Frage nach einer Repartierungspflicht nicht mehr das Vertragsrecht ausschlaggebend, sondern das Kartellrecht. Dementsprechend hat der Schuldner seine Gläubiger aus dem ihm verbliebenen Portfolio grundsätzlich anteilig und gleichberechtigt zu befriedigen⁴³. Die Repartierung stellt also den Regelfall dar und bedarf keiner besonderen Rechtfertigung. Allein die Ungleichbehandlung der Kunden ist rechtfertigungsbedürftig. Anhaltspunkte, von welchen markt- und wettbewerbsbezogenen Erwägungen sich Unternehmen insofern leiten lassen dürfen, ergeben sich zum einen aus der Praxis des Bundeskartellamts, das aus wettbewerbsrechtlicher Sicht im Zusammenhang mit der Nahostkrise Ende der 1960er-Jahre Folgendes betont hat:

„Es wäre [...] mißbräuchlich, würden die Lieferanten Direktkunden unterschiedlich behandeln oder das eigene Vertriebsnetz vorrangig versorgen und nur die darüber hinaus noch verfügbare Ware an ihre Direktkunden abgeben. Ein weiterer Mißbrauch wäre es, wirtschaftliche Nachteile, die durch höhere Gewalt entstanden sind, einseitig auf einen Teil der Kunden abzuwälzen. Ebensovwenig dürfen die Unternehmen bei Fehlen wesentlichen Wettbewerbs die Warenverknappung in der Weise nutzen, daß sie durch Änderung ihrer Vertriebspolitik dem Markt die von ihnen gewünschte Ordnung geben.

Das Bundeskartellamt hat deshalb von den Mineralölgesellschaften gefordert, daß sie ihre Handelskunden auch unter veränderten Verhältnissen zu angemessenen Bedingungen und ohne Diskriminierung weiterbeliefern. Soweit die zur Verfügung stehende Ware zur vollen Versorgung aller beteiligten Gruppen nicht ausreicht, ist die vorhandene Menge auf den eigenen Vertrieb und auf Direktabnehmer in demselben Verhältnis aufzuteilen wie es dem Absatz bei normaler Marktversorgung entspricht.⁴⁴“

Weitergehend sind nach unserer Auffassung gesetzliche Wertentscheidungen, die eine klare Präferenz erkennen lassen, zu berücksichtigen. So ergibt sich etwa aus § 53a EnWG ein Vorrang der Belieferung von Standardlastprofil-Kunden und von Kunden, die grundlegende soziale Dienste anbieten, weshalb diese Kunden von der Repartierung auszunehmen sind. Gesetzlichen Wertentscheidungen in dem vorgenannten Sinne stehen anderweitig veröffentlichte verbindliche Priorisierungsmaßstäbe gleich.

Sofern aber eine bevorzugte Belieferung einzelner Kunden oder Kundengruppen nicht eindeutig vorgegeben ist, besteht für klassische Weiterverteiler im Allgemeinen keine Verpflichtung, die

⁴³ Im Fall der Gasversorgung läuft eine anteilige und gleichberechtigte Befriedigung der Kunden praktisch auf örtliche und zeitliche Beschränkungen der Gasbelieferung hinaus.

⁴⁴ BT-Drs. V/2841, S.41.

Gesamtheit ihrer Kunden im Hinblick auf deren Bedürftigkeit zu analysieren und entsprechend gestuft zu beliefern⁴⁵. Hierfür dürfte es im Regelfall bereits an der hinreichenden Sachverhaltskenntnis, der Personalausstattung und der für die Prüfung erforderlichen Zeit fehlen⁴⁶. Abweichendes kommt nach unserer Einschätzung allenfalls bei besonderen Lieferkonstellationen oder Informationslagen und ausreichend verfügbarer Zeit in Betracht.

Frage: *Dürfen außer Netzbetreibern auch Vertriebe Repartierungspläne erarbeiten und umsetzen?*

Ja, auch Lieferanten dürfen und müssen ggf. repartieren. Die Rechtsgrundlage hierfür ist allerdings eine andere als bei Netzbetreibern. Während diese aus (Netz-)Versorgungssicherheitsgründen und kraft gesetzlicher Befugnis (insbesondere § 16 Abs. 2 EnWG bzw. § 16a S.1 iVm. § 16 Abs. 2 EnWG) zur Repartierung berechtigt und verpflichtet sind, folgt die Berechtigung und Verpflichtung der Vertriebe zur Repartierung losgelöst von (Netz-)Versorgungssicherheitsgründen daraus, dass nicht genügend Gas zur Belieferung aller Kunden vorhanden ist und aus den vertraglichen Vereinbarungen iVm. dem Grundsatz von Treu und Glauben, ggf. ergänzt um kartellrechtliche Verpflichtungen.

d) Frage 3: Ist die Beschaffungspflicht des Lieferanten begrenzt?

Die Frage, ob die Beschaffungspflicht des Lieferanten im Szenario 2 begrenzt ist, wird nur relevant, wenn eine Ersatzbeschaffung möglich ist. Ist eine Ersatzbeschaffung ausgeschlossen, so ist der Lieferant aufgrund der höheren Gewalt-Klausel oder aufgrund § 275 Abs. 1 BGB von seiner Leistungspflicht befreit.

Ist eine Ersatzbeschaffung am Markt hingegen möglich, so kann die Beschaffungspflicht des Lieferanten begrenzt sein, je nachdem, wie der Vertrag ausgestaltet ist, wann er geschlossen wurde und welche Maßnahmen dem Lieferanten zur Erfüllung seiner Belieferungspflicht zuzumuten sind.

Für die Prüfung der Vorhersehbarkeit des partiellen Mengenausfalls gelten im Ausgangspunkt die Ausführungen oben betreffend Szenario 1 entsprechend; der Bezugspunkt ist im Szenario 2 aber nicht die bloße Preissteigerung, sondern der partielle Ausfall russischer Gaslieferungen. Deswegen wird im Szenario 2 die Annahme einer unvorhersehbaren Änderung tendenziell eher in Betracht kommen.

Insbesondere sprechen nach unserer Einschätzung gute Gründe für eine Unvorhersehbarkeit bis März 2022. Zwar waren die Preissteigerungen, die maßgeblich auf die damalige Ukraine Krise zurückzuführen sind, bekannt und nach dem 24. Februar 2022 sogar der Beginn der kriegerischen Auseinandersetzungen, indes konnte man – und hat es nach unserer Information auch getan – auf die Zuverlässigkeit russischer Gaslieferungen vertrauen. In der gesamten, mittlerweile mehr als fünf Jahrzehnte andauernden Lieferbeziehung mit Russland war es nach den uns

⁴⁵ Eine fehlende Verpflichtung ist nach dem Ergebnis unserer Prüfung nicht gleichzusetzen mit einer fehlenden Berechtigung. Lieferanten sind zur Repartierung auch unter Berücksichtigung von Bedürftigkeitsaspekten berechtigt, wenn sie diese diskriminierungsfrei anwenden.

⁴⁶ Insofern gilt, dass je weniger Zeit für eine Bedürftigkeitsprüfung verbleibt, desto mehr für eine quotale Beschränkung spricht.

vorliegenden Informationen nie zu einer Lieferunterbrechung als Reaktion auf politische bzw. militärische Auseinandersetzungen gekommen.

Hinsichtlich der (Einzelfall-)Prüfung einer unzumutbaren Belastung verweisen wir auf unsere Ausführungen zu Szenario 1.

Selbst wenn das den Lieferanten grundsätzlich treffende Beschaffungsrisiko auf der Grundlage der Muster-Wirtschaftsklausel oder auf der Grundlage von § 313 BGB nach dem Vorgenannten entfielen, muss der Schuldner bei der Leistungserbringung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt aufbringen. Dazu gehört auch die Pflicht, vorhersehbare Leistungsbehinderungen, etwa durch Vorratsbildung, bereits im Vorfeld zu verhindern. Entsprechendes gilt, wenn der Lieferant vorhandene Flexibilität zur eigenen wirtschaftlichen Optimierung statt zur Belieferung seiner Kunden einsetzt.

Hieran gemessen könnte sich der Lieferant auf eine Befreiung von seiner Leistungspflicht nur berufen, wenn er nachweisen könnte, dass er auch im Vorfeld nicht oder nicht in ausreichendem Maß oder nur unter Inkaufnahme unzumutbarer Anstrengungen die zur Belieferung des Kunden benötigten Mengen durch Einspeicherung hat sichern können. Im Rahmen dieser Prüfung ist allerdings zu berücksichtigen, dass sich der Gasmarkt auf der Importstufe durch eine hohe Anbieterkonzentration auszeichnet, was mit „Klumpenrisiken“ beim Ausfall einzelner Exporteure oder Exportstaaten einhergeht.

Frage: Schließt die Innehabung eines Gasspeichers automatisch Unzumutbarkeit aus?

Nein, die Bevorratung ist zum einen nur ein Element in der umfassenden Zumutbarkeitsprüfung und zum anderen steht die Bevorratung ihrerseits unter dem Vorbehalt der Möglichkeit und Zumutbarkeit.

e) Frage 4: Besteht ein Anspruch des Lieferanten auf Vertragsanpassung?

Ist die Leistungspflicht kraft höherer Gewalt oder Unmöglichkeit ausgeschlossen, kommt es auf eine Vertragsanpassung nicht an.

Ist die Leistungspflicht des Lieferanten dagegen nur begrenzt, und zwar entweder auf der Grundlage einer Wirtschaftsklausel oder auf der Grundlage von § 313 BGB, so ist regelmäßig auch ein Anpassungsanspruch begründet, und umgekehrt.

f) Frage 5: Besteht zugunsten des Lieferanten ein Kündigungsrecht?

Für die Frage, ob dem Lieferanten im Szenario 2 ein Kündigungsrecht zusteht, gelten die Ausführungen oben unter 1. e) entsprechend. Da die Gasmangellage nicht in den Verantwortlichkeitsbereich des Kunden fällt, steht dem Lieferanten kein außerordentliches Kündigungsrecht gemäß § 314 Abs. 1 BGB zu. In Betracht kommt bei Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB aber ein Kündigungsrecht gemäß § 313 Abs. 3 BGB.

3. **Szenario 3: Notsituation mit größerem Mengenausfall und Gefährdung für Versorgungssicherheit**

Szenario 3 ist das eigentliche Notfallszenario, in dem es zu einem großflächigen Mengenausfall kommt und in dem die Versorgungssicherheit beeinträchtigt oder zumindest akut gefährdet ist. Auch in diesem Szenario sind Fernleitungsnetzbetreiber nach § 16 Abs. 2 EnWG und Verteilnetzbetreiber, soweit ihnen die Verantwortung für die Netzversorgungssicherheit obliegt, nach § 16a S. 1 iVm. § 16 Abs. 2 EnWG zu Notfallmaßnahmen berechtigt. Weitergehend bestehen staatliche Eingriffsbefugnisse auf der Grundlage des Energiesicherungsgesetzes⁴⁷, der Gassicherungsverordnung⁴⁸ und der SoS-Verordnung⁴⁹. Letztere ist durch den Notfallplan Gas⁵⁰ konkretisiert. Die auf der Grundlage der staatlichen Eingriffsbefugnisse angeordneten Maßnahmen sind hoheitlicher Natur und bewegen sich außerhalb des privatrechtlich geregelten Bereichs.

a) **Frage 1: Entfällt die Leistungspflicht des Lieferanten aufgrund höherer Gewalt?**

Ja, die Leistungspflicht des Lieferanten kann aufgrund höherer Gewalt entfallen, sofern und soweit:

- der konkrete Eingriff des Netzbetreibers oder des Staates von der regelmäßig als AGB verwendeten höheren Gewalt-Klausel erfasst ist und
- der Lieferanten hierdurch an der Erfüllung seiner Verpflichtungen gehindert ist.

Letzteres ist etwa dann nicht der Fall, wenn nach den vertraglichen Regelungen keine Erfüllung am Netzanschlusspunkt des Kunden erfolgen soll, sondern eine rein bilanzielle Erfüllung am virtuellen Handlungspunkt vorgesehen ist.

b) **Frage 2: Entfällt die Leistungspflicht des Lieferanten aufgrund Unmöglichkeit?**

Ist dem Lieferanten wegen Eingriffen des Netzbetreibers oder des Staates eine vertragsgemäße Erfüllung nicht möglich, ist er gemäß § 275 Abs. 1 BGB von seiner Leistungspflicht befreit. Über § 326 Abs. 1 BGB verliert er seinen Anspruch auf die Gegenleistung⁵¹.

Auch insofern gilt allerdings, dass nicht jeder auf § 16 Abs. 2 EnWG oder auf § 16a S. 1 iVm. § 16 Abs. 2 EnWG gestützte Eingriff eines Netzbetreibers oder jeder staatliche Eingriff den Lieferanten an der Erfüllung seiner Verpflichtung zur Übergabe und Übereignung des dem Kunden

⁴⁷ Gesetz zur Sicherung der Energieversorgung (Energiesicherungsgesetz 1975) vom 20. Dezember 1975 (BGBl. I S. 3681).
⁴⁸ Verordnung zur Sicherung der Gasversorgung in einer Versorgungskrise (Gassicherungsverordnung – GasSV) vom 26. Juni 1982 (BGBl. I S. 517).

⁴⁹ Verordnung (EU) 2017/1938 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2017 über Maßnahmen zur Gewährleistung der sicheren Gasversorgung und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 994/2010.

⁵⁰ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Notfallplan Gas für die Bundesrepublik Deutschland gem. Art. 8 der Verordnung (EU) 2017/1938 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2017 über Maßnahmen zur Gewährleistung der sicheren Gasversorgung und Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 994(2010), 1. September 2019, abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/M-O/notfallplan-gas-bundesrepublik-deutschland.pdf?__blob=publicationFile&v=9 (zuletzt abgerufen am 12. April 2022).

⁵¹ § 16 Abs. 3 EnWG greift zugunsten des Gaslieferanten nicht. Diese Bestimmung regelt die Rechtsfolgen von Notfallmaßnahmen nach § 16 Abs. 2 EnWG und sieht vor, dass im Fall einer Anpassung nach § 16 Abs. 2 EnWG bis zur Beseitigung der Gefährdung oder Störung alle hiervon betroffenen Leistungspflichten des Fernleitungsnetzbetreibers ruhen und die Haftung für Vermögensschäden ausgeschlossen ist. Die Weitergabe der sich aus § 16 Abs. 3 EnWG zugunsten der oder des Fernleitungsnetzbetreibers ergebenden Rechtsfolgen durch Lieferanten erfolgt auf vertraglicher Grundlage.

verkauften Gases hindern⁵². Nur soweit die Eingriffe den Lieferanten an der Erfüllung einer konkreten vertraglichen Verpflichtung hindern, kommt eine (automatische) Befreiung von der Leistungspflicht nach § 275 Abs. 1 BGB in Betracht.

c) Frage 3: Ist die Beschaffungspflicht des Lieferanten begrenzt?

Entfällt im Szenario 3 wegen Eingriffen des Netzbetreibers oder des Staates die Leistungspflicht des Lieferanten wegen höherer Gewalt oder wegen Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB vollständig, so erübrigt sich die Frage nach der Begrenzung seiner Beschaffungspflicht.

Bei teilweisem Entfall gelten die Ausführungen oben unter 2. d) für das Szenario 2 entsprechend.

d) Frage 4: Besteht ein Anspruch des Lieferanten auf Vertragsanpassung?

Auch insofern gilt, dass wenn wegen Eingriffen des Netzbetreibers oder des Staates die Leistungspflicht des Lieferanten wegen Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB entfällt, sich Fragen nach dem „Ob“ und, wenn ja, dem „Wie“ von Anpassungsansprüchen erübrigen.

e) Frage 5: Besteht zugunsten des Lieferanten ein Kündigungsrecht?

Auch auf ein Kündigungsrecht kommt es nicht an, wenn wegen Eingriffen des Netzbetreibers oder des Staates die Leistungspflicht des Lieferanten wegen Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB entfällt.

III. § 24 EnSiG: Außerordentliches gesetzliches Preisanpassungsrecht für Energieversorgungsunternehmen bei erheblich reduzierten Gasimporten

Das (Sonder-)Preisanpassungsrecht nach § 24 EnSiG ist nur wenige Wochen nach Ausrufung der Frühwarnstufe des Notfallplans Gas in die parlamentarische Debatte eingebracht worden und dort nach kurzer Beratung verabschiedet und beschlossen worden (dazu 1.).

Ob und in welchem Umfang es geeignet ist, im Fall erheblich reduzierter Gasimporte einem Marktzusammenbruch vorzubeugen, hängt:

- von der Klärung seines sachlichen, zeitlichen und personellen Anwendungsbereichs (dazu 2.),
- dem Umfang des mit ihm verbundenen Rechts zur Weitergabe von Kostensteigerungen (dazu 3.) und
- seinem Verhältnis zu vertraglichen Preisanpassungsregelungen und zu vertraglich vereinbarten Zahlungsmodalitäten ab (dazu 4.)⁵³.

Außerdem kommt es darauf an,

⁵² Beschränken sich Eingriffe des Netzbetreibers etwa auf bestimmte Abschnitte eines Verteilernetzes, so schließt das eine Erfüllung am virtuellen Handlungspunkt nicht aus.

⁵³ Verfassungsrechtliche Erwägungen beziehen wir in unsere nachfolgende Analyse nicht ein.

- welche formellen Hürden für die Inanspruchnahme dieses Rechts zu überwinden sind (dazu 5. und 6.) und
- welche Gegenrechte den betroffenen Kunden zustehen (dazu 7.).

Eine verlässliche und belastbare Prognose zu den konkreten Auswirkungen des (Sonder-)Preis-anpassungsrechts auf Gaslieferanten und den deutschen Gasmarkt ist allerdings auch im Anschluss an diese Analyse nicht zweifelsfrei möglich (dazu 8.).

1. Entstehungsgeschichte und Zweck der Regelung

Vor dem Hintergrund der anhaltenden kriegerischen Auseinandersetzungen in der Ukraine erkannte der Gesetzgeber kurzfristigen Änderungsbedarf an dem aus dem Jahr 1975 stammenden Energiesicherungsgesetz. Es ging darum, die schnelle Handlungsfähigkeit auch im Fall einer erheblichen Beschränkung oder eines vollständigen Ausfalls russischer Gaslieferungen zu gewährleisten. Das wiederum erklärt die außergewöhnliche kurze Beratungszeit. Das Gesetz zur Änderung des Energiesicherungsgesetzes 1975 und anderer energiewirtschaftlicher Vorschriften (EnSiGuaÄndG) wurde innerhalb von weniger als einem Monat beraten und verabschiedet.

Vorgelegt wurde der Gesetzentwurf am 26. April 2022⁵⁴. Die erste Lesung im Bundestag erfolgte am 29. April 2022⁵⁵. Nach Überweisung an die Ausschüsse führte der Ausschuss für Klimaschutz und Energie am 9. Mai 2022 eine öffentliche Anhörung durch, zu der zahlreiche Stellungnahmen eingingen⁵⁶. Nur zwei Tage später, nämlich am 11. Mai 2022 legte dieser Ausschuss eine Beschlussempfehlung und den Bericht zu dem Gesetzentwurf vor⁵⁷. Er empfahl die Annahme des Gesetzentwurfs mit konkretisierenden Änderungen⁵⁸. Am 12. Mai 2022 erfolgten die zweite und dritte Lesung des Gesetzentwurfs in der Fassung der vorgenannten Beschlussempfehlung⁵⁹. Nach Annahme des Gesetzentwurfs in dieser Fassung durch den Bundestag⁶⁰ stimmte der Bundesrat mit Beschluss vom 20. Mai 2022 den Änderungen zu⁶¹. Das Gesetz wurde am 21. Mai 2022 verkündet und trat gemäß Art. 5 EnSiGuaÄndG am 22. Mai 2022 in Kraft.

Hinter dem (Sonder-)Preis-anpassungsrecht steht der Schutz der Energieversorgungsunternehmen, speziell der Gasvertriebsunternehmen, in Form von Insolvenzprävention⁶². Verhindert werden soll, dass im Falle reduzierter Gasimporte die Energieversorgungsunternehmen „in finanzielle Schieflage“ geraten und es zu „kaskadenartigen Auswirkungen“ auf den gesamten Markt kommt⁶³. Über die Weitergabe von Belastungen aus plötzlich auftretenden Preisanstiegen an Letztverbraucher soll einem Zusammenbruch der Energiewirtschaft vorgebeugt⁶⁴ und damit

⁵⁴ BT-Drs. 20/1501.

⁵⁵ BT-Prot. 20/32 vom 29. April 2022, S. 2913C ff.

⁵⁶ Siehe BT-Prot. 20/32 vom 29. April 2022, S. 2922C und <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2022/kw19-de-energiesicherungsgesetz-891872>.

⁵⁷ BT-Drs. 20/1766.

⁵⁸ BT-Drs. 20/1766, S. 8 f., 19.

⁵⁹ BT-Prot. 20/34 vom 12. Mai 2022, S. 2913C ff.

⁶⁰ BT-Prot. 20/34 vom 12. Mai 2022, S. 3183A.

⁶¹ BR-Drs. 208/22(B).

⁶² Siehe auch I. Nestle, BT-Prot. 20/34 vom 12. Mai 2022, S. 3174D, 3175A.

⁶³ Siehe BT-Drs. 20/1501, S. 38; A. Rimkus, BT-Prot. 20/34 vom 12. Mai 2022, 3177A.

⁶⁴ Siehe O. Krischer, BT-Prot. 20/32 vom 29. April 2022, S. 2914C; BT-Prot. 20/34 vom 12. Mai 2022, S. 3180C

zugleich verhindert werden, dass Energieversorgungsunternehmen als „Waffe“ gegen die Bundesrepublik Deutschland instrumentalisiert werden können⁶⁵. § 24 EnSiG ist daher primär ein Instrument zum Schutz der Energieversorgungsunternehmen vor finanzieller Überlastung⁶⁶.

2. Anwendungsbereich des (Sonder-)Preisanpassungsrechts

Das Preisanpassungsrecht nach § 24 EnSiG setzt voraus,

- a) dass die Alarm- oder Notfallstufe nach Art. 8 Abs. 2 lit. b) und Art. 11 Abs. 1 VO (EU) 2017/1938 in Verbindung mit dem Notfallplan Gas des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie vom September 2019 ausgerufen wurden und
- b) eine erhebliche Reduzierung der Gesamtgasimportmengen nach Deutschland von der BNetzA festgestellt wurde.

Erst wenn also die Alarm- oder Notfallstufe vom BMWK bzw. durch Verordnung der Bundesregierung ausgerufen worden sind, darf eine erhebliche Reduzierung der Gesamtgasimportmengen nach Deutschland festgestellt werden.

Diese Feststellung obliegt nicht den zur Preisanpassung berechtigten Energieversorgungsunternehmen. Vielmehr ist aus Gründen der Rechtssicherheit⁶⁷ allein die BNetzA berufen, den Auslöser für das außerordentliche Preisanpassungsrecht festzustellen. Sie verfügt hierbei über einen in § 24 EnSiG nicht näher konkretisierten Entscheidungsspielraum, muss aber, wenn sie eine erhebliche Reduzierung der Gesamtgasimportmengen nach Deutschland feststellt, diese Entscheidung gemäß § 24 Abs. 4 EnSiG im Bundesanzeiger veröffentlichen. § 24 Abs. 3 S. 1 EnSiG verpflichtet die BNetzA, diese Feststellung unverzüglich aufzuheben, wenn eine erhebliche Reduzierung der Gesamtgasimportmengen nach Deutschland nicht mehr vorliegt, spätestens jedoch, wenn weder die Alarm- noch die Notfallstufe fortbestehen. Auch die Aufhebung dieser Feststellung ist gemäß § 24 Abs. 4 EnSiG im Bundesanzeiger zu veröffentlichen.

Ist der Anwendungsbereich des (Sonder-)Preisanpassungsrechts in diesem Sinne eröffnet, stellt sich die Frage, wer von diesem Recht Gebrauch machen kann (dazu a)), wann dieses Recht in zeitlicher Hinsicht besteht (dazu b)) und ob es auch auf Handelsverträge anwendbar ist (dazu c)).

a) Personeller Anwendungsbereich

Das Preisanpassungsrecht nach § 24 Abs. 1 S. 1 EnSiG bezieht sich auf alle von einer erheblichen Reduzierung der Gesamtgasimportmengen nach Deutschland betroffenen Energieversorgungsunternehmen. Betroffen sind nach der Begründung des Gesetzentwurfs der Regierungsfractionen Energieversorgungsunternehmen, **wenn und soweit sich die Gasminderlieferungen „konkret preislich“ auf sie auswirken**⁶⁸.

⁶⁵ Siehe I. Nestle, BT-Prot. 20/34 vom 12. Mai 2022, S. 3174D; A. Rimkus, BT-Prot. 20/34 vom 12. Mai 2022, 3176D.

⁶⁶ Allenfalls mittelbar und reflexartig kann es darüber hinausgehend zu einem reduzierten Gasverbrauch kommen, dann nämlich, wenn Kunden als Reaktion auf ein entsprechendes Anpassungsverlangen von ihrem Sonderkündigungsrecht Gebrauch machen.

⁶⁷ Siehe Gesetzentwurf der Regierungsfractionen zu § 24 EnSiG-E, BT-Drs. 20/1501, S. 38.

⁶⁸ Siehe BT-Drs. 20/1501, S. 38.

Die konkrete preisliche Betroffenheit muss aus der Notwendigkeit zur Ersatzbeschaffung wegen Ausfalls von Gasimportmengen resultieren; eine allgemeine Betroffenheit dergestalt, infolge einer Ausrufung der Alarm- oder Notfallstufe und einer erheblichen Reduzierung der Importmengen höhere (Markt-)Preise für den Gasbezug zahlen zu müssen, genügt nicht. Nicht betroffen sind daher Fernwärme- und/oder Stromlieferanten, die sich daher nicht auf das Preisanpassungsrecht nach § 24 EnSiG berufen können. Insofern hat der Bundesrat jedoch in seiner abschließenden Stellungnahme am 20. Mai 2022 weiteren Handlungs- und Änderungsbedarf am Energiesicherungsgesetz angemahnt⁶⁹.

Die konkrete preisliche Auswirkung betrifft aber nicht nur die importierenden Gasgroßhändler, die auf der ersten Stufe der Lieferkette tätig sind, sondern auch alle in der Lieferkette nachgelagerten Energieversorgungsunternehmen. „Lieferkette“ meint die Gaslieferkette, beginnend vom importierenden Großhandelsunternehmen bis hin zum letztverbraucherbeliefernden Gaslieferanten, einschließlich aller Zwischenhändler, sofern es sich um Energieversorgungsunternehmen iSd. § 3 Nr. 18 EnWG handelt. Nicht erfasst sind dementsprechend **Betreiber von Kundenanlagen**, denn der Betrieb solcher Anlagen vermittelt nicht den Status „Energieversorgungsunternehmen“⁷⁰.

Unerheblich ist jedoch, ob das im vorstehenden Sinn betroffene Gasvertriebsunternehmen Weiterverteiler oder Letztverbraucher, Letztverbraucher innerhalb oder außerhalb der Grundversorgung beliefert und unabhängig davon, ob es sich bei diesen Letztverbrauchern um Haushalts-, Gewerbe- und Industriekunden handelt sowie unabhängig davon, ob die Lieferungen aufgrund von Festpreisverträgen oder aufgrund von Verträgen mit Preisanpassungsrecht erfolgen.

b) Zeitlicher Anwendungsbereich

Preisanpassungen auf der Grundlage von § 24 Abs. 1 S. 1 EnSiG sind nur innerhalb des aus dem Bundesanzeiger ersichtlichen Zeitfensters zwischen Feststellung einer erheblichen Reduzierung von Gesamtgasimportmengen nach Deutschland und der Aufhebung dieser Feststellung zulässig.

Das bedeutet, dass mit dem Tag der Aufhebung das außerordentliche gesetzliche Preisanpassungsrecht entfällt⁷¹. Bereits angekündigte, aber noch nicht wirksam gewordene Preisanpassungen nach § 24 Abs. 1 S. 1 EnSiG laufen vorbehaltlich von § 24 Abs. 3 S. 8 EnSiG ins Leere.

c) Anwendbarkeit auf Handelsverträge

Die Frage, ob sich das (Sonder-)Preisanpassungsrecht nach § 24 Abs. 1 S. 1 EnSiG auch auf Handelsverträge bezieht, lässt sich derzeit nicht zweifelsfrei beantworten. Die Unsicherheit resultiert aus § 24 Abs. 5 EnSiG, der für den Fall einer Kundeninsolvenz die Unberührtheit von § 104 InsO anordnet.

⁶⁹ Siehe BR-Drs. 208/22(B).

⁷⁰ Siehe die Begriffsdefinition in § 3 Nr. 18 2. HS EnWG.

⁷¹ Preisanpassungen können ab dem Tag der Aufhebung der Feststellung nur noch auf vertragliche Regelungen gestützt werden.

Nach Abs. 1 S. 1 von § 104 InsO kann, wenn die Lieferung von Waren, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist vereinbart war und die Zeit oder der Ablauf der Frist erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingetreten ist, nicht Erfüllung verlangt, sondern nur eine Forderung wegen Nichterfüllung geltend gemacht werden. Damit soll, dem Grundgedanken von Fixgeschäften entsprechend, der Geschäftspartner bei Insolvenz seines Kunden sofort Klarheit über die Abwicklung haben. Kann aber im Insolvenzfall der Insolvenzverwalter für diese Art von Geschäften abweichend von § 103 InsO nicht mehr zwischen Erfüllung und Nichterfüllung wählen, sondern nur noch eine Forderung wegen Nichterfüllung geltend machen, so steht fest, dass auch der Lieferant keine Ersatzbeschaffungsgeschäfte für diesen Kunden tätigen muss. Deswegen dürfte auch der Gesetzgeber davon ausgegangen sein, dass von dem Preisanpassungsrecht nach § 24 Abs. 1 S. 1 EnSiG solche Verträge unberührt bleiben, für die nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens keine Erfüllung mehr verlangt werden kann⁷². Einen über den Insolvenzfall hinausgehenden Anwendungsbereich hätte § 24 Abs. 5 EnSiG bei diesem Verständnis nicht.

Allerdings hätte in der Begründung des Gesetzentwurfs der Regierungsfractionen dann auch klarer formulieren werden können, dass nicht (alle) „Verträge unberührt bleiben, die in den Anwendungsbereich von § 104 InsO fallen“, sondern „unberührt von dem Preisanpassungsrecht [...] Verträge [nur] bleiben, sofern und soweit sie in den Anwendungsbereich von § 104 InsO fallen“. Sollte ein vollständiger Ausschluss von Handelsgeschäften tatsächlich beabsichtigt gewesen sein, so bliebe zu klären, wie sich dieses Verständnis mit dem Zweck der Regelung, Mehrkosten aus Ersatzbeschaffungen schnell und effizient von den betroffenen Energieversorgungsunternehmen über die gesamte Lieferkette an die Letztverbraucher weiterzugeben, verträgt. Rechtssicherheit wird insofern erst eine gerichtliche Klärung schaffen.⁷³

Von der Anwendung des § 24 Abs. 1 S. 1 EnSiG sicher ausgenommen sind indes Börsengeschäfte. Maßgeblich hierfür ist in erster Linie, dass bei Geschäften dieser Art zwischen Verkäufer und Käufer eine Clearingstelle⁷⁴ als eigenständiger Vertragspartner von Verkäufer und Käufer geschaltet ist, die die finanzielle und physische Abwicklung der getätigten Geschäfte absichert und übernimmt. Sie aber ist zum einen kein Energieversorgungsunternehmen im Sinne von § 3 Nr. 18 EnWG und zum anderen dürften gerade die von ihr getätigten Absicherungsgeschäfte der Notwendigkeit von Ersatzbeschaffungsgeschäften entgegenstehen.

3. Umfang des Preisanpassungsrechts

§ 24 Abs. 1 S. 1 EnSiG vermittelt den betroffenen Energieversorgungsunternehmen das Recht, die Gaspreise gegenüber ihren Kunden auf ein „angemessenes Niveau“ anzupassen. Konkretisiert wird der unbestimmte Rechtsbegriff „angemessenes Niveau“ in § 24 Abs. 1 S. 2 EnSiG durch eine Negativabgrenzung: Eine Preisanpassung ist insbesondere dann nicht mehr angemessen, wenn sie die Mehrkosten einer Ersatzbeschaffung überschreitet, die dem jeweils betroffenen

⁷² Siehe BT-Drs. 20/1501, S. 39 oben.

⁷³ Ist, wie bei EFET-Verträgen ein Netting von Positionen möglich, stellt sich die weitergehende Frage, ob alle Positionen vom Preisanpassungsrecht nach § 24 Abs. 1 S. 1 EnSiG betroffen sind oder nur die Nettopositionen. Das dürfte, wenn Handelsgeschäfte vom Preisanpassungsrecht nach § 24 Abs. 1 S. 1 EnSiG erfasst sind, vom Umfang der Notwendigkeit von Ersatzbeschaffungen abhängen.

⁷⁴ Für über die EEX abgewickelte Geschäfte die European Commodity Clearing (ECC).

Energieversorgungsunternehmen aufgrund der Reduzierung der Gasimportmengen für das an den Kunden zu liefernde Gas entstehen.

Das Preisanpassungsrecht nach § 24 Abs. 1 S. 1 EnSiG besteht mithin im Umfang der Mehrkosten einer Ersatzbeschaffung und setzt dementsprechend voraus, dass eine Ersatzbeschaffung noch möglich ist.

- Es betrifft daher nur Konstellationen, in denen dem Gasgroßhandelsmarkt zwar erhebliche (-)Mengen fehlen, der Markt aber noch hinreichend liquide ist, um die weggefallenen Mengen im Wege von Ersatzbeschaffungen zu kompensieren (siehe oben Szenario 2 Alternative 1).
- Ist eine Ersatzbeschaffung nicht mehr möglich (siehe oben Szenario 2 Alternative 2), läuft auch das (Sonder-)Preisanpassungsrecht nach § 24 Abs. 1 S. 1 EnSiG ins Leere.

Die normative Vorgabe „angemessenes Niveau“ ist nicht im Sinne einer tatsächlich entstandenen Mehrbelastung zu verstehen, sondern schließt die Berücksichtigung fiktiver Ersatzbeschaffungskosten auf nachgelagerten Stufen der Lieferkette ein. Dieses Verständnis ist dem Zweck der Regelung, kaskadenartige Auswirkungen auf die gesamte Lieferkette dadurch zu verhindern, dass die Kosten der Ersatzbeschaffung außerhalb vertraglicher Regelungen unmittelbar den letztverbrauchenden Kunden zugewiesen werden⁷⁵, geschuldet. Dementsprechend ist auch der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass auf der ersten Stufe der Lieferkette, d.h. auf der Ebene der importierenden Gasgroßhandelsunternehmen, die tatsächlichen Ersatzbeschaffungskosten, auf den nachfolgenden Stufen der Lieferkette aber die hypothetischen Ersatzbeschaffungskosten, die auf der jeweiligen Lieferstufe anfallen würden, veranschlagt werden können⁷⁶:

- „Tatsächliche Ersatzbeschaffungskosten“ meint alle (Bezugs-)Kosten, die dem importierenden Gasgroßhandelsunternehmen aufgrund von Ersatzbeschaffungsgeschäften infolge Ausfalls eines oder mehrerer Vorlieferanten zur vertragsgemäßen Belieferung des Kunden entstehen⁷⁷. Kosten, die über eine bloße Ersatzbeschaffung hinausgehen, etwa rein vertrieblisch begründete Risikoaufschläge, können auf der Grundlage von § 24 Abs. 1 S. 1 EnSiG nicht weitergegeben werden. Entsprechend verhält es sich mit Kosten für Ersatzbeschaffungen, die über den zur Ersatzbeschaffung notwendigen Zeitraum hinausgehen. Angesichts der regelmäßig bestehenden Unmöglichkeit, im Vorfeld den Ersatzbeschaffungszeitraum sicher prognostizieren zu können, wird zwar generell eine eher vorsichtige Ersatzbeschaffung angezeigt sein, gleichwohl wird den importierenden Gasgroßhandelsunternehmen jedoch ein Beurteilungs- und Entscheidungsspielraum eingeräumt werden müssen. Nur Kosten, die ihn überschreitend und vertrieblisch unvertretbarer Ersatzbeschaffungsgeschäfte sind von dem Preisanpassungsrecht nach § 24 Abs. 1 S. 1 EnSiG nicht gedeckt.

⁷⁵ Siehe oben unter III. 1.

⁷⁶ Siehe BT-Drs. 20/1501, S. 38 unten.

⁷⁷ Neben die unmittelbaren Ersatzbeschaffungskosten für die Commodity treten diejenigen, die mit dem Ersatzbeschaffungsgeschäft nur mittelbar verbunden sind, ohne die das Ersatzbeschaffungsgeschäft aber nicht abgewickelt werden könnte, etwa Kosten für zusätzliche Sicherheiten zwecks Kontrahierung mit dem Ersatzversorgungsgeschäftspartner.

- Hypothetische Ersatzbeschaffungskosten finden ihren Niederschlag in der Weitergabe von Preissteigerungen, die dem jeweiligen Energieversorgungsunternehmen von seinem Vorlieferanten als Kosten der Ersatzbeschaffung in Rechnung gestellt werden.

Für die Kosten der Ersatzbeschaffung stellt das gesetzliche Leitbild des § 24 Abs. 1 EnSiG auf die Belieferung eines einzelnen Kunden ab. Das einzelkundenbezogene Leitbild der Norm versagt indes in Fällen von Portfoliobeschaffungen. Lässt sich die für die Belieferung eines einzelnen Kunden benötigte Gasmenge nicht einem einzigen Vorlieferanten zuordnen⁷⁸, so ist der Kunde bei einer erheblichen Reduzierung der Gesamtgasimportmengen nach Deutschland nicht vollständig, sondern nur anteilig, nämlich im Umfang des Anteils, den die ausgefallenen Importe am Bezugsportfolio seines Lieferanten ausmachen, betroffen. Dem Lieferanten deswegen den Rückgriff auf § 24 Abs. 1 S. 1 EnSiG gänzlich zu versagen, wäre weder vom Wortlaut noch von der Entstehungsgeschichte oder dem Sinn und Zweck der Regelung gedeckt. Vielmehr greift das (Sonder-)Preisanpassungsrecht des § 24 Abs. 1 Abs. 1 EnSiG auch im Fall der Portfoliobeschaffung. Es ist in diesen Fällen grundsätzlich und folgerichtig bezogen auf den Anteil, den die ausgefallenen Gasimportmengen am Bezugsportfolio des Lieferanten haben. Abweichendes gilt nur dann, wenn der Lieferant die für die Belieferung des einzelnen Kunden benötigte Gasmenge individuell bei einem oder mehreren Vorlieferanten abgesichert hat⁷⁹.

Rechtstechnisch vermittelt das Sonderpreisanpassungsrecht des § 24 Abs. 1 EnSiG den betroffenen Energieversorgungsunternehmen das Recht zur einseitigen Preisänderung iSd. § 315 Abs. 1 BGB⁸⁰. Das Recht zur einseitigen Leistungsbestimmung, hier in Bezug auf den vom Kunden für die Gaslieferungen zu zahlenden Preis, folgt daraus, dass § 24 Abs. 1 S. 1 EnSiG kein konkretes Preisniveau vorgibt. Auch aus der Verknüpfung in § 24 Abs. 1 S. 2 EnSiG mit den Kosten der Ersatzbeschaffung folgt keine konkrete Vorgabe für den Anpassungsumfang, die ein Recht zur einseitigen Leistungsbestimmung auszuschließen vermag. Die aus § 24 Abs. 1 S. 2 EnSiG ersichtliche Obergrenze konkretisiert für Zwecke des außerordentlichen gesetzlichen Preisanpassungsrechts allein den Maßstab billigen Ermessens, überlässt den berechtigten Energieversorgungsunternehmen aber die Entscheidung darüber, ob sie, und wenn ja in welchem Umfang, von dem ihnen gesetzlich vermittelten Preisanpassungsrecht Gebrauch machen. Für die Einstufung als einseitiges Preisänderungsrecht spricht außerdem die Anordnung der entsprechenden Geltung von § 41 Abs. 5 EnWG in § 24 Abs. 2 S. 5 EnSiG.

Dieses, mit § 24 Abs. 1 S. 1 EnSiG verbundene einseitige Leistungsbestimmungsrecht ist im Hinblick auf die Anzahl seiner Inanspruchnahmen nicht limitiert. Dementsprechend ist das Energieversorgungsunternehmen auf seiner Grundlage zu beliebig vielen Preisanpassungen

⁷⁸ Maßgeblich für diese Zuordnung sind nicht Aspekte der physischen Gas(molekül-)zuordnung, sondern allein vertragliche Zuordnungserwägungen des Lieferanten.

⁷⁹ Will also ein Energieversorgungsunternehmen mit Portfoliobeschaffung einem Kunden höhere Ersatzbeschaffungskosten zuweisen als anderen, so muss es den Nachweis individueller Zuordnung führen können. Das dürfte in der Praxis allenfalls bei sehr großen Kunden gelingen, bei denen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ein besonderes Absicherungsbedürfnis des Lieferanten vorhanden war. Die Darlegungs- und Beweislast für derartige Fälle individueller Absicherung liegt beim Lieferanten.

⁸⁰ Zur Frage, ob mit diesem einseitigen Preisänderungsrecht ein Kontrollrecht des Kunden gem. § 315 Abs. 3 BGB verbunden ist, siehe unten unter Punkt III. 7 b)).

berechtigt, vorausgesetzt jede für sich betrachtet hält sich in den Grenzen des „angemessenen Niveaus“ iSv. § 24 Abs. 1 S. 2 EnSiG.

4. Verhältnis zu vertraglichen Preisanpassungsregelungen und vertraglich vereinbarten Zahlungsmodalitäten

Als gesetzliche Sonderregelung wirft § 24 Abs. 1 S. 1 EnSiG sowohl Fragen nach seinem Verhältnis zu vertraglichen Preisanpassungsregelungen (dazu a)) als auch zu vertraglich vereinbarten Zahlungsmodalitäten auf (dazu b)).

a) Vertragliche Preisanpassungsregelungen sind ausgesetzt

Gemäß § 24 Abs. 2 Satz 6 EnSiG sind für Verträge, bei denen Energieversorgungsunternehmen von dem (Sonder-)Preisanpassungsrecht in § 24 Abs.1 S. 1 EnSiG Gebrauch machen, bis zur Aufhebung der Feststellung einer erheblich verminderten Gesamtgasimportmenge vertraglich vereinbarte Preisanpassungsrechte ausgesetzt. Energieversorgungsunternehmen müssen sich daher, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen für das Eingreifen des Anpassungsrechts nach § 24 Abs. 1 S. 1 EnSiG vorliegen, folglich – für jeden einzelnen Vertrag – entscheiden, ob sie Preisanpassungen auf eine vertragliche Regelung oder auf das außerordentliche gesetzliche Anpassungsrecht stützen. Entscheiden sie sich für den Rückgriff auf das (Sonder-)Preisanpassungsrecht, so sind bezogen auf den einzelnen Vertrag für den gesamten, im Vorfeld kaum zuverlässig prognostizierbaren Zeitraum bis zur Aufhebung der Feststellung einer erheblich verminderten Gesamtgasimportmenge vertragliche Anpassungsinstrumentarien ausgesetzt.

Naheliegend ist die Anwendung von § 24 Abs. 1 S. 1 EnSiG dementsprechend nur bei

- Festpreisverträgen und
- bei Verträgen mit nur noch kurzen Restlaufzeiten sowie
- bei Verträgen mit klarer Zuordenbarkeit zu einzelnen Vorlieferanten.

Bei allen anderen Verträgen, insbesondere in Fällen von Portfoliobeschaffungen, bedarf die Anwendung von § 24 Abs. 1 S. 1 EnSiG sorgfältiger Abwägung, ob das vertragliche Preisanpassungsrecht oder das gesetzliche Sonderanpassungsrecht günstiger ist. Ausgeschlossen ist jedenfalls eine Kombination dergestalt, dass etwa die Kosten einer Ersatzbeschaffung auf § 24 Abs. 1 S. 1 EnSiG gestützt werden und für die Abwälzung möglicherweise zugleich gesteigerter Vertriebskosten auf die vertragliche Preisanpassungsregelung verwiesen wird. Derartige, aus der Kombination von vertraglichen und gesetzlichen Preisanpassungsanpassungsgrundlagen resultierende Belastungen wollte der Gesetzgeber ausdrücklich ausgeschlossen wissen, damit es nicht zu übermäßigen Belastungen der Kunden kommt⁸¹.

Von den ausgesetzten „vertraglich vereinbarten Preisanpassungsrechten“ sind zunächst alle, in den zugrunde liegenden Gaslieferverträgen ausdrücklich als Preisanpassungsrechte bezeichneten Instrumente erfasst und unabhängig von ihrer Ausgestaltung. Die Anwendung (einseitiger)

⁸¹ Siehe BT-Drs. 20/1766, S. 19.

Preisanpassungsvorbehalte ist also ebenso ausgesetzt wie sich aufgrund von Preisanpassungsklauseln automatisch vollziehende Preisanpassungen. Weitergehend dürften auch solche Preisanpassungen ausgesetzt sein, die sich nicht auf der Grundlage von Preisanpassungsklauseln, sondern auf der Grundlage von Preisformeln bzw. Preisindexformeln ergeben. Zum einen soll ihnen – jedenfalls soweit sie als Allgemeine Geschäftsbedingungen ausgestaltet sind – nach der Rechtsprechung eine Doppelfunktion dergestalt zukommen, dass sie bei Vertragsschluss als Vereinbarung der Preishauptabrede einzustufen sind, für künftige Änderungen des Ausgangspreises aber die Funktion von Preisanpassungsklauseln übernehmen⁸², Zum anderen dürfte auch der Zweck der Regelung, eine übermäßige Belastung der Kunden zu vermeiden, in diese Richtung weisen.

b) Vertragliche Fälligkeits- und/oder Zahlungsmodalitäten bleiben unberührt

Von § 24 Abs. 2 S. 6 EnSiG nicht erfasst sind vertragliche Regelungen zu Fälligkeits- und/oder Zahlungsmodalitäten. Sie bleiben von dem Sonderpreisanpassungsrecht des § 24 Abs. 1 S. 1 EnSiG vollständig unberührt, werden hinsichtlich ihrer Geltung für den Zeitraum, in dem die BNetzA eine erhebliche Reduzierung der Gesamtgasimportmenge festgestellt hat, also auch nicht ausgesetzt. Mit dem (Sonder-)Preisanpassungsrecht des § 24 Abs. 1 S. 1 EnSiG ist allein eine Spezialregelung für Preisanpassungen verbunden, nicht aber für sonstige, mit der Zahlungspflicht des Kunden verbundene Regelungen. Sowohl für die Änderung von Abschlagszahlungen, für die Umstellung auf Vorkasse oder die Anordnung einer Liefersperre bei Zahlungsverzug gelten daher die allgemeinen vertraglichen Vereinbarungen.

Weitergehend ergibt sich aus der Unberührtheit von vertraglichen Regelungen zu Fälligkeits- und/oder Zahlungsmodalitäten aber auch, dass Bezugspunkt für das Preisanpassungsrecht nach § 24 Abs. 1 S. 1 EnSiG diejenigen Gaspreise sind, die für die vom Ausfall betroffenen Mengen an und für sich zu zahlen gewesen wären. Dahinter steht die Überlegung, dass das (Sonder-)Preisanpassungsrecht nach § 24 Abs. 1 S. 1 EnSiG den betroffenen Energieversorgungsunternehmen nur ermöglichen soll, die Mehrkosten der Ersatzbeschaffung überhaupt an die Kunden weiterzugeben, nicht aber, Kosten der Ersatzbeschaffung anders zu behandeln als die Kosten der ursprünglichen Beschaffung. Wenn in Bezug auf die Zahlungspflicht des Kunden also vereinbart ist, dass die entsprechenden Beträge nach Erfüllung der Lieferverpflichtung des Energieversorgungsunternehmens fällig werden, dann gilt dies auch für die Weitergabe von Ersatzbeschaffungskosten.

5. Mitteilungs- und Begründungspflichten im Vorfeld von Preisanpassungen

Nach § 24 Abs. 2 S. 1 EnSiG sind Preisanpassungen nach Abs. 1 S. 1 dem Kunden rechtzeitig vor ihrem Eintritt mitzuteilen und zu begründen. In der Preisanpassungsmitteilung ist auf die den Kunden in § 24 Abs. 2 S. 3 EnSiG und § 24 Abs. 3 S. 5 EnSiG eingeräumten Kündigungsrechte und ihr Recht, alle zwei Monate ab Wirksamwerden der Preisanpassung nach Abs. 1 S. 1 die

⁸² Siehe BGH, NJW 2014, 2708 Rn. 17 f.

Überprüfung und gegebenenfalls die unverzügliche Anpassung des vertraglichen Preises auf ein angemessenes Niveau zu verlangen (siehe dazu unter Punkt 7 b)), hinzuweisen⁸³.

Darüber hinaus zu klären sind Fragen, die die Form dieser Mitteilung (dazu a)) sowie die Unterrichtsfrist und das Wirksamwerden von Preisanpassungen nach § 24 Abs. 1 S. 1 EnSiG (dazu b) und c)) betreffen.

a) Form der Mitteilung

Eine bestimmte Form für die Mitteilungen und Begründungen von Preisanpassungen nach § 24 Abs. 1 S. 1 EnSiG lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen. Schon aus eigenem Interesse, nämlich um den Zeitpunkt des Wirksamwerdens einer Preisanpassung bestimmen zu können und im Streitfall die Erfüllung der eigenen Verpflichtungen im Hinblick auf die Transparenz der Anpassungsankündigungen nachweisen zu können, empfiehlt sich eine Information mindestens in Textform.

b) Unterrichtsfrist und Wirksamwerden von Preisanpassungen gegenüber Letztverbrauchern

Im Verhältnis zu Letztverbrauchern ordnet § 24 Abs. 2 S. 5 EnSiG an, dass § 41 Abs. 5 EnWG entsprechend mit der Maßgabe gilt, dass die Unterrichtsfrist nach § 41 Abs. 5 S. 2 EnWG gegenüber allen Letztverbrauchern eine Woche vor Eintritt der beabsichtigten Änderung beträgt. Energieversorgungsunternehmen, die sich gegenüber Letztverbrauchern auf das (Sonder-)Preisanpassungsrecht des § 24 Abs. 1 S. 1 EnSiG berufen wollen, sind mithin gehalten, sie über Preisanpassungen und über die ihnen zustehenden Rechte zur Vertragsbeendigung spätestens eine Woche vor Eintritt der beabsichtigten Änderung auf einfache und verständliche Weise unter Hinweis auf Anlass, Voraussetzungen und Umfang der Preisänderung zu unterrichten. Sonderregelungen für Haushaltskunden fehlen, so dass insofern für alle Letztverbraucher identische Vorgaben existieren. Wirksam wird die entsprechende Preisanpassung dann an dem Tag, der in der Mitteilung als Änderungsdatum angegeben ist.

c) Unterrichtsfrist und Wirksamwerden von Preisanpassungen gegenüber nichtletzverbrauchenden Kunden

Für Preisanpassungen gegenüber allen anderen Kunden, d.h. solchen, die das bezogene Gas nicht zum Zweck des Letztverbrauchs verwenden, fehlt es an konkretisierenden Vorgaben zum Inhalt der Mitteilung und der Begründung sowie zur konkreten Vorankündigungsfrist. Energieversorgungsunternehmen sind insofern (nur) zur „rechtzeitigen“ Information und Begründung verpflichtet, was wegen § 24 Abs. 2 S. 2 EnSiG den Zugang der entsprechenden Preisanpassungsmitteilung spätestens am Vortag erfordert. Wirksam wird eine auf § 24 Abs. 1 S. 1 EnSiG gestützte Preisanpassung gegenüber nichtletzverbrauchenden Kunden also frühestens an dem Tag, der auf den Tag des Zugangs der mit der Begründung versehenen Mitteilung folgt⁸⁴.

⁸³ Siehe § 24 Abs. 2 S. 4 EnSiG und § 24 Abs. 3 S. 6 EnSiG.

⁸⁴ Siehe § 24 Abs. 2 S. 2 EnSiG.

Hinsichtlich der Anforderungen an den Inhalt und die Darlegungstiefe von Preisänderungsmitteilungen sowie -begründungen dürfte es wegen der geschäftlichen Gewandtheit und der energie-wirtschaftlichen Erfahrung der insofern angesprochenen Kunden für den Nachweis der Voraussetzungen des Preisanpassungsrechts häufig ausreichen, schlicht auf die gesetzliche Grundlage zu verweisen, im Hinblick auf die Darlegungen zum Anlass der Preisanpassung die eigene Betroffenheit iSd. § 24 Abs. 1 S. 1 EnSiG darzulegen und im Hinblick auf den Umfang der beabsichtigten Preisänderung die Höhe der Ersatzbeschaffungskosten sowie den sich daraus ergebenden Preisanpassungsbedarf konkret zu beziffern.

6. Mitteilungspflichten gegenüber der BNetzA

§ 25 EnSiG schafft die Grundlagen für ein umfassendes Monitoring, insbesondere um weiteren Handlungsbedarf zu identifizieren⁸⁵. Nach dieser Bestimmung haben Energieversorgungsunternehmen der Bundesnetzagentur jegliche Preisanpassungen, die nach Feststellung der Bundesnetzagentur gemäß § 24 Abs. 1 S. 1 EnSiG oder aufgrund von deren Aufhebung erfolgen, elektronisch anzuzeigen. Die Anzeige über Inhalt und Umfang der Preisanpassung ist der Bundesnetzagentur innerhalb einer Woche nach erfolgter Anpassung zu übermitteln.

Das Monitoring nach § 25 EnSiG betrifft für den Zeitraum, in dem Preisanpassungen auf § 24 Abs. 1 S. 1 EnSiG gestützt werden können, nicht nur solche, die tatsächlich auf das außerordentliche gesetzliche Anpassungsrecht gestützt wurden, sondern alle Preisanpassungen, insbesondere auch diejenigen, die auf eine vertragliche Grundlage gestützt wurden. Außerdem bezieht sich das Monitoring nicht nur auf infolge von Ersatzbeschaffungen notwendige Preiserhöhungen, sondern auch auf Rückanpassungen nach Aufhebung der Feststellung einer erheblichen Reduzierung von Gesamtgasimportmengen nach Deutschland⁸⁶.

Die entsprechenden Mitteilungen der Energieversorgungsunternehmen betreffen nach § 25 Abs. 1 S. 3 EnSiG und den Erläuterungen in der Begründung des Gesetzentwurfs Inhalt (Rechtsgrund der Preisanpassung) und Umfang der Preisanpassungen sowohl der Höhe nach (Ausgangs- und Endniveau der Preise) als auch hinsichtlich der betroffenen Mengen (auch prognostizierte und historische Werte) und der Zahl der betroffenen Vertragspartner⁸⁷. Der Umstand, dass es sich bei diesen Daten um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handelt, entbindet nicht von der Mitteilungspflicht, die innerhalb einer Woche und in elektronischer Form zu erfüllen ist⁸⁸.

Auf der Grundlage von § 25 Abs. 2 EnSiG kann die BNetzA Vorgaben zu Inhalt und Format der mitzuteilenden Daten machen; Abs. 3 berechtigt sie, erhaltene Daten in aggregierter Form in ihrem Monitoringbericht nach § 35 EnWG zu publizieren.

7. (Gegen-)Rechte des Kunden

Auf § 24 Abs. 1 S. 1 EnSiG gestützte Preisanpassungen müssen von den Kunden nicht akzeptiert werden. Ihnen steht kraft Gesetzes, siehe § 24 Abs. 2 S. 3 EnSiG, ein Sonderkündigungsrecht

⁸⁵ Siehe BT-Drs. 20/1766, S. 19.

⁸⁶ Siehe § 25 Abs. 1 S. 2 EnSiG.

⁸⁷ Siehe BT-Drs. 20/1766, S. 19.

⁸⁸ Siehe § 25 Abs. 1 S. 2 und 3 EnSiG.

zu (dazu a)). Außerdem können sie vom Energieversorgungsunternehmen in regelmäßigen Abständen eine Überprüfung des Preisniveaus verlangen (dazu b)).

a) Außerordentliches Kündigungsrecht

Auf § 24 Abs. 1 S. 1 EnSiG gestützte Preisanpassungen müssen von den Kunden nicht akzeptiert werden. Gemäß § 24 Abs. 2 S. 3 EnSiG hat der Kunde bei jeder Preisanpassung nach § 24 Abs. 1 S. 1 EnSiG ein außerordentliches Kündigungsrecht. Ausgeübt werden kann dieses Recht nur unverzüglich nach Zugang der Preisanpassungsmitteilung. Unverzüglich bedeutet auch in diesem Kontext ohne schuldhaftes Zögern⁸⁹.

Konsequenz einer entsprechenden Kündigung ist der Verlust des dem Kunden vertraglich eingeräumten Gasbezugsrechts⁹⁰. Entnimmt der Kunde dessen ungeachtet dem Netz weiterhin Gas, so erfolgt dies, sofern die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Ersatzversorgung nach § 38 EnWG gegeben sind, im Rahmen der Ersatzversorgung und außerhalb der Entnahme von Gas aus einem in Niederdruck betriebenen Netz als unberechtigte Netzentnahme, die den Netzbetreiber zur sofortigen Unterbrechung der Versorgung berechtigt.

b) Kontrollrechte in Bezug auf die Preishöhe

Will oder kann sich der Kunde einer auf § 24 Abs. 1 EnSiG gestützten Preisanpassung nicht durch Kündigung seines Vertrags entziehen, so stehen ihm umfassende Kontrollrechte zu:

- Bis zur Aufhebung der Feststellung nach § 24 Abs. 1 Satz 1 EnSiG hat der Kunde, wenn sein Gaslieferant ihm gegenüber Preisanpassungen auf das (Sonder-)Preisanpassungsrecht des Energiesicherungsgesetzes gestützt hat, das Recht, alle zwei Monate ab Wirksamwerden der außerordentlichen Preisanpassung die Überprüfung und gegebenenfalls die unverzügliche Anpassung des vertraglichen Preises auf ein angemessenes Niveau zu verlangen⁹¹. Macht der Kunde ein entsprechendes Verlangen geltend, so verpflichtet § 24 Abs. 3 S. 3 EnSiG den Lieferanten dem Kunden innerhalb einer Frist von zwei Wochen das Ergebnis der Prüfung und ggf. die Preisänderung mitzuteilen und diese zu begründen. Für die Angemessenheit gilt § 24 Abs. 1 S. 2 EnSiG entsprechend mit der Maßgabe, dass beim Energieversorgungsunternehmen nach der Preisanpassung eingetretene Kostensenkungen zu berücksichtigen sind⁹². Hinsichtlich der Begründungstiefe gilt, dass die Begründung auf die Kosten der Ersatzbeschaffung beschränkt ist und deren Höhe bzw. deren Entwicklung für den Kunden nachvollziehbar dargelegt werden muss⁹³.

⁸⁹ Siehe § 121 BGB. Will sich das Energieversorgungsunternehmen auf eine verspätete Kündigung des Kunden berufen, so obliegt ihm der Nachweis der Verfristung, also die schuldhaft verzögerte Kündigung seitens des Kunden. Hierfür muss es darlegen und ggf. beweisen, wann die Preisanpassungsmitteilung dem Kunden zugegangen ist, siehe dazu unter Punkt 5 a).

⁹⁰ Nach der Konzeption des § 24 Abs. 2 EnSiG gilt insofern das Alles oder Nichts-Prinzip. Häufig dürften in der Praxis aber auch vertriebliche Lösungen, die auf eine mengenmäßige Beschränkung des Gasbezugsrechts des Kunden oder einen temporären Verzicht auf sein Gasbezugsrecht hinauslaufen, in Betracht kommen.

⁹¹ § 24 Abs. 3 S. 2 EnSiG.

⁹² § 24 Abs. 3 S. 4 EnSiG. Erfolgt auf ein Verlangen nach § 24 Abs. 3 S. 2 EnSiG keine Anpassung, hat der Kunde das Recht, den Vertrag ohne Einhaltung einer Frist zu kündigen, siehe § 24 Abs. 3 S. 5 EnSiG.

⁹³ Die Anforderungen an den Nachweis der Angemessenheit einer Preisanpassung sind unterschiedlich. Steht der Nachweis tatsächlicher Ersatzbeschaffungskosten durch importierende Gasgroßhändler in Frage, so stellen sich andere Fragen, als wenn es um den Nachweis der Angemessenheit einer auf einer nachgelagerten Stufe vorgenommenen

- Die S. 2 bis 6 von § 24 Abs. 3 EnSiG sind nach der Aufhebung der Feststellung einer erheblichen Reduzierung der Gesamtgasimportmengen nach Deutschland entsprechend anzuwenden mit der Maßgabe, dass vier Wochen nach Aufhebung der Feststellung die Energieversorgungsunternehmen verpflichtet sind, den Preis auf ein angemessenes Niveau zu senken⁹⁴. Das bedeutet, dass das den Kunden alle zwei Monate ab Wirksamwerden einer außerordentlichen Preisanpassung zustehende Überprüfungs- und Preisabsenkungsrecht nicht von einer Aufhebung der Feststellung einer erheblichen Reduzierung der Gesamtgasimportmengen nach Deutschland berührt wird, die Gasvertriebsunternehmen aber spätestens vier Wochen nach Aufhebung der Feststellung verpflichtet sind, den Preis auf ein angemessenes Niveau zu senken. Übersteigt dieses (angemessene) Niveau das vor der Preisanpassung nach § 24 Abs. 1 S. 1 EnSiG gültige Niveau, muss das Energieversorgungsunternehmen dem Kunden die Angemessenheit des höheren Preises nachvollziehbar darlegen⁹⁵.
- Offen ist, ob sich der Kunde als Reaktion auf eine Preisanpassung nach § 24 Abs. 1 S. 1 EnSiG auf eine Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB berufen kann. Konsequenz der Ausgestaltung des (Sonder-)Preisanpassungsrechts als gesetzlich vermitteltes Recht zur einseitigen Leistungsbestimmung⁹⁶ wäre an und für sich die zwingende Geltung auch von § 315 Abs. 3 BGB. Zweifel an dem Eingreifen dieses Rechts bestehen allerdings deswegen, weil man zum einen die Sonderregelungen in § 24 Abs. 2 S. 3 (Sonderkündigungsrecht) und in § 24 Abs. 3 S. 2 EnSiG (jederzeitiges Überprüfungsrecht im Zweimonatsturnus) als § 315 Abs. 3 BGB verdrängende Spezialregelungen verstehen könnte. Zum anderen könnten auch der Sinn und Zweck der Regelung einer Billigkeitskontrolle entgegenstehen. Geht es mit § 24 Abs. 1 S. 1 EnSiG nämlich darum, im Interesse schneller und effektiver Reaktion auf eine Gasmangellage durch die Weitergabe von Belastungen aus plötzlich auftretenden Preisanstiegen einem Zusammenbruch der Energiewirtschaft vorzubeugen, so verträgt es sich mit diesem Zweck nicht, wenn Kunden durch die schlichte Erhebung des Unbilligkeitseinwands die Fälligkeit von Preisanpassungen bis zum Nachweis der Billigkeit hinauszögern könnten⁹⁷.

Preisanpassung geht. Im letztgenannten Fall beschränkt sich der Angemessenheitsnachweis auf die vom Vorlieferanten als Kosten der Ersatzbeschaffung in Rechnung gestellten Preise.

⁹⁴ Siehe § 24 Abs. 3 S. 7 EnSiG.

⁹⁵ Siehe § 24 Abs. 3 S. 8 EnSiG. Fraglich ist, in welchen Fällen der Preis nach Aufhebung der Feststellung einer erheblichen Reduzierung der Gesamtgasimportmengen über dem Preisniveau liegen kann, das vor der Inanspruchnahme des Preisanpassungsrechts nach § 24 Abs. 1 EnSiG galt. Nach hier vertretener Auffassung kann dies nur dann der Fall sein, wenn die auf der Importstufe relevanten tatsächlichen Ersatzbeschaffungskosten nicht sofort, sondern erst mit zeitlichem Verzug anfallen und weitergegeben werden können oder wenn wegen der Vorankündigungsfrist Kostensteigerungen nicht unmittelbar weitergegeben werden können.

⁹⁶ Siehe oben unter Punkt 3 aE.

⁹⁷ Hielte man eine Billigkeitskontrolle von auf der Grundlage von § 24 Abs. 1 EnSiG vorgenommenen Preisanpassungen für nicht einschlägig, so richteten sich die Rechtsfolgen von Widersprüchen der Kunden gegen die Angemessenheit der Preisanpassungen allein nach den vertraglichen Vereinbarungen, insbesondere den Klauseln zur Fälligkeit und zum Umgang mit Einwänden der Kunden gegen ihnen in Rechnung gestellte Preise.

8. Fazit

Das (Sonder-)Preis Anpassungsrecht nach § 24 Abs. 1 S. 1 EnSiG verschafft den von einem erheblichen Importausfall betroffenen Energieversorgungsunternehmen Entlastung. Mit der von den vertraglichen Regelungen für Preis Anpassungen losgelösten und auf die Kosten der Ersatzbeschaffung bezogenen Weitergabemöglichkeit nach § 24 Abs. 1 S. 1 EnSiG ist nunmehr ein Instrument vorhanden, mit dem die (hohen) Kosten einer Ersatzbeschaffung im Gasversorgungsnotfall unabhängig von den, auf einen solchen Notfall nicht zugeschnittenen Vertragssystemen an die Kunden weitergegeben werden können.

Ob mit dem (Sonder-)Preis Anpassungsrecht aber tatsächlich in jedem Einzelfall eine (finanzielle) Überforderung der betroffenen Energieversorgungsunternehmen verhindert werden kann, ist fraglich. Insbesondere in Fällen von Portfoliobeschaffungen und längerfristigen Verträgen dürfte es zahlreichen Energieversorgungsunternehmen insbesondere bei länger anhaltenden Importausfällen schwerfallen, die richtige Entscheidung hinsichtlich der Wahl zwischen vertraglichen Preis Anpassungs- und gesetzlichem Notfalleinpassungsregime zu treffen.

Unabhängig hiervon führt die Anwendung von § 24 Abs. 1 S. 1 EnSiG zur (weitgehenden) Abwälzung der Ersatzbeschaffungskosten auf die Letztverbraucher. Abgesehen von der auf dieser Stufe sicher zahlreich eintretenden finanziellen Überforderung einzelner Kunden, ist Konsequenz der lieferkettenbezogenen Ausrichtung des § 24 Abs. 1 S. 1 EnSiG, dass unterschiedlich hohe Gaspreise für einzelne Kunden entstehen, je nachdem, in welchem Maße die jeweilige Lieferkette konkret von einem Ausfall von Gasimportmengen betroffen ist.

C. Schlussfolgerungen für die (vertragsrechtliche) Risikoversorge

Selbst wenn die unter B. II. behandelten Szenarien 2 und 3 nur künftige Risiken beschreiben, besteht doch schon jetzt Handlungsbedarf. Er bezieht sich auf folgende Punkte:

- Das Risiko von Lieferunterbrechungen zwingt zu einer **sorgfältigen Analyse des Vertragsportfolios** im Hinblick auf Regelungen zu Gasmangellagen, Risikobegrenzungsklauseln, Laufzeiten etc. und mit Differenzierung nach einzelnen Kundengruppen oder -segmenten (Privatkunden, Gewerbe- und Industriekunden sowie Weiterverteilern). Die Vertragsanalyse muss das gesamte Vertragsportfolio erfassen, d.h. Absatzverträge ebenso wie Beschaffungsverträge.
- Das Risiko von Lieferunterbrechungen auf der Vorlieferantenstufe enthebt nicht von einer sorgfältigen und umfassenden Vertragsanalyse, denn Preissteigerungen und/oder Unterbrechungen im Vorlieferantenverhältnis befreien Lieferanten nicht automatisch von eigenen (Absatz-)Verpflichtungen.
- Außerdem gilt es Nebenpflichten, insbesondere Mitteilungs- und Hinweispflichten (siehe etwa Ziff. 3 Musterklausel höhere Gewalt) zu beachten. Angesprochen sind insofern vertragsrechtlich begründete Pflichten ebenso wie solche, die normativ, etwa nach der

REMIT-VO für den Energiegroßhandel, vorgegeben sind. Ferner muss jedes Vertriebsunternehmen die eigenen Kooperations- und Abstimmungspflichten, etwa im Verhältnis zu dem oder den Netzbetreibern, im Blick haben. Auch in Fällen außergewöhnlicher Marktentwicklungen sind Vertriebe nicht automatisch von regulatorischen Anforderungen befreit.

- Schließlich sollten von allen Energievertriebsunternehmen Verhaltensleitfäden für verschiedene Szenarien, einschließlich Repartierungsplänen unter Berücksichtigung gesetzlicher und/oder behördlich vorgegebener Wertentscheidungen zu geschützten Kunden(-gruppen), erarbeitet werden. Im Anschluss steht die hierauf bezogene Schulung der Mitarbeiter und die Umsetzung entsprechender Compliance-Vorgaben an.

D. Weitergehender Unterstützungsbedarf

Die vorstehenden Ausführungen zeigen eindrucksvoll, dass Gaslieferanten in der aktuellen, außergewöhnlichen und in ihrer Dimension für niemanden voraussehbaren Situation auf staatliche und/oder behördliche Unterstützung dringend angewiesen sind:

Szenario 1: Schon in der derzeitigen Marktsituation, d.h. im Szenario 1, die „allein“ die Bewältigung der wirtschaftlichen Folgen eines außergewöhnlichen Preisanstiegs betrifft, sind Energievertriebsunternehmen vor enorme Herausforderungen gestellt. Hierauf hat der Gesetzgeber reagiert und mit dem Osterpaket u.a. die Ersatzversorgung nach § 38 EnWG von der Grundversorgung nach § 36 EnWG entkoppelt. Für den Sonderkundenbereich, einschließlich der Belieferung von Industriekunden und Weiterverteilern mit Gas, sind nach uns vorliegenden Informationen Sonderregelungen nicht geplant. Als Unterstützungsmaßnahmen kommen aber vor allem eine (steuerfinanzierte) Liquiditätsunterstützung der energieintensiven Industrie und Bürgschaften und/oder eine alle Kunden betreffende Reduzierung der Erdgassteuer und/oder anderer staatlicher Belastungen in Betracht.

Szenario 2: Obwohl von der Gefährdung für die Versorgungssicherheit betrachtet, das Szenario 2 noch nicht einmal die höchste Notlage beschreibt, ist in diesem Szenario der Unterstützungsbedarf am größten. Die Vertriebsunternehmen sehen sich außergewöhnlichen Herausforderungen ausgesetzt, die, wenn es um die Verteilung knapper Gasmengen auf eine ungleich größere Nachfrage geht, zudem die ihnen von ihrer Marktrolle zugewiesenen Aufgaben deutlich überschreiten. Zur Beschränkung auf die Aufgaben, die klassischen Vertriebsunternehmen von ihrer Marktrolle zugewiesen sind, sind klare und transparente Vorgaben zum Verteilungsmaßstab unumgänglich. Außerdem liegt eine Übertragung der in § 16 Abs. 3 EnWG für Netzbetreiber geregelten Leistungsbefreiung und Haftungsbeschränkung auf Vertriebe nahe, wenn sie im öffentlichen Interesse liegende Verteilungsfunktionen hinsichtlich der Zuordnung von Gasmengen erfüllen.

Generell gilt weitergehend, dass je klarer im Vorfeld von der BNetzA und/oder dem BMWK kommuniziert wird, wann und unter welchen Voraussetzungen welche Eingriffe erfolgen, desto eher können Kollateralschäden wegen unterschiedlicher Reaktion einzelner Marktteilnehmer vermieden werden. Insofern muss es bei den staatlicher- und/oder behördlicherseits ergriffenen

Maßnahmen auch immer um die gesamte Wertschöpfungsstufe von dem importierenden Gasgroßhändler bis zu den einzelnen Kunden gehen. Zudem müssen Lastfluss, vertragliche Beziehungen und bilanzielle Abwicklung als zusammenhängendes Konstrukt verstanden werden.

Szenario 3: In diesem Szenario werden Energievertriebsunternehmen am effektivsten unterstützt, wenn BMWK und BNetzA von den ihnen nach dem Energiesicherungsgesetz und der Gas-sicherungsverordnung eingeräumten Handlungsmöglichkeiten umfassend Gebrauch machen und die Verantwortung für die Gasversorgung in Deutschland möglichst früh und weitgehend an sich ziehen. Zwar unterliegen sie hierbei nach den Vorgaben des Energiesicherungsgesetzes dem Verhältnismäßigkeitsprinzip. Ausdruck dieses Prinzips ist aber auch die Regelung in § 1 Abs. 2 GasSV, wonach der Lastverteiler Unternehmen verpflichten kann, Verträge abzuschließen oder abzuändern, insofern auch das „übliche“ bzw. ein „angemessenes Entgelt“ festsetzen und ggf. entsprechende Verpflichtungen durch (hoheitliche) Verfügung begründen kann. Hiervon sollte im Interesse schneller und effizienter Reaktion, ggf. zusätzlich mit der Festlegung einer Obergrenze für den Gaspreis auf dem Großhandelsmarkt, frühzeitig Gebrauch gemacht werden.

KANZLEI FÜR REGULIERTE INDUSTRIEN

Wirtschaft und Umwelt – Wettbewerb und Regulierung

LEITFELD Rechtsanwälte PartmbB
Im Mediapark 8a
50670 Köln

T +49 221 949 927 0
E www.leitfeld-recht.de