

Von der Pandemie direkt in die Energiekrise: Schon wieder «Force Majeure» - oder?

Ende Februar 2022 begann die kriegsrische Invasion Russlands in der Ukraine, welche die wirtschaftliche Lage in ganz Europa seither massiv beeinflusst. Die Lieferkettenunterbrüche, die Energie- und Rohstoffpreise lassen erkennen, wie unruhig die aktuelle Situation immer noch ist, und dass Unternehmen mit Unwägbarkeiten bei den Preisen und der Versorgungssituation rechnen müssen. Die Preise langfristiger Energielieferungen haben sich in sechs Monaten teilweise vervielfacht.

Die aktuelle Situation als "Force Majeure"?

"Force Majeure" wird gemeinhin als unvorhersehbares und ungewöhnliches Ereignis verstanden, das mit wirtschaftlich angemessenen Mitteln (auch durch nach den Umständen zu erwartender Sorgfalt) nicht verhütet oder unschädlich gemacht werden kann und mit dem nicht gerechnet werden muss.

Es ist jedoch zu unterscheiden, ob die Leistung selbst nicht mehr möglich ist, da etwa der im Kriegsgebiet angesiedelte Zulieferer seinen Betrieb eingestellt hat, oder ob die vereinbarte Leistung als solche zwar weiterhin möglich bleibt, für die leistende Partei jedoch nicht mehr gewinnbringend ist, oder sogar nur mit Verlusten realisierbar ist (z.B. aufgrund höherer Energie- oder Rohstoffpreise).

Das Institut der Force-Majeure, das zuletzt im Rahmen der Covid-19-Pandemie in den Vordergrund getreten ist (vgl. unseren Alert vom März 2020), kann in den Fällen einer Unmöglichkeit der Leistung zur Anwendung kommen, sofern die Parteien in ihren Vertrag eine „Force-Majeure-Klausel“ aufgenommen haben, und wenn diese Klausel aufgrund der allgemeinen Vertragsauslegung Anwendung findet oder die allgemeine gesetzliche Regelung über die unverschuldete Leistungsunmöglichkeit nach Art. 119 OR greift.

Dabei kann die Partei, welcher die Leistung unmöglich wird, z.B. von Schadensersatzzahlungen und auch der Leistungserbringung selbst befreit werden. Bei einer vertraglichen Regelung hängt dies im Einzelnen von der Ausgestaltung der „Force-Majeure-Klausel“ ab.

Ist demgegenüber die Vertragserfüllung grundsätzlich weiterhin möglich, sind „lediglich“ die Einkaufspreise oder Produktionskosten gestiegen und verringert sich daher nur die Marge oder lässt sich der Vertrag gar nur noch mit Verlust

erfüllen, so ist eine Lösung über die üblichen Force-Majeure-Klauseln nicht möglich (die üblichen Force Majeure Klauseln beinhalten lediglich ein Rücktrittsrecht und eben gerade keine Preisanpassungsmechanismen). Dann stellt sich die Frage, ob dem Leistungsverpflichteten andere Optionen offenstehen.

Preisanpassungsklauseln

Im Idealfall ist in einem Vertrag eine explizite Preisanpassungsklausel enthalten. Etwa wenn ohnehin vorgesehen ist, dass Preise entsprechend eines Index, etc. angepasst werden können. In einem solchen Fall kann der Vertrag im Rahmen derartiger Preisanpassungsklauseln unproblematisch angepasst werden. Eine vertragliche Abmachung liegt auch vor, wenn die Parteien private Normenwerke als anwendbar erklärt haben, so im Bereich des Werkvertragsrechts die SIA-Norm 118 des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins, oder eine der FIDIC-Rules der International Federation of Consulting Engineers, die (abhängig davon, welche Preisabrede getroffen wurde) Teuerungsmechanismen vorsehen können.

In der Praxis wurden jedoch aufgrund der bisherigen grundsätzlichen Stabilität der Märkte oder weil die Parteien im Rahmen der erwarteten Schwankungen eine klare Risikodistribution vorsehen wollten meist keine solchen Klauseln vorgesehen. Wer aber jetzt und heute Verträge verhandelt und abschliesst, sollte die Möglichkeit unbedingt nutzen. Folgende Punkte sollten bei einer Preisanpassungsklausel berücksichtigt werden:

- Die Preisanpassung muss an Kostenelemente gekoppelt werden, die beide Parteien kennen oder zumindest vernünftigerweise in Erfahrung bringen können.
- Ein Anstieg bei einem Kostenfaktor sollte durch tiefere Kosten in anderen Bereichen ausgeglichen werden können, damit eine Saldierung der Preisfaktoren stattfinden kann.
- Über die Abwälzung konkreter Kostensteigerungen soll lediglich eine Gewinnschmälerung vermieden, nicht jedoch zusätzlicher Gewinn erzielt werden (Einhalten des Äquivalenzverhältnis).

Fehlen von Preisanpassungsklauseln – was nun?

Führen veränderte Verhältnisse oder Umstände im Nachgang zu einem Vertragsabschluss zu einer massiven Leistungerschwerung bzw. zu einer Leistungsentwertung für eine Partei, kann eine Leistung auch bei Fehlen einer Preisanpassungsklausel aufgrund des im Schweizer Recht herrschenden Prinzips der *clausula rebus sic stantibus* durch eine (richterliche) Vertragsanpassung modifiziert werden. Im Zusammenhang mit den Energiepreisen und den Lieferengpässen können sich die Kosten für einen Lieferanten derart erhöhen, dass eine Leistung zu den dann zumal vereinbarten Konditionen untragbar wäre. In diesem Fall geht das Schweizer Recht in erster Linie trotz dieser "Gleichgewichtsstörung" zwischen Leistung und Gegenleistung vom Prinzip der Vertragstreue (*pacta sunt servanda*) aus. Sofern die veränderten Verhältnisse einen tatsächlichen Einfluss auf die vertragsgegenständlichen Leistungen haben, diese Gleichgewichtsstörung unzumutbar oder zumindest erheblich ist, nicht vorhersehbar war und unverschuldetermassen entstand, ist der Vertrag allenfalls entsprechend diesen veränderten Verhältnissen anzupassen. Im Einzelnen wird jedoch bei den Rohstoffen zu differenzieren sein, wie preisvolatil sich der Markt in der Vergangenheit präsentiert hat. Grundsätzlich sieht die Rechtsprechung die Preiskalkulation als ureigenen Risikobereich des Verkäufers an und fordert demnach auch, dass zukünftige Negativ-Preisentwicklungen ebenfalls bei der Kostenkalkulation berücksichtigt werden.

Im Bereich des Werkvertragsrechts sieht das Schweizer Recht in Art. 373 Abs. 2 OR eine ausdrückliche (aber dispositive) Normierung der *clausula rebus sic stantibus* vor (anwendbar, wenn ausserordentliche Umstände, welche nicht vorausgesehen werden konnten und wurden, die Fertigstellung hindern oder übermässig erschweren). In diesem Fall kann durch den Richter eine Erhöhung des Preises oder eine Auflösung des Vertrages ausgesprochen werden. In gleicher Weise erlaubt Art. 59 der SIA-Norm 118 eine Vertragsanpassung, die auch dann möglich ist, wenn eine Teuerungsabrechnung nach Art. 64 ff. SIA-Norm 118 ausgeschlossen ist. Eine Preisanpassung nach Art. 59 SIA-Norm 118 ist jedoch beschränkt. Sie soll die unzumutbare Leistungserbringung des Unternehmers zumutbar machen, ein Teil des Nachteils verbleibt beim Unternehmer.

Fazit

Die Auswirkungen des Krieges auf den weltweiten Energiemarkt und die Lieferketten beeinflussen die Unternehmen seit Monaten und werden sich auch in naher Zukunft kaum verbessern. Grundsätzlich können die *clausula rebus sic stantibus* oder entsprechende gesetzliche Preisanpassungsnormen dazu genutzt werden, um Anpassungen in bereits bestehenden Verträgen vorzunehmen. Die Anforderungen liegen zwar hoch, sind aber immer vom jeweiligen Einzelfall abhängig und daher grundlegend nicht erfolglos. Ein praktisches Problem, mit dem sich die benachteiligte Partei konfrontiert sieht, wenn keine Einigung über die Konsequenzen einer Vertragsstörung gefunden wird ist, dass eine Korrektur des Vertrages immer erst retrospektiv nach einem meist langjährigen Gerichtsverfahren erzwungen werden kann. Den Nachteil muss sie bis dann in der Regel vorfinanzieren. In naher Zukunft dürften Urteile zugunsten der benachteiligten Parteien in Bezug auf eine Preisanpassung folgen. Es bleibt abzuwarten, wie die Gerichte vor dem Hintergrund der Auswirkungen des Ukraine Konflikts Preisanpassungen insbesondere im B2B-Bereich neu bewerten. Für neue Verträge empfiehlt sich in jedem Fall die Aufnahme einer Force-Majeure und einer Preisanpassungsklausel, damit neben der anspruchsvollen gesetzlichen Anpassungsmöglichkeit zumindest vertragliche Mechanismen bestehen. Ebenso kann es Anlass geben, in bestehenden Verträgen auf Anpassungen zu drängen oder bei drohenden Konflikten eine Risikoanalyse anzustellen und strategische Massnahmen zu ergreifen.

Für eine entsprechende proaktive Beratung, für eine Analyse der rechtlichen Ausgangslage oder zur Durchsetzung von Ansprüchen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.



Gian Marchet Kasper
g.kasper@blumgrob.ch



Hans-Ulrich Kupsch
h.kupsch@blumgrob.ch