

Windenergietage 2023 Forum 4 am 09.11.2023

>> Wohl und Wehe langfristiger Dauerschuldverhältnisse in Projektgesellschaften

Referent: Wolfram von Blumenthal | Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

Kurzprofil BBH-Gruppe



Die BBH-Gruppe besteht aus der Kanzlei Becker Büttner Held (BBH), der BBH AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, der Unternehmensberatung BBH Consulting AG (BBHC), dem Quartiergestalter BBH Immobilien und der BBH Solutions.

Unser besonderes Kennzeichen ist der interdisziplinäre Beratungsansatz, der sich durch die Zusammenarbeit von Rechtsanwält*innen, Wirtschaftsprüfer*innen, Steuerberater*innen sowie Ingenieur*innen, Wirtschaftsexpert*innen und IT-Fachleuten auszeichnet.

Zusammen entwickeln wir für Sie passgenaue Lösungen für alle Unternehmenslagen.

- ▶ rund 600 Mitarbeiter*innen
- ▶ über 4.000 Mandanten

Kurzprofil BBH



Becker Büttner Held gibt es seit 1991. Bei uns arbeiten Rechtsanwält*innen, Wirtschaftsprüfer*innen und Steuerberater*innen – sowie weitere Expert*innen in der BBH-Gruppe. Wir betreuen über 4.000 Mandanten und sind die führende Kanzlei für die Energie- und Infrastrukturwirtschaft.

BBH ist bekannt als „die“ Stadtwerke-Kanzlei. Wir sind aber auch viel mehr. In Deutschland und auch in Europa.

Die dezentralen Versorger, die Industrie, Verkehrsunternehmen, Investoren sowie die Politik, z.B. die Europäische Kommission, die Bundesregierung, die Bundesländer und die öffentlichen Körperschaften, schätzen BBH.

- ▶ rund 250 Berufsträger*innen in Berlin, München, Köln, Hamburg, Stuttgart, Erfurt & Brüssel
- ▶ registrierte Interessenvertretung – Lobbyregister beim Deutschen Bundestag – R000790

Wolfram von Blumenthal



Herr von Blumenthal ist spezialisiert auf Gesellschaftsrecht, Mergers & Acquisition (M&A) sowie allgemeines Zivilrecht.

- ▶ Geboren 1966 in Marburg
- ▶ 1987 bis 1992 Studium der Rechtswissenschaften Bonn/München
- ▶ 1995 bis 1998 Rechtsanwalt bei der Kanzlei von Weidenbach und Kollegen München
- ▶ 1998 bis 2003 Leiter der Rechtsabteilung eines börsennotierten Unternehmens, Syndicus
- ▶ Seit 2004 Rechtsanwalt bei BBH München
- ▶ Seit 2007 Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
- ▶ Seit 2008 Partner bei BBH
- ▶ Seit 2017 Geschäftsführer der BBH Immobilien GmbH & Co. KG
- ▶ JUVE, Handbuch Wirtschaftskanzleien (2020/2021, 2021/2022, 2022/2023): häufig empfohlener Anwalt im Bereich M&A

Rechtsanwalt · Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht · Partner

81373 München · Pfeuferstr. 7 · +49 (0)89 23 11 64-147 · wolfram.von.blumenthal@bbh-online.de

Ausgangslage - Marktsituation M&A Windenergie

- ▶ Jedenfalls in der Niedrigzinsphase:
 - Sehr hohe Kaufpreise
 - Verkäufermarkt
- ▶ Verkäufer einschließlich Hersteller der WEA stellen die Rendite in den Projektgesellschaften über diverse Leistungsbeziehungen so ein, dass in der Projektgesellschaft eine Rendite verbleibt, die eine Transaktion noch ermöglicht
- ▶ Dies ist den Käufern auch bekannt

Ausgangslage - Marktsituation M&A Windenergie

- ▶ Marktverhältnisse führen dazu, dass ungewöhnliche Gestaltungen insbesondere bei Vergütung und Laufzeit „akzeptiert“ wurden
- ▶ Kaufpreisanpassungsklauseln wurden hingegen selten vereinbart („*earn out*“)
- ▶ Während der Laufzeit der Dauerschuldverhältnisse wesentliche Veränderungen der maßgeblichen Umgebungsbedingungen:
 - Systemwechsel in den Fördersystemen (Übergang von der Einspeisevergütung zur Direktvermarktung)
 - Strompreise
 - Inflation
- ▶ Die Dauerschuldverhältnisse werden vom Verkäufer (Projektentwickler) vor der Veräußerung zwischen der zu veräußernden Projektgesellschaft und dem Verkäufer abgeschlossen.

Ausgangslage - Marktsituation M&A Windenergie

- ▶ Beispiel für eine Vergütungsregelung in einem kaufmännischen Betriebsführungsvertrag:

„Die jährliche Vergütung beläuft sich auf zwei Prozent des jährlichen Umsatzes die der Windpark durch den Verkauf elektrischer Energie, zuzüglich Umsatzsteuer, erwirtschaftet.“

- Gilt das auch noch bei den Strompreisen des vergangenen Winters?

Ausgangslage - Marktsituation M&A Windenergie

- ▶ Typisch ist die Kombination derartiger Klauseln über die Vergütung mit Laufzeitvereinbarungen über 20 Jahre
- ▶ Probleme insbesondere:
 - Laufzeit
 - Kündbarkeit
 - Anpassung der Vergütung

Vereinbarkeit mit § 138 BGB

- ▶ § 138 Abs. 2 BGB setzt eine verwerfliche Gesinnung voraus
- ▶ Typischerweise kein Sachverhalt, der Annahme einer Zwangslage, Unerfahrenheit, mangelndes Urteilsvermögen bzw. erhebliche Willensschwäche rechtfertigt
- ▶ Der Tatbestand des Wuchers setzt das Überschreiten einer Schwelle voraus (Ausbeutung)
 - Wucher gegen sich selbst?
 - Wucher gegenüber der Käuferin?

Vertragsanpassung - Wegfall der Geschäftsgrundlage

- ▶ Regelung knüpft an den erzielten *Umsatz* an
- ▶ Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, haben sich nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert
 - Wegfall der objektiven Geschäftsgrundlage kann angenommen werden, da infolge des drastischen Anstiegs der Strompreise ein grobes Missverhältnis zwischen den beiderseitigen vertraglichen Leistungspflichten entstanden ist
 - Voraussehbare Risiken und Gefahren gehören grundsätzlich nicht zur Geschäftsgrundlage

Vertragsanpassung - Wegfall der Geschäftsgrundlage

- ▶ Festhalten am unveränderten Vertrag ist unzumutbar?
 - Festhalten am Vertrag müsste zu einem *untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit schlechthin unvereinbaren Ergebnis* führen
 - Umfassende Interessenabwägung unter Würdigung aller Umstände
- Problem, da selbst Gesetzgeber sich dazu entschieden hat, die durch die hohen Strompreise entstandenen Gewinne mittels Übergewinnsteuer abzuschöpfen
- Unzumutbarkeit schwierig zu begründen

(Ergänzende) Auslegung

- ▶ Weist ein Vertrag eine bewusste oder versehentliche Lücke auf, so kann eine Auslegung anhand der ergänzenden Vertragsauslegung stattfinden (hypothetischer Parteiwille)
- ▶ Schließung von Vertragslücken
- ▶ Für das Vorliegen einer Lücke ist charakteristisch, dass der Vertrag in seiner unkorrigierten Form nicht zu angemessenen und interessengerechten Lösungen führt
- ▶ Voraussetzung ist eine planwidrige Unvollständigkeit des Vertrages (sog. „Ergänzungsbedürftigkeit“)
- ▶ Positive Vertragsfreiheit erlaubt es, auch Verträge mit nachteiligem Inhalt abzuschließen

Kündigung

- ▶ Außerordentliche Kündigung möglich?
 - ▶ Meistens keinerlei Regelung zur Möglichkeit der Erklärung einer ordentlichen Kündigung
 - ▶ Nach OLG Hamm (Urt. v. 02.07.2020, Az.: 5 U 81/19) kann der Grundsatz der objektiven Auslegung u.U. dazu führen, dass die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung nicht (konkludent) ausgeschlossen wird.
 - ▶ Nur der Fall, wenn der Wortlaut einer Klausel eindeutig eine Kündigungsmöglichkeit nicht ausschließt
- Laufzeitregelungen wirksam?

Einbeziehung von AGB

- ▶ § 305 Abs. 1 S. 1 und 3 BGB: *„alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. [...] Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im Einzelnen ausgehandelt sind.“*
- ▶ Sachvortrag, der die Annahme von Verhandlungen zwischen Käufer und Verkäufer rechtfertigt, wird häufig fehlen.
- ▶ Ist das überhaupt relevant, wenn die Verträge von der verkauften Projektgesellschaft mit dem Verkäufer oder einer mit ihm verbundenen Gesellschaft abgeschlossen wurden?

Einbeziehung von AGB

- ▶ Maßgeblich sind die Parteien des jeweiligen Vertrages bei Vertragsschluss
- ▶ Voraussetzungen von § 305 Abs. 1 S. 3 BGB liegen nicht vor
- ▶ Gute Gründe sprechen für die Annahme von für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingung
- ▶ Entwürfe wurden einseitig gestellt
 - ▶ Die Vorlage von Vertragsentwürfen mit der Aufforderung Änderungsvorschläge zu machen, vermag die Voraussetzung des Stellens (§ 305 Abs. 1 BGB) nicht zu beseitigen
 - ▶ Genügend ist die einmalige Verwendung eines Vertragsformular, wenn das Formular generell für eine Vielzahl von Fällen gedacht ist

Einbeziehung von AGB

Liegt ein Verwender von AGB vor?

- In derartigen Fällen werden Verträge oftmals durch dieselbe Person auf Seiten von Käufer und Verkäufer unterzeichnet
- Können AGB auch zwischen Unternehmen derselben Gruppe vorliegen?
- Wortlaut von § 305 Abs. 1 S. 1 BGB spricht von einer Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei
- Besonderheit der Unternehmensgruppe bzw. von verbundenen Unternehmen (§§ 15 ff. AktG) findet keine besondere Berücksichtigung im Gesetzeswortlaut
- Maßgeblich ist, ob eine Partei einseitig fremde Rechtsgestaltungsmacht zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses gegenüber der anderen Vertragspartei ausübte
- Es ist unbeachtlich, dass die Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu einer Unternehmensgruppe gehörten

Verstoß gegen § 307 BGB wegen zu langer Laufzeitvereinbarung

▶ Anforderungen:

- Die *unangemessene Benachteiligung* ist anhand der typischen Erfordernisse des Geschäfts und seiner rechtlichen Grundlagen zu beurteilen (etwa BGH, Urteil v. 06.12.2002, Az.: V ZR 220/02)
 - Je nach Vertragstyp können sich die akzeptablen Laufzeiten erheblich unterscheiden
 - Eine 10 - 12 Jahre übersteigende Vertragsdauer bedarf regelmäßig einer ganz besonderen Rechtfertigung
 - Die gewählte Vertragsdauer muss für den Verwender der AGB erforderlich sein (etwa BGH, Urt. v. 15.03.2018, Az.: III ZR 126/17, wo eine 72-monatige Laufzeit als mit § 307 Abs. 1 BGB für unvereinbar erklärt wurde)
 - Hier: Die Laufzeit wird in den meisten Fällen nicht erforderlich sein
- ▶ Gute Gründe sprechen für die Annahme der Unwirksamkeit der jeweiligen Laufzeitregelung

Fazit

▶ Die typischen projektspezifischen langfristigen Dienstleistungsverträge begeben folgenden Risiken:

Die Langfristigkeit begründet die Gefahr, dass Regelungen aufgrund eines geänderten Umfeldes wirtschaftlich unangemessene Ergebnisse zeitigen

Einseitiges Vertragsanpassungsverlangen werden häufig an fehlender Unzumutbarkeit scheitern

Eine lange Vertragsdauer wird häufig gegen § 307 Abs. 1 S. 1 BGB verstoßen mit der Folge, dass der Vertrag entgegen der Intention des Verkäufers ordentlich unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfristen kündbar ist

Variable Kaufpreisregelungen („earn out“) bieten Lösungen

Vielen Dank
für Ihre Aufmerksamkeit.

www.die-bbh-gruppe.de
www.bbh-blog.de



BBH_online



die_bbh_gruppe



Die BBH-Gruppe