

# TE OGH 2006/11/30 80b86/06i

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.11.2006

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Vizepräsidentin des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Langer als Vorsitzende, die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Spenling und Dr. Kuras und die Hofräatinnen des Obersten Gerichtshofes Dr. Lovrek und Dr. Glawischnig als weitere Richter in den verbundenen Rechtssachen der klagenden und widerbeklagten Partei T\*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Wolfgang Tautschnig, Rechtsanwalts GmbH in Klagenfurt, wider die beklagte und widerklagende Partei S\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\* vertreten durch Klein, Wuntschek & Partner, Rechtsanwälte GmbH in Graz, wegen insgesamt 2.682.717,73 EUR sA, über den Rekurs der Beklagten gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Graz als Berufungsgericht vom 9. März 2006, GZ 3 R 1306s-37, womit über Berufung der Klägerin das Urteil des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Graz vom 11. Oktober 2005, GZ 22 Cg 21/04v-29, in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 11. November 2005, GZ 22 Cg 21/04v-31, aufgehoben wurde, den Beschluss

gefasst:

## **Spruch**

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## **Text**

Begründung:

Die klagende und widerbeklagte Partei (in der Folge immer: Klägerin) als Tochtergesellschaft einer AG mit Sitz in Villach betreibt eine Elektrokorundschmelze am Standort \*\*\*\*\* in Italien. Dabei handelt es sich um eine äußerst energieintensive Produktion. Der jährliche Strombedarf am italienischen Standort beträgt rund 80 GWh. Elektrische Energie ist daher für die Klägerin ein sehr wesentlicher Produktionsfaktor.

Die Beklagte und widerklagende Partei (in der Folge immer: Beklagte) ist ein Elektrizitätsunternehmen mit Sitz in Österreich. Sie erzeugt Elektrizität und handelt mit Strom.

Betreiberin des Übertragungs- und Verteilungsnetzes in dem hier maßgeblichen Gebiet in Österreich („Regelzone Ost“) ist die A\*\*\*\*\* AG (A\*\*\*\*\* - in der Folge immer als Regelzonenführerin - RZF - bezeichnet).

Betreiberin des italienischen Übertragungs- und Verteilungsnetzes ist die G\*\*\*\*\* (in der Folge immer: italienische Netzbetreiberin). Von Österreich nach Italien führt über den Knotenpunkt Sillian eine internationale Stromleitung. Aufgrund interner Übereinkommen erfolgte die Kapazitätszuweisung dieser internationalen Leitung derart, dass die Netzkapazität von 220 MW je zur Hälfte zwischen der RZF und der italienischen Netzbetreiberin aufgeteilt wurde. Die Hälfte der Gesamtkapazität wird somit von der italienischen Netzbetreiberin nach italienischen Regeln vergeben, über die andere Hälfte der Kapazität verfügt die RZF unter Beachtung österreichischer Regeln. Im Zuge der europäischen Strommarktliberalisierung bot sich für die Klägerin ab 1999 die Möglichkeit, durch grenzüberschreitende

Stromlieferungsverträge mit einem ausländischen Stromanbieter Preisvorteile gegenüber dem italienischen Strompreisniveau zu erlangen. Angestrebt wurde eine einheitliche Belieferung der Klägerin in Italien und ihres Mutterunternehmens in Villach auf Basis eines gemeinsamen Stromlieferungsvertrages.

Bereits 1999 bestand zwischen den Streitteilen ein auf drei Jahre befristeter Stromlieferungsvertrag. Bereits damals wurde neben dem Strompreis insbesondere auch die Frage erörtert, wie man den Strom von Österreich nach Italien leiten kann. Beiden Seiten war dabei klar, dass diese Durchleitung sowohl vom österreichischen als auch vom italienischen Netzbetreiber abhängig ist.

Die Erfüllung des ersten Stromlieferungsvertrages zwischen den Streitteilen mit einer Laufzeit vom 1. 8. 1999 bis 31. 12. 2002 wurde durch eine zwischen der RZF und der Beklagten für diese Dauer geschlossenen Übertragungsdienstvereinbarung ermöglicht. Die Funktion der RZF als Übertragungsnetzbetreiberin war der Klägerin von Anfang an bekannt. Eine schriftliche Bestätigung der Übertragungsdienstvereinbarung (bezogen auf die Dauer von August 1999 bis Dezember 2002) wurde der Klägerin vor dem Vertragsabschluss 1999 übermittelt. Auf dieser Basis wurde der Vertrag 1999 zwischen den Streitteilen ohne die ursprünglich im Vertragsentwurf enthaltene Bedingung des Netzzuganges geschlossen. Die RZF hielt die Übertragungsdienstvereinbarung mit der Beklagten während der gesamten Vertragslaufzeit ein. Auf dieser Basis erfolgte die Belieferung der Klägerin.

Um die sonst vorgesehene automatische Vertragsverlängerung zu vermeiden, kündigte die Beklagte diese Vereinbarung aus wirtschaftlichen Gründen zum 31. 12. 2002 auf.

In der Folge verhandelten die Streitteile über den Abschluss eines neuen Stromlieferungsvertrages. Parallel dazu verhandelte die Beklagte mit der RZF, um wie beim Vorgängervertrag eine eigene 10 MW-Kapazität für die Durchleitung zu erhalten. Bald wurde jedoch klar, dass die RZF eine Zusicherung der Durchleitung für 2003 bis 2005 nicht erteilen wird: Die V\*\*\*\*\* A\*\*\*\*\* \*\*\*\*\* AG (\*\*\*\*\*) als Stromgroßhändlerin des Verbundkonzerns (in der Folge immer: Händlerin) hatte sich nämlich aufgrund eines mit der RZF bereits 1999 geschlossenen Vertrages die gesamten Durchleitungsberechte hinsichtlich der österreichischen Kapazität auf der Leitung nach Italien für 14 Jahre gesichert.

In den dem zweiten Vertragsabschluss vorangegangenen Vertragsverhandlungen wurde die Durchleitungsproblematik erörtert. Die Klägerin war in Kenntnis darüber, dass eine direkte Kapazitätszuweisung an die Beklagte durch die RZF nicht mehr in Frage kommt und dass die Lieferung nur im Wege einer Kooperation mit der Händlerin in Form einer Stromabtretung erfolgen kann. Bei Abschluss des zweiten Stromlieferungsvertrages war noch offen, ob es eine Durchleitungsmöglichkeit geben wird. Die Beklagte teilte der Klägerin vor Übermittlung des Vertragsentwurfes mit, dass nach Rücksprache mit der Verbundgesellschaft (gemeint: Händlerin) „die 10 MW für Italien fix sein sollten“. Die Vertragseckpunkte der zwischen der Händlerin und der Beklagten abzuschließenden Vereinbarung lagen zu diesem Zeitpunkt bereits vor und wurden der Klägerin auch übermittelt. Der Klägerin war klar, dass die für die Erfüllung des Stromlieferungsvertrages erforderliche Durchleitungsmöglichkeit nach Italien nicht für die gesamte Vertragsdauer gesichert war: Die Vereinbarung zwischen der Beklagten und der Händlerin wies nur eine einjährige Vertragsdauer mit jährlicher Verlängerungsmöglichkeit auf. In die Details der Stromtauschvereinbarung zwischen der Beklagten und der Händlerin war die Klägerin nicht eingeweiht.

Die Vereinbarung zwischen der Beklagten und der Händlerin wurde auf Vorstandsebene mündlich getroffen. Vereinbart wurde ein Stromtausch:

Die Beklagte sollte von der Händlerin den zur Belieferung der Klägerin notwendigen Strom in Italien zur Verfügung gestellt erhalten. Im Gegenzug war vorgesehen, dass die Beklagte Strom in einem anderen Land an die Händlerin zurückgibt. Auf dieser Basis erfolgte auch die Belieferung der Klägerin im Jahr 2003. Der zwischen den Streitteilen im August/September 2002 geschlossene Elektrizitätsliefervertrag, für den vereinbarungsgemäß österreichisches Recht gelten sollte, sieht eine maximale vertragliche Stromversorgung der Klägerin von 10 MW zu fixen Stromtarifen vor (2003 25,20 EUR/MWh; 2004 25,40 EUR/MWH; 2005 25,90 EUR/MWh).

Abweichend vom Vorgängervertrag enthält der 2002 geschlossene Stromlieferungsvertrag folgende Klausel:

„5.1 Dieser Vertrag tritt mit 1. Jänner 2003 in Kraft und endet am 31. Dezember 2005 unter der Bedingung, dass der Zugang zum Netz in Österreich durch....(RZF) und auch ....(italienische Netzbetreiberin) in Italien für jedes Jahr für die erforderliche Menge gewährt wird....“

Vor Unterfertigung des Vertrages fiel dem Präsidenten des Verwaltungsrates der Klägerin auf, dass eine mögliche

Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse nicht ausreichend berücksichtigt wurde. Er dachte dabei hauptsächlich an die in Italien stark steigenden Netzkosten. Aus diesem Grund verfasste er im September 2002 eine Zusatzvereinbarung zum Stromlieferungsvertrag mit folgendem, zwischen den Streitteilen unstrittigen Wortlaut:

„1. Die Parteien werden sich nach besten Kräften bemühen, die

Durchleitung der benötigten elektrischen Energie im Ausmaß von 80 GWh von Österreich zum Standort... (Italien) während der Vertragslaufzeit zu erhalten. Sollte dies aus faktischen oder wirtschaftlichen Gründen nicht möglich bzw. vertretbar sein, so gilt der Liefervertrag zwischen..... (Klägerin) und .....(Beklagten) für die verbleibende Vertragslaufzeit als ohne weitere gegenseitigen Ansprüche aufgehoben und kann nur durch eine gemeinsame Erklärung der Parteien wieder in Kraft gesetzt werden. Eine Verhinderung der Durchleitung aus wirtschaftlichen Gründen liegt insbesondere dann vor, wenn sich die zu erwartenden und von (Klägerin) zu tragenden Durchleitungskosten nach..... (Italien) für das darauffolgende Jahr in Bezug auf das laufende Jahr um mehr als 5 % erhöhen und kann.....(Klägerin) in diesem Fall die Beendigung der Stromlieferung.... (nach Italien) verlangen.

2. Für den Fall der Aufhebung des Stromlieferungsvertrages nach .....(Italien) in obigem Sinne bleiben die Stromlieferungen für den Standort Villach mit der Maßgabe aufrecht, dass der laut Punkt 4. des diesbezüglichen Vertrages anzuwendende Energiepreis um den Betrag von 70.000 EUR pro Jahr an verbleibender Laufzeit verringert wird.“

Die Klägerin übermittelte diese Zusatzvereinbarung der Beklagten. Gesondert verhandelt oder besprochen wurde der Inhalt der Zusatzvereinbarung nicht. Es kann nicht festgestellt werden, dass zwischen den Streitteilen Übereinstimmung dahin bestand, dass diese Zusatzvereinbarung - abweichend vom Wortlaut - dahin auszulegen wäre, dass der Auflösungsgrund „wirtschaftliche Unmöglichkeit bzw. Ununtüchtigkeit“ nur zugunsten der Klägerin zur Anwendung kommen kann und sich die Beklagte daher nicht auf diesen berufen kann. Vereinbarungsgemäß sollten die für die jeweiligen Stromlieferungen gelegten Rechnungen im Verrechnungsweg zwischen der Beklagten und der Händlerin kompensiert werden. Zwischen der Beklagten und der Händlerin wurde jedoch bis Dezember 2003 keine Einigung über den Wertausgleich für die 2003 erfolgten Lieferungen erzielt: Das Preisniveau am italienischen Strommarkt liegt deutlich über jenem des österreichischen Strommarktes. 2003 kam es zu weiteren starken Preisseigerungen am italienischen Strommarkt. Zwischen der Beklagten und der Händlerin kam es in der Frage der Verrechnungsmodalitäten zu Auffassungsunterschieden. Die Beklagte ging davon aus, es würden jeweils nur die Strommengen, ohne Rücksicht auf den Wert in den jeweiligen Ländern, allenfalls vermehrt um allfällige Netzkosten, ausgetauscht. Die Händlerin meinte dagegen, dass es sich um ein sogenanntes „Swap-Geschäft“ handle und es daher zu einem Opportunitätsausgleich zu kommen habe. Dabei müsste die Beklagte der Händlerin jene Strommenge, die wertmäßig dem in Italien an die Beklagte abgetretenen Strom entspricht, in einem anderen Land zur Verfügung stellen. Die von der Händlerin an die Beklagte für 2003 gelegten Rechnungen von insgesamt 1.993.295,50 EUR stellen somit die sich aus den jeweiligen Marktpreisen ergebenden Wertdifferenzen der wechselseitigen Lieferungen dar. Diese Forderungen der Händlerin hätten für die Beklagte im Hinblick auf den mit der Klägerin geschlossenen Vertrag Mehrkosten von rund 2 Mio EUR jährlich bedeutet. Das hätte - ausgehend von einem Deckungsbeitrag von rund 90.000 EUR - zu einem erheblichen Verlust der Beklagten geführt. Eine Einigung über den Strompreis für 2004 zwischen der Beklagten und der Händlerin scheiterte. Unter diesen Umständen war für die Beklagte eine Fortsetzung des Stromlieferungsvertrages mit der Klägerin wirtschaftlich untragbar.

Bereits im Sommer 2003 hatte die Beklagte der Klägerin mitgeteilt, dass es mit der Lieferung im Jahr 2004 Probleme

geben könne. Die Beklagte gab bekannt, dass eine Lieferung nur zu einem Strompreis von 60 EUR/MWh möglich wäre. Sodann (gemeint: nachdem die Klägerin eine Stromlieferung zu diesen Bedingungen abgelehnt hatte) wurde der Vertrag von der Beklagten unter Hinweis auf Punkt 1 der Zusatzvereinbarung mit der Begründung per 31. 12. 2003 aufgekündigt, dass die RZF keine Durchleitungskapazität zur Verfügung gestellt habe.

Die Beklagte suchte für die Jahre 2003 bis 2005 bei der RZF um Zuteilung einer Durchleitungskapazität nach Italien an, um allenfalls die Belieferung der Klägerin wieder aufnehmen zu können. Einen Antrag nach § 20 EIWOG an die E-Control-Kommission stellte die Beklagte nicht. Die Verfahren vor dieser Kommission nach § 20 EIWOG haben eine Verfahrensdauer von rund drei Monaten. Die Beklagte suchte für die Jahre 2003 bis 2005 bei der RZF um Zuteilung einer Durchleitungskapazität nach Italien an, um allenfalls die Belieferung der Klägerin wieder aufnehmen zu können. Einen Antrag nach Paragraph 20, EIWOG an die E-Control-Kommission stellte die Beklagte nicht. Die Verfahren vor dieser Kommission nach Paragraph 20, EIWOG haben eine Verfahrensdauer von rund drei Monaten.

Die Klägerin begehrt zuletzt - nach Ausdehnung und nach Einschränkung um ein Feststellungs- und ein Eventualbegehren - Zahlung von 1.885.228,54 EUR sA (ON 25; vorgetragen in der Verhandlungstagsatzung am 26. 4. 2005, S 1 und 2 in ON 28). Die Beklagte habe den Stromlieferungsvertrag ab 2004 vereinbarungswidrig nicht erfüllt. Ein Grund für eine Vertragsbeendigung vor Ende der Laufzeit sei nicht vorgelegen: Die Beklagte könne sich nach der Vertragsgestaltung nur auf eine faktische Unmöglichkeit der Durchleitung (kein Netzzugang), nicht aber auf eine Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse berufen. Die Zusatzvereinbarung beziehe sich in ihrem Punkt 1 ausschließlich auf die von der Klägerin zu tragenden italienischen Durchleitungskosten. Der Netzzugang sei der Beklagten von der Händlerin ab 2004 ausschließlich deshalb nicht mehr eingeräumt worden, weil sich die Beklagte vereinbarungswidrig geweigert habe, der Händlerin die vereinbarte jährliche Gegenleistung zu erbringen. Darin liege ein willkürliches Verhalten der Beklagten. Auch eine Erhöhung des Durchleitungsentgeltes für 2004 durch die Händlerin bewirke nicht die Unmöglichkeit der Vertragserfüllung. Die Händlerin habe der Beklagten auch für 2004 eine Durchleitungskapazität von 10 MW angeboten. Im Rahmen der vertraglich vereinbarten Kooperationspflicht hätten die Streitteile die nun von der Beklagten vorgeschiedene wirtschaftliche Unzumutbarkeit gemeinsam beheben können. Entsprechende Anfragen der Klägerin habe die Beklagte nicht einmal beantwortet. Sie habe vielmehr - um einen Fall der Unmöglichkeit der Durchleitung zu konstruieren - mit der Händlerin kolludiert. Bei den Vertragsverhandlungen 2002 habe die Beklagte den Schein erzeugt, an einem langfristigen Vertrag interessiert zu sein. Sie habe der Klägerin vorgespiegelt, dass die jährliche Netzzuteilung kein Problem darstelle. Nur „unbeherrschbare äußere Umstände“ bezüglich der Durchleitungsmöglichkeit seien als zwangsläufiger Auflösungsgrund vorgesehen gewesen. In Wahrheit habe die Beklagte die vertraglich nie so besprochene Klausel bloß in treuloser Weise als bequeme Ausstiegslösung herangezogen. Jedenfalls aber wäre die Beklagte verpflichtet gewesen, sich nach besten Kräften um die Erhaltung der Durchleitung zu bemühen. Diese Verpflichtung habe die Beklagte dadurch verletzt, dass sie es von Dezember 2002 bis Dezember 2004 versäumt habe, einen Antrag gemäß § 20 Abs 2 EIWOG iVm § 24 Stmk EIWOG gegen die RZF bei der E-Control-Kommission (in der Folge immer: ECK) zu stellen. Bei entsprechender Verfahrenseinleitung hätte die Beklagte eine Feststellung dahin erreicht, dass ihr zu Unrecht der Netzzugang von der RZF versagt worden sei: Der zwischen der RZF und der Händlerin auf 14 Jahre geschlossene „Reservierungsvertrag“ sei kartellrechtswidrig und somit nichtig. Die Entscheidung der ECK wäre innerhalb der gesetzlich vorgesehenen Entscheidungsfrist von einem Monat positiv für die Beklagte ausgefallen. Eine entsprechende Entscheidung der ECK hätte die RZF zu rechtstreuem Verhalten (Zurverfügungstellung eines Netzzuganges an die Beklagte) bewogen. Selbst wenn die RZF trotz eines für die Beklagte positiven Bescheides den Netzzugang weiter rechtswidrig verweigert hätte, wäre eine Antragstellung gegen die RZF deshalb erforderlich gewesen, um der Klägerin die Geltendmachung von deliktischen Schadenersatzansprüchen gegen die RZF zu ermöglichen. Gemäß § 21 Abs 3 EIWOG könnte nämlich eine Klage wegen Ansprüchen, die sich auf eine Verweigerung des Netzzuganges gründeten, erst nach Rechtskraft der Entscheidung der ECK über die (Un)rechtmäßigkeit der Verweigerung des Netzzuganges eingebracht werden. Der Klägerin stünden wegen des kartellrechtswidrigen Verhaltens der RZF gegen diese deliktische Schadenersatzansprüche zu. Der der Klägerin entstandene Schaden ergebe sich aus der Differenz zwischen den vertraglich zugesagten und den tatsächlichen Stromkosten, die die Klägerin wegen Nichterfüllung der vertraglichen Verpflichtung der Beklagten habe tragen müssen. Dazu komme ein Verdienstausfall wegen der durch die Strommehrkosten verursachten Betriebsstilllegung. Die Klägerin begehrt zuletzt - nach Ausdehnung und nach Einschränkung um ein Feststellungs- und ein Eventualbegehren - Zahlung von 1.885.228,54 EUR sA (ON 25; vorgetragen in der Verhandlungstagsatzung am 26. 4. 2005, S 1 und 2 in ON 28). Die Beklagte habe den Stromlieferungsvertrag ab 2004 vereinbarungswidrig nicht erfüllt. Ein Grund für eine

Vertragsbeendigung vor Ende der Laufzeit sei nicht vorgelegen: Die Beklagte könne sich nach der Vertragsgestaltung nur auf eine faktische Unmöglichkeit der Durchleitung (kein Netzzugang), nicht aber auf eine Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse berufen. Die Zusatzvereinbarung beziehe sich in ihrem Punkt 1 ausschließlich auf die von der Klägerin zu tragenden italienischen Durchleitungskosten. Der Netzzugang sei der Beklagten von der Händlerin ab 2004 ausschließlich deshalb nicht mehr eingeräumt worden, weil sich die Beklagte vereinbarungswidrig geweigert habe, der Händlerin die vereinbarte jährliche Gegenleistung zu erbringen. Darin liege ein willkürliches Verhalten der Beklagten. Auch eine Erhöhung des Durchleitungsentgeltes für 2004 durch die Händlerin bewirke nicht die Unmöglichkeit der Vertragserfüllung. Die Händlerin habe der Beklagten auch für 2004 eine Durchleitungskapazität von 10 MW angeboten. Im Rahmen der vertraglich vereinbarten Kooperationspflicht hätten die Streitteile die nun von der Beklagten vorgeschiedene wirtschaftliche Unzumutbarkeit gemeinsam beheben können. Entsprechende Anfragen der Klägerin habe die Beklagte nicht einmal beantwortet. Sie habe vielmehr - um einen Fall der Unmöglichkeit der Durchleitung zu konstruieren - mit der Händlerin kolludiert. Bei den Vertragsverhandlungen 2002 habe die Beklagte den Schein erzeugt, an einem langfristigen Vertrag interessiert zu sein. Sie habe der Klägerin vorgespiegelt, dass die jährliche Netzzuteilung kein Problem darstelle. Nur „unbeherrschbare äußere Umstände“ bezüglich der Durchleitungsmöglichkeit seien als zwangsläufiger Auflösungsgrund vorgesehen gewesen. In Wahrheit habe die Beklagte die vertraglich nie so besprochene Klausel bloß in treuloser Weise als bequeme Ausstiegslösung herangezogen. Jedenfalls aber wäre die Beklagte verpflichtet gewesen, sich nach besten Kräften um die Erhaltung der Durchleitung zu bemühen. Diese Verpflichtung habe die Beklagte dadurch verletzt, dass sie es von Dezember 2002 bis Dezember 2004 versäumt habe, einen Antrag gemäß Paragraph 20, Absatz 2, EIWOG in Verbindung mit Paragraph 24, Stmk EIWOG gegen die RZF bei der E-Control-Kommission (in der Folge immer: ECK) zu stellen. Bei entsprechender Verfahrenseinleitung hätte die Beklagte eine Feststellung dahin erreicht, dass ihr zu Unrecht der Netzzugang von der RZF versagt worden sei: Der zwischen der RZF und der Händlerin auf 14 Jahre geschlossene „Reservierungsvertrag“ sei kartellrechtswidrig und somit nichtig. Die Entscheidung der ECK wäre innerhalb der gesetzlich vorgesehenen Entscheidungsfrist von einem Monat positiv für die Beklagte ausgefallen. Eine entsprechende Entscheidung der ECK hätte die RZF zu rechtstreuem Verhalten (Zurverfügungstellung eines Netzzuganges an die Beklagte) bewogen. Selbst wenn die RZF trotz eines für die Beklagte positiven Bescheides den Netzzugang weiter rechtswidrig verweigert hätte, wäre eine Antragstellung gegen die RZF deshalb erforderlich gewesen, um der Klägerin die Geltendmachung von deliktischen Schadenersatzansprüchen gegen die RZF zu ermöglichen. Gemäß Paragraph 21, Absatz 3, EIWOG könne nämlich eine Klage wegen Ansprüchen, die sich auf eine Verweigerung des Netzzuganges gründeten, erst nach Rechtskraft der Entscheidung der ECK über die (Un)rechtmäßigkeit der Verweigerung des Netzzuganges eingebracht werden. Der Klägerin stünden wegen des kartellrechtswidrigen Verhaltens der RZF gegen diese deliktische Schadenersatzansprüche zu. Der der Klägerin entstandene Schaden ergebe sich aus der Differenz zwischen den vertraglich zugesagten und den tatsächlichen Stromkosten, die die Klägerin wegen Nichterfüllung der vertraglichen Verpflichtung der Beklagten habe tragen müssen. Dazu komme ein Verdienstausfall wegen der durch die Strommehrkosten verursachten Betriebsstilllegung.

Die Beklagte wendet ein, für 2004 den erforderlichen Netzzugang nicht erhalten zu haben. Die Vertragsbeendigung zum 31. 12. 2003 sei daher im Hinblick auf Punkt 5 des Vertrages zu Recht erfolgt. Der Klägerin als Insiderin am Strommarkt sei immer klar gewesen, dass die Stromlieferungen eine Einigung der Beklagten mit der Händlerin voraussetzen. Die Klägerin sei sich somit der Möglichkeit einer vorzeitigen Vertragsauflösung aus wirtschaftlichen bzw faktischen Gründen durchaus bewusst gewesen. Gerade für diesen Fall habe sie die jährliche pauschale Stromkostensenkung für das Mutterunternehmen in Villach vereinbart. Eine entsprechende Gutschrift in Höhe von 70.000 EUR habe die Beklagte der Klägerin auch erteilt. Die Händlerin habe 2003 abredewidrig weit überhöhte Rechnungen gelegt. Schließlich habe die Händlerin im Dezember 2003 erklärt, weder entgeltlich noch unentgeltlich Leitungskapazitäten zur Verfügung stellen zu können. Dem seien monatelange Verhandlungen zwischen der Beklagten und der Händlerin vorangegangen. Die Beklagte habe alle Anstrengungen unternommen, einen Netzzugang zu erhalten. Eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses zwischen den Streitteilen zu den von der Händlerin in Rechnung gestellten Entgelten für den Netzzugang wäre für die Beklagte wirtschaftlich unvertretbar gewesen. Einen direkten Netzzugang hätte die Beklagte nur von der RZF erlangen können. Eine Antragstellung nach § 20 EIWOG sei der Beklagten nicht möglich gewesen, weil sich dieses Verfahren nur auf den innerösterreichischen Netzzugang bezöge und außerdem nur Endkunden offenstünde. Im Verfahren vor der ECK hätte außerdem nur ein Feststellungsbescheid, nicht aber ein unmittelbarer Netzzugang erwirkt werden können. Wegen der langen Verfahrensdauer wäre eine

Entscheidung vor Ablauf der Vertragszeit nicht zu erwarten gewesen. Die von der Klägerin selbst unterlassene Antragstellung an die ECK begründe jedenfalls ein Mitverschulden der Klägerin. Die Beklagte wendet ein, für 2004 den erforderlichen Netzzugang nicht erhalten zu haben. Die Vertragsbeendigung zum 31. 12. 2003 sei daher im Hinblick auf Punkt 5 des Vertrages zu Recht erfolgt. Der Klägerin als Insiderin am Strommarkt sei immer klar gewesen, dass die Stromlieferungen eine Einigung der Beklagten mit der Händlerin voraussetzen. Die Klägerin sei sich somit der Möglichkeit einer vorzeitigen Vertragsauflösung aus wirtschaftlichen bzw faktischen Gründen durchaus bewusst gewesen. Gerade für diesen Fall habe sie die jährliche pauschale Stromkostensenkung für das Mutterunternehmen in Villach vereinbart. Eine entsprechende Gutschrift in Höhe von 70.000 EUR habe die Beklagte der Klägerin auch erteilt. Die Händlerin habe 2003 abredewidrig weit überhöhte Rechnungen gelegt. Schließlich habe die Händlerin im Dezember 2003 erklärt, weder entgeltlich noch unentgeltlich Leitungskapazitäten zur Verfügung stellen zu können. Dem seien monatelange Verhandlungen zwischen der Beklagten und der Händlerin vorangegangen. Die Beklagte habe alle Anstrengungen unternommen, einen Netzzugang zu erhalten. Eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses zwischen den Streitteilen zu den von der Händlerin in Rechnung gestellten Entgelten für den Netzzugang wäre für die Beklagte wirtschaftlich unvertretbar gewesen. Einen direkten Netzzugang hätte die Beklagte nur von der RZF erlangen können. Eine Antragstellung nach Paragraph 20, EIWOG sei der Beklagten nicht möglich gewesen, weil sich dieses Verfahren nur auf den innerösterreichischen Netzzugang bezöge und außerdem nur Endkunden offenstünde. Im Verfahren vor der ECK hätte außerdem nur ein Feststellungsbescheid, nicht aber ein unmittelbarer Netzzugang erwirkt werden können. Wegen der langen Verfahrensdauer wäre eine Entscheidung vor Ablauf der Vertragszeit nicht zu erwarten gewesen. Die von der Klägerin selbst unterlassene Antragstellung an die ECK begründe jedenfalls ein Mitverschulden der Klägerin.

Mit ihrer Widerklage begehrte die Beklagte Zahlung des der Höhe nach unstrittigen Entgelts für gelieferten Strom von 797.489,19 EUR. Die Klägerin bestreitet das Widerklagebegehren ausschließlich im Hinblick auf ein behauptetes Erlöschen dieser Forderung durch eine außergerichtliche Aufrechnungserklärung der Klägerin mit den der Klägerin zustehenden Schadenersatzansprüchen.

Das Erstgericht wies das Zahlungsbegehren der Klägerin ab, wobei es allerdings irrtümlich auch das - von der Klägerin bereits eingeschränkte - Eventualbegehren abwies. Dem Widerklagebegehren gab das Erstgericht Folge.

Es erachtete rechtlich, dass beiden Vertragsparteien bei Vertragsabschluss klar gewesen sei, dass die Durchleitung über die gesamte Vertragslaufzeit nicht gesichert gewesen sei. Nach dem klaren Wortlaut der Zusatzvereinbarung könne sich auch die Beklagte auf die wirtschaftliche Unvertretbarkeit der weiteren Belieferung der Klägerin berufen. Selbst unter Zugrundelegung der behaupteten Kartellrechtswidrigkeit des zwischen der RZF und der Händlerin geschlossenen „Reservierungsvertrages“ wäre eine Antragstellung der Beklagten bei der ECK nicht zweckentsprechend gewesen, weil die ECK nur einen Feststellungsbescheid erlasse und überdies nur dann zuständig sei, soferne keine Zuständigkeit des Kartellgerichtes gegeben sei. Eine kartellrechtliche Anfechtung des Vertrages und die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegen die RZF stehe auch der Klägerin offen.

Das Berufungsgericht gab der dagegen von der Klägerin erhobenen Berufung Folge, hob das erstgerichtliche Urteil zur Gänze auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht. Es sprach aus, dass der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig sei. Das Berufungsgericht übernahm sämtliche Feststellungen des Erstgerichtes und gelangte zusammengefasst zu folgender rechtlichen Beurteilung:

Der Stromlieferungsvertrag sei als befristeter Bezugsvertrag zu qualifizieren, auf den die für Dauerschuldverhältnisse geltenden Vorschriften anzuwenden seien. Dauerschuldverhältnisse könnten aus wichtigen Gründen jederzeit mit Wirkung ex nunc aufgelöst werden. Hier seien überdies vertraglich vorzeitige Beendigungsgründe vereinbart worden. Auf die Zusatzvereinbarung und die dort als Aufhebungsgrund vorgesehene faktische oder wirtschaftliche Unmöglichkeit oder Unvertretbarkeit könne sich auch die Beklagte berufen. Der Beklagten könne kein Verschuldensvorwurf dahin gemacht werden, dass sie die von der Händlerin für 2004 vorgeschlagenen Konditionen nicht akzeptiert habe: Eine weitere Belieferung der Klägerin zu den von der Händlerin vorgegebenen Bedingungen wäre für die Beklagte nach den Feststellungen wirtschaftlich untragbar gewesen. Dass die Beklagte schuldhaft besseres Verhandlungsgeschick unterlassen habe, sei nicht behauptet worden.

Allerdings habe die Beklagte die Verpflichtung getroffen, auf andere Weise für einen Netzzugang Sorge zu tragen. Sie hätte daher die kartellrechtliche Unwirksamkeit des zwischen der RZF und der Händlerin geschlossenen Reservierungsvertrags durch Stellung eines Antrages nach § 20 EIWOG bei der ECK geltend machen müssen. Die ECK

hätte die behauptete Nichtigkeit der Reservierungsvereinbarung als Vorfrage geprüft. Es seien daher ergänzende Feststellungen erforderlich, die beurteilen ließen, ob eine Antragstellung der Beklagten an die ECK, gerichtet auf die Feststellung der Unwirksamkeit der Netzzugangsverweigerung durch die RZF, erfolgreich gewesen wäre. Überdies bedürfe es einer Feststellung, ob der Beklagten dadurch bereits ein Netzzugang ermöglicht worden wäre oder ob andere Antragsteller in der Frage des Netzzuganges eine bessere Priorität gehabt hätten. Eine Antragstellung an die ECK wäre auch ein taugliches Mittel zur Erlangung eines Netzzuganges gewesen: Allerdings habe die Beklagte die Verpflichtung getroffen, auf andere Weise für einen Netzzugang Sorge zu tragen. Sie hätte daher die kartellrechtliche Unwirksamkeit des zwischen der RZF und der Händlerin geschlossenen Reservierungsvertrags durch Stellung eines Antrages nach Paragraph 20, ElWOG bei der ECK geltend machen müssen. Die ECK hätte die behauptete Nichtigkeit der Reservierungsvereinbarung als Vorfrage geprüft. Es seien daher ergänzende Feststellungen erforderlich, die beurteilen ließen, ob eine Antragstellung der Beklagten an die ECK, gerichtet auf die Feststellung der Unwirksamkeit der Netzzugangsverweigerung durch die RZF, erfolgreich gewesen wäre. Überdies bedürfe es einer Feststellung, ob der Beklagten dadurch bereits ein Netzzugang ermöglicht worden wäre oder ob andere Antragsteller in der Frage des Netzzuganges eine bessere Priorität gehabt hätten. Eine Antragstellung an die ECK wäre auch ein taugliches Mittel zur Erlangung eines Netzzuganges gewesen:

Anhaltspunkte dafür, dass sich die RZF bei Bejahung der Kartellrechtswidrigkeit der Reservierungsvereinbarung durch die ECK an den Feststellungsbescheid nicht gehalten und dennoch den Netzzugang verweigert hätte, bestünden nicht. Überdies sei der Aspekt der versäumten Antragstellung an die ECK auch unter dem Gesichtspunkt maßgeblich, dass dadurch der Klägerin die Geltendmachung deliktischer Schadenersatzansprüche gegen die RZF abgeschnitten worden sei. Schadenersatzansprüche, die sich auf eine Verweigerung des Netzzuganges gründeten, könnten gemäß § 21 Abs 3 ElWOG erst nach Rechtskraft der Entscheidung der Regulierungsbehörde eingebracht werden. Gelange das Erstgericht zu einer Bejahung des Anspruches dem Grunde nach, werde es auch notwendig sein, über den Mitverschuldenseinwand der Beklagten zu urteilen. Anhaltspunkte dafür, dass sich die RZF bei Bejahung der Kartellrechtswidrigkeit der Reservierungsvereinbarung durch die ECK an den Feststellungsbescheid nicht gehalten und dennoch den Netzzugang verweigert hätte, bestünden nicht. Überdies sei der Aspekt der versäumten Antragstellung an die ECK auch unter dem Gesichtspunkt maßgeblich, dass dadurch der Klägerin die Geltendmachung deliktischer Schadenersatzansprüche gegen die RZF abgeschnitten worden sei. Schadenersatzansprüche, die sich auf eine Verweigerung des Netzzuganges gründeten, könnten gemäß Paragraph 21, Absatz 3, ElWOG erst nach Rechtskraft der Entscheidung der Regulierungsbehörde eingebracht werden. Gelange das Erstgericht zu einer Bejahung des Anspruches dem Grunde nach, werde es auch notwendig sein, über den Mitverschuldenseinwand der Beklagten zu urteilen.

Die Beklagte strebt mit ihrem gegen diesen berufungsgerichtlichen Aufhebungsbeschluss erhobenen Rekurs erkennbar die Wiederherstellung des erstgerichtlichen Urteils an.

Die Klägerin beantragt, dem Rekurs nicht Folge zu geben.

Der Rekurs ist zulässig: Zwar kommt im Regelfall Fragen der Vertragsauslegung über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung nicht zu. Hier hängt aber die aufgrund der konkreten Vertragsgestaltung vorzunehmende Beurteilung der Zumutbarkeit einer Antragstellung der Beklagten an die ECK untrennbar mit der - eine erhebliche Rechtsfrage darstellenden - Auslegung der §§ 19 ff ElWOG zusammen. Der Rekurs ist nicht berechtigt. Der Rekurs ist zulässig: Zwar kommt im Regelfall Fragen der Vertragsauslegung über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung nicht zu. Hier hängt aber die aufgrund der konkreten Vertragsgestaltung vorzunehmende Beurteilung der Zumutbarkeit einer Antragstellung der Beklagten an die ECK untrennbar mit der - eine erhebliche Rechtsfrage darstellenden - Auslegung der Paragraphen 19, ff ElWOG zusammen. Der Rekurs ist nicht berechtigt.

## **Rechtliche Beurteilung**

I. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass das Vertragsverhältnis zwischen den Streitteilen als befristeter Bezugsvertrag zu qualifizieren ist (Aicher in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1053 Rz 46; F. Bydlinski in Klang<sup>2</sup> IV/2 195 ff; 1 Ob 198/04f mwN). Richtig ist auch, dass auf Bezugsverträge die für Dauerschuldverhältnisse geltenden Vorschriften anzuwenden sind (Aicher aaO; F. Bydlinski aaO; 1 Ob 198/04f mwN). römisch eins. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass das Vertragsverhältnis zwischen den Streitteilen als befristeter Bezugsvertrag zu

qualifizieren ist (Aicher in Rummel, ABGB<sup>3</sup> Paragraph 1053, Rz 46; F. Bydlinski in Klang<sup>2</sup> IV/2 195 ff; 1 Ob 198/04f mwN). Richtig ist auch, dass auf Bezugsverträge die für Dauerschuldverhältnisse geltenden Vorschriften anzuwenden sind (Aicher aaO; F. Bydlinski aaO; 1 Ob 198/04f mwN).

Dauerschuldverhältnisse können aus wichtigen Gründen jederzeit durch außergerichtliche Erklärung vorzeitig aufgelöst werden, wobei die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für einen der Vertragsteile entscheidend ist (SZ 73/180; SZ 71/141 je mwN). Hier haben die Parteien eine konkrete vertragliche Vereinbarung über die Möglichkeit der vorzeitigen Beendigung des bis 31. 12. 2005 befristeten Stromlieferungsvertrages getroffen: Ob es sich dabei - wie von der Beklagten in erster Instanz noch behauptet - um eine „automatische“ Form der Vertragsbeendigung handelt, die also auch ohne entsprechende Erklärung einer der Parteien eintritt, ob eine vorzeitige Auflösungsmöglichkeit durch Erklärung einer der Parteien mit sofortiger Wirkung oder ein außerordentliches Kündigungsrecht vereinbart war, bedarf deshalb keiner näheren Überprüfung, weil die Beklagte das Vertragsverhältnis nach den unbekämpften Feststellungen zum 31. 12. 2003 kündigte. Die Kündigung als „gelinderes Mittel“ ist jedenfalls auch dann zulässig, wenn ein vereinbarter sofortiger Auflösungsgrund vorliegt oder eine „automatische“ Vertragsbeendigung unter bestimmten Umständen vereinbart war.

Eine nach §§ 914 f ABGB vorzunehmende Auslegung des Punktes 5.1 und des Punktes 1 der Zusatzvereinbarung ergibt zunächst - wie die Vorinstanzen zutreffend und von der Klägerin nicht mehr Zweifel gezogen erkannten -, dass sich auch die Beklagte auf eine Vertragsbeendigung wegen faktischer oder wirtschaftlicher Unmöglichkeit bzw Unvertretbarkeit berufen kann. Jede der Parteien konnte somit eine faktische oder wirtschaftliche Unmöglichkeit bzw Unvertretbarkeit zum Anlass für die vorzeitige Beendigung des Stromlieferungsvertrages nehmen. Eine nach Paragraphen 914, f ABGB vorzunehmende Auslegung des Punktes 5.1 und des Punktes 1 der Zusatzvereinbarung ergibt zunächst - wie die Vorinstanzen zutreffend und von der Klägerin nicht mehr Zweifel gezogen erkannten -, dass sich auch die Beklagte auf eine Vertragsbeendigung wegen faktischer oder wirtschaftlicher Unmöglichkeit bzw Unvertretbarkeit berufen kann. Jede der Parteien konnte somit eine faktische oder wirtschaftliche Unmöglichkeit bzw Unvertretbarkeit zum Anlass für die vorzeitige Beendigung des Stromlieferungsvertrages nehmen.

Nach der dispositiven Bestimmung des § 920 ABGB - die auf Dauerschuldverhältnisse mit der Maßgabe anzuwenden ist, dass eine Beendigung nur noch mit Wirkung ex nunc möglich ist, wenn sie bereits in das Abwicklungsstadium getreten sind (Reischauer in Rummel, ABGB<sup>3</sup> vor §§ 918 bis 933 Rz 13 mwN) - wird der Schuldner bei nachträglicher, nicht von ihm zu vertretender Unmöglichkeit von der Leistung befreit. Unmöglichkeit bedeutet, dass der Leistung ein dauerhaftes Hindernis entgegensteht. Ein solches ist anzunehmen, wenn nach der Verkehrsauffassung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, dass die Leistung auch in Zukunft nicht mehr erbracht werden kann. Besteht jedoch eine ernst zu nehmende, irgendwie ins Gewicht fallende Chance, dass diese zumindest zu einem späteren Zeitpunkt wieder möglich sein wird, so liegt nicht Unmöglichkeit, sondern Verzug vor. Die Beurteilung der Frage, ob die Erbringung der geschuldeten Leistung dauernd (endgültig) unmöglich ist, enthält neben der - der Überprüfung durch die dritte Instanz nicht zugänglichen - Tatfrage auch ein Wertungsproblem (SZ 61/113; SZ 71/30 je mwN). Dabei gehen Zweifel über die Unmöglichkeit der Leistung jedenfalls zu Lasten des Schuldners (SZ 71/30; wobl 1992/141). Nach der dispositiven Bestimmung des Paragraph 920, ABGB - die auf Dauerschuldverhältnisse mit der Maßgabe anzuwenden ist, dass eine Beendigung nur noch mit Wirkung ex nunc möglich ist, wenn sie bereits in das Abwicklungsstadium getreten sind (Reischauer in Rummel, ABGB<sup>3</sup> vor Paragraphen 918 bis 933 Rz 13 mwN) - wird der Schuldner bei nachträglicher, nicht von ihm zu vertretender Unmöglichkeit von der Leistung befreit. Unmöglichkeit bedeutet, dass der Leistung ein dauerhaftes Hindernis entgegensteht. Ein solches ist anzunehmen, wenn nach der Verkehrsauffassung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, dass die Leistung auch in Zukunft nicht mehr erbracht werden kann. Besteht jedoch eine ernst zu nehmende, irgendwie ins Gewicht fallende Chance, dass diese zumindest zu einem späteren Zeitpunkt wieder möglich sein wird, so liegt nicht Unmöglichkeit, sondern Verzug vor. Die Beurteilung der Frage, ob die Erbringung der geschuldeten Leistung dauernd (endgültig) unmöglich ist, enthält neben der - der Überprüfung durch die dritte Instanz nicht zugänglichen - Tatfrage auch ein Wertungsproblem (SZ 61/113; SZ 71/30 je mwN). Dabei gehen Zweifel über die Unmöglichkeit der Leistung jedenfalls zu Lasten des Schuldners (SZ 71/30; wobl 1992/141).

Nach Rechtsprechung und Lehre kann eine der Unmöglichkeit gleichzuhaltende Unerschwinglichkeit darin gelegen sein, dass der für die Leistung notwendige Aufwand in keinem Verhältnis zum Wert der Leistung steht, sodass er objektiv als unvernünftig und wirtschaftlich sinnlos erscheinen müsste (SZ 67/64; RIS-Justiz RS0034088, Reischauer

aaO, § 920 Rz 4 mwN). Nur die vom Schuldner weder verschuldete noch vorhersehbare Unerschwinglichkeit der Leistung kann einer Unmöglichkeit gleichgesetzt werden (SZ 69/95; SZ 54/4; RIS-Justiz RS0034443; Reischauer aaO). Diese von Lehre und Rechtsprechung zum dispositiven Recht entwickelten Grundsätze sind auch zur Auslegung des vorliegenden Vertrages heranzuziehen: Nach Rechtsprechung und Lehre kann eine der Unmöglichkeit gleichzuhaltende Unerschwinglichkeit darin gelegen sein, dass der für die Leistung notwendige Aufwand in keinem Verhältnis zum Wert der Leistung steht, sodass er objektiv als unvernünftig und wirtschaftlich sinnlos erscheinen müsste (SZ 67/64; RIS-Justiz RS0034088, Reischauer aaO, Paragraph 920, Rz 4 mwN). Nur die vom Schuldner weder verschuldete noch vorhersehbare Unerschwinglichkeit der Leistung kann einer Unmöglichkeit gleichgesetzt werden (SZ 69/95; SZ 54/4; RIS-Justiz RS0034443; Reischauer aaO). Diese von Lehre und Rechtsprechung zum dispositiven Recht entwickelten Grundsätze sind auch zur Auslegung des vorliegenden Vertrages heranzuziehen:

Insbesondere die vereinbarte Kooperationspflicht („Die Parteien werden sich nach besten Kräften bemühen, die Durchleitung....während der Vertragslaufzeit aufrechtzuerhalten“) lässt auf eine übereinstimmende Parteienabsicht dahin schließen, dass nicht jede Unmöglichkeit bzw Unvertretbarkeit der Leistungserbringung zum Anlass dafür genommen werden kann, sich auf Leistungsfreiheit zu berufen:

Vielmehr lag der vorliegenden Klausel im Punkt 5.1 des Vertrages und insbesondere der Zusatzvereinbarung erkennbar die Absicht der Parteien zugrunde, nur die Fälle der nicht zu vertretenden Unmöglichkeit bzw Unzumutbarkeit als Fälle der Leistungsfreiheit und sofortigen Vertragsbeendigung zu normieren. Dass die demonstrative („insbesondere“) Aufzählung eines konkreten Vertragsbeendigungsgrundes (Erhöhung der Durchleitungskosten für die Klägerin) nicht den Rückschluss zulässt, dass sich nur die Klägerin auf den Vertragsaufhebungsgrund der faktischen oder wirtschaftlichen Unmöglichkeit bzw Unvertretbarkeit (gemeint im Sinne der Unzumutbarkeit) berufen kann, wurde bereits dargetan. Die beweisbelastete Beklagte (SZ 71/30; wohl 1992/141 uva) hat sich zur Rechtfertigung der von ihr erklärten vorzeitigen Vertragsbeendigung auf wirtschaftliche Unzumutbarkeit berufen:

Faktische Unmöglichkeit liegt hier schon deshalb nicht vor, weil unstrittig ist, dass die Händlerin die Beklagte auch 2004 und 2005 zu den von der Händlerin gestellten Bedingungen beliefert hätte und die Durchleitungsmöglichkeit auf diese Weise zur Erfüllung des Vertrages gegenüber der Klägerin gesichert gewesen wäre. Die Beklagte hat allerdings vorgebracht, im Hinblick auf die von der Händlerin gestellten Bedingungen sei ihr die Leistungserbringung an die Klägerin für den Rest der Vertragslaufzeit wirtschaftlich unzumutbar gewesen.

Die Vorinstanzen haben nun übereinstimmend die wirtschaftliche Unzumutbarkeit für die Beklagte mit dem Hinweis darauf bejaht, dass nach den Feststellungen die Forderungen der Händlerin für die Beklagte Mehrkosten von rund 2 Mio EUR jährlich zur Folge gehabt hätte. Unter Zugrundelegung eines Deckungsbeitrages von rund 90.000 EUR hätte eine weitere Belieferung der Klägerin zu erheblichen Verlusten der Beklagten geführt.

Allerdings ist damit noch nicht geklärt, ob sich die Beklagte auf diesen Fall der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit berufen kann: Das setzte nämlich - wie dargelegt - voraus, dass die wirtschaftliche Unzumutbarkeit von der Beklagten weder verschuldet wurde noch für sie voraussehbar war (RIS-Justiz RS0034443; zuletzt 10 Ob 326/02t; SZ 54/4 uva).

Ob eine solche von der Beklagten nicht vorhersehbare Unzumutbarkeit der Leistung vorliegt, kann entgegen der Auffassung der Vorinstanzen nicht abschließend beurteilt werden: Es steht zwar fest, dass den Streitteilen bereits vor Abschluss des zweiten Stromlieferungsvertrages die Durchleitungsproblematik bewusst war, wobei der Klägerin auch bekannt war, dass eine Lieferung nur im Wege einer Kooperation mit der Händlerin in Form einer Stromabtretung auf italienischer Seite erfolgen kann. Ebenfalls war der Klägerin nach den Feststellungen bewusst, dass die Durchleitungsmöglichkeit nach Italien für die gesamte Vertragslaufzeit nicht gesichert war, weil die Vereinbarung der Beklagten mit der Händlerin nur eine Vertragsdauer von einem Jahr mit einer jährlichen Verlängerungsmöglichkeit aufwies. Das in erster Instanz erstattete Vorbringen der Klägerin, die Beklagte habe sie darüber getäuscht, dass sie vorgespiegelt habe, dass eine Durchleitung während der gesamten Vertragslaufzeit möglich sei, hat sich somit nicht erwiesen. Wäre daher die Vereinbarung zwischen der Beklagten und der Händlerin für das erste Vertragsjahr (2003) so auszulegen, dass dem Standpunkt der Beklagten folgend lediglich ein Stromtausch ohne Wertausgleich vereinbart war und hätte die Händlerin einseitig schon für 2003 abweichend von dieser Vereinbarung weitaus höhere Entgelte in Rechnung gestellt, wäre tatsächlich eine im Sinne der vertraglichen Vereinbarung wirtschaftliche Unzumutbarkeit der Beklagten zu bejahen:

Dann nämlich hätte die Händlerin für die Folgejahre (2004 und 2005) abweichend von der ursprünglichen, für ein Jahr

geltenden Vereinbarung eine weitere Belieferung von der Zahlung weit höherer, für die Beklagte unwirtschaftlicher Preise abhängig gemacht. Dafür, dass der Beklagten konkret vorhersehbar war, dass die Händlerin 2004 und 2005 von den ursprünglichen Konditionen abweichen würde (wozu die Händlerin, die ja mit der Beklagten zunächst nur für ein Jahr kontrahiert hatte, grundsätzlich berechtigt wäre), bestehen keine Anhaltspunkte. Vielmehr wurde gerade diese „Durchleitungsproblematik“ und die damit in Zusammenhang stehende Notwendigkeit des Mitwirkens der Händlerin an der Herstellung des erforderlichen Netzzuganges in den Vertragsgesprächen zwischen den Streitteilen konkret thematisiert.

Allerdings ist hier nicht ausreichend geklärt, ob die Händlerin - die bereits für 2003 ein von der Beklagten in der Folge nicht gezahlt Entgelt in Rechnung stellte, mit dem die Beklagte nicht rechnete - in ihren für 2004 und 2005 angebotenen Lieferkonditionen überhaupt von der ursprünglichen Vereinbarung mit der Beklagten abwich: Die Vorinstanzen stellten dazu lediglich fest, dass zwischen der Beklagten und der Händlerin „Auffassungsunterschiede“ über die Verrechnungsmodalitäten für 2003 bestanden. Andererseits steht fest, dass die Händlerin und die Beklagte auf Vorstandsebene mündlich einen Stromtauschvertrag feststellten, dessen nähere Konditionen nicht geklärt wurden. Es wird daher zur Beurteilung der Berechtigung der von der Klägerin geltend gemachten Schadenersatzansprüche zunächst entscheidend darauf ankommen, wie die Vereinbarung zwischen der Beklagten und der Händlerin für das Jahr 2003 auszulegen ist: Ergibt eine Auslegung der Vereinbarung für das Jahr 2003, dass die Händlerin der Beklagten berechtigt (in Konformität mit dem auf ein Jahr befristeten Stromtauschvertrag) Wertausgleichdifferenzen in der festgestellten Höhe (1.993.295,50 EUR) in Rechnung stellte, könnte sich die Beklagte nicht darauf berufen, dass die von der Händlerin als Bedingung für eine weitere Zusammenarbeit für die Jahre 2004 und 2005 genannten Konditionen in etwa derselben Höhe für sie „unvorhersehbar“ waren. Vielmehr wäre in diesem Fall ein als Verschulden zu wertendes Verhalten der Beklagten indiziert (§ 1298 ABGB), dass sie den zwischen ihr und der Händlerin geschlossenen Vertrag für 2003 falsch dahin auslegte, dass bloß ein Stromtausch ohne Ausgleich von Wertdifferenzen vereinbart war. In diesem Fall hätte sich die Beklagte zu Unrecht auf eine „wirtschaftliche Unvertretbarkeit“ im Sinne der Zusatzvereinbarung berufen. Sie wäre vielmehr zur Vertragszuhaltung verpflichtet gewesen. Die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche bestünden dem Grunde nach zu Recht. Allerdings ist hier nicht ausreichend geklärt, ob die Händlerin - die bereits für 2003 ein von der Beklagten in der Folge nicht gezahlt Entgelt in Rechnung stellte, mit dem die Beklagte nicht rechnete - in ihren für 2004 und 2005 angebotenen Lieferkonditionen überhaupt von der ursprünglichen Vereinbarung mit der Beklagten abwich: Die Vorinstanzen stellten dazu lediglich fest, dass zwischen der Beklagten und der Händlerin „Auffassungsunterschiede“ über die Verrechnungsmodalitäten für 2003 bestanden. Andererseits steht fest, dass die Händlerin und die Beklagte auf Vorstandsebene mündlich einen Stromtauschvertrag feststellten, dessen nähere Konditionen nicht geklärt wurden. Es wird daher zur Beurteilung der Berechtigung der von der Klägerin geltend gemachten Schadenersatzansprüche zunächst entscheidend darauf ankommen, wie die Vereinbarung zwischen der Beklagten und der Händlerin für das Jahr 2003 auszulegen ist: Ergibt eine Auslegung der Vereinbarung für das Jahr 2003, dass die Händlerin der Beklagten berechtigt (in Konformität mit dem auf ein Jahr befristeten Stromtauschvertrag) Wertausgleichdifferenzen in der festgestellten Höhe (1.993.295,50 EUR) in Rechnung stellte, könnte sich die Beklagte nicht darauf berufen, dass die von der Händlerin als Bedingung für eine weitere Zusammenarbeit für die Jahre 2004 und 2005 genannten Konditionen in etwa derselben Höhe für sie „unvorhersehbar“ waren. Vielmehr wäre in diesem Fall ein als Verschulden zu wertendes Verhalten der Beklagten indiziert (Paragraph 1298, ABGB), dass sie den zwischen ihr und der Händlerin geschlossenen Vertrag für 2003 falsch dahin auslegte, dass bloß ein Stromtausch ohne Ausgleich von Wertdifferenzen vereinbart war. In diesem Fall hätte sich die Beklagte zu Unrecht auf eine „wirtschaftliche Unvertretbarkeit“ im Sinne der Zusatzvereinbarung berufen. Sie wäre vielmehr zur Vertragszuhaltung verpflichtet gewesen. Die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche bestünden dem Grunde nach zu Recht.

Das erstgerichtliche Verfahren ist daher schon aus diesem Grund ergänzungsbedürftig: Nach Erörterung mit den Parteien und unter Beachtung der die Beklagte treffenden Behauptungs- und Beweislast wird das Erstgericht daher zunächst im ergänzenden Verfahren Feststellungen zu treffen haben, die beurteilen lassen, ob die Beklagte wegen einer für sie nicht vorhersehbaren wirtschaftlichen Unzumutbarkeit der weiteren Leistungserbringung für die Jahre 2004 und 2005 berechtigt war, sich auf Punkt 1 der Zusatzvereinbarung zu berufen. Dafür wird auch der nicht lückenlos aufgeklärte chronologische Ablauf entscheidend sein: War zum Zeitpunkt des Abschlusses der Zusatzvereinbarung die Vereinbarung zwischen der Händlerin und der Beklagten bereits getroffen und ist diese Vereinbarung dem Standpunkt der Händlerin entsprechend auszulegen, wird eine objektive Unvorhersehbarkeit der

wirtschaftlichen Unzumutbarkeit zu verneinen sein. War hingegen zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zwischen den Streitteilen die Stromtauschvereinbarung noch nicht getroffen, wird - bezogen auf diesen Zeitpunkt - Vorhersehbarkeit der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit nicht zu unterstellen sein. In diesem Fall könnte sich die Beklagte auf die vertragliche „Unzumutbarkeitsklausel“ deshalb berufen, weil es ihr dann sogar freigestanden wäre, den Vertrag mit der Klägerin bereits im ersten Jahr nicht zu den - für sie unzumutbaren - Bedingungen der Händlerin zu erfüllen. In diesem Fall käme es auf die Auslegung des Vertragsinhaltes zwischen der Beklagten und der Händlerin nicht mehr an. Die Beklagte könnte sich vielmehr auf die Klausel im Zusatzvertrag berufen.

II. Sollte sich im fortgesetzten Verfahren herausstellen, dass der Beklagten die zukünftige wirtschaftliche Unzumutbarkeit der weiteren Leistungserbringung an die Klägerin nicht voraussehbar war, bedarf es einer Prüfung, ob die Beklagte - wie vom Berufungsgericht bejaht - eine Verpflichtung traf, ein Verfahren nach § 20 EIWOG bei der ECK gegen die RZF einzuleiten. römisch II. Sollte sich im fortgesetzten Verfahren herausstellen, dass der Beklagten die zukünftige wirtschaftliche Unzumutbarkeit der weiteren Leistungserbringung an die Klägerin nicht voraussehbar war, bedarf es einer Prüfung, ob die Beklagte - wie vom Berufungsgericht bejaht - eine Verpflichtung traf, ein Verfahren nach Paragraph 20, EIWOG bei der ECK gegen die RZF einzuleiten.

Wenn gleich nicht ausdrücklich festgestellt, ist zwischen den Parteien nicht strittig, dass entsprechende Anträge der Beklagten - die nach den Feststellungen für die Jahre 2003 bis 2005 bei der RZF gestellt wurden - von dieser mit dem Hinweis darauf abgelehnt wurden, dass die RZF mit der Händlerin einen langfristigen Reservierungsvertrag (über 14 Jahre) geschlossen hatte, wodurch der Händlerin sämtliche Leistungskapazitäten für den Reservierungszeitraum zugewiesen wurden. Wenn gleich dieser „Reservierungsvertrag“ nach den Feststellungen 1999 geschlossen wurde, muss doch im Hinblick darauf, dass bis Ende 2002 ein direkter Netzzugang von der RZF erlangt werden konnte, darauf geschlossen werden, dass diese „Reservierungsvereinbarung“ zwischen der Händlerin und der RZF erst ab 2003 wirksam wurde. Strittig ist nun, ob sich die Beklagte mit den abschlägigen Bescheiden der RZF zufrieden geben konnte oder ob sie zur Erfüllung ihrer Vertragspflichten den Versuch hätte unternehmen müssen, die RZF durch Stellung eines Antrages bei der ECK zur Gewährung eines Netzzuganges zu verhalten. Die Beklagte meint dazu noch im Rekursverfahren, dass ihr eine entsprechende Antragstellung wegen des damit verbundenen Aufwandes unzumutbar gewesen wäre: Dabei stellt sie insbesondere darauf ab, dass ein tatsächlicher Netzzugang - wenn überhaupt - möglicherweise erst nach längerer Zeit, allenfalls überhaupt erst nach Ende der Vertragslaufzeit zwischen den Streitteilen, gewährt worden wäre und es ihr wirtschaftlich unzumutbar gewesen wäre, für die Zeit bis zur Gewährung eines tatsächlichen Netzzuganges weiter an die Klägerin zu den (der Beklagten unzumutbaren) wirtschaftlichen Bedingungen der Händlerin zu liefern.

Zur Beantwortung dieser Frage bedarf es eines Eingehens auf die behauptete Kartellrechtswidrigkeit der Reservierungsvereinbarung zwischen der Händlerin und der RZF, deren Rechtsfolgen und der Möglichkeit, durch eine Antragstellung bei der ECK diese Kartellrechtswidrigkeit geltend zu machen:

Selbst wenn man die von der Beklagten behauptete, aus den bereits aufgezeigten Gründen noch nicht abschließend geklärte Unzumutbarkeit der Aufrechterhaltung des Liefervertrages zu den von der Händlerin für 2004 und 2005 vorgegebenen Konditionen für den Netzzugang bejaht, ist damit noch keine Aussage darüber getroffen, ob die Beklagte nicht verpflichtet gewesen wäre, einen Netzzugang direkt über die RZF zu erlangen: Eine solche Verpflichtung ist auf Grund der konkreten Vertragsgestaltung grundsätzlich zu bejahen: Aus der in den Vertrag aufgenommenen Kooperationsklausel („nach besten Kräften....“) ergibt sich, dass beide Streitteile eine Verpflichtung traf, bei auftauchenden Schwierigkeiten bezüglich des Netzzuganges jeden geeigneten Weg zu beschreiten, der diesen Netzzugang ermöglicht. Eine Berufung der Beklagten auf die wirtschaftliche Unzumutbarkeit der Leistungserbringung reicht daher dann nicht zur Annahme einer berechtigten vorzeitigen Vertragsbeendigung aus, wenn der Netzzugang mit den von der Klägerin aufgezeigten Methoden von der RZF erlangt werden konnte. Nachträgliche Unmöglichkeit der Leistungserbringung durch den Schuldner kann nur bejaht werden, wenn der Dritte, dessen Mitwirkung erforderlich ist, ernsthaft und endgültig diese Mitwirkung verweigert. Dabei liegt es am Schuldner zu behaupten und zu beweisen, dass er alles ihm Zumutbare unternommen hat, den Dritten zur Einwilligung zu bewegen (Reischauer aaO Rz 10 zu § 920; SZ 61/113 je mwN). Selbst wenn man die von der Beklagten behauptete, aus den bereits aufgezeigten Gründen noch nicht abschließend geklärte Unzumutbarkeit der Aufrechterhaltung des Liefervertrages zu den von der Händlerin für 2004 und 2005 vorgegebenen Konditionen für den Netzzugang bejaht, ist damit noch keine Aussage darüber getroffen, ob die Beklagte nicht verpflichtet gewesen wäre, einen Netzzugang direkt über die RZF zu erlangen: Eine

solche Verpflichtung ist auf Grund der konkreten Vertragsgestaltung grundsätzlich zu bejahen: Aus der in den Vertrag aufgenommenen Kooperationsklausel („nach besten Kräften....“) ergibt sich, dass beide Streitteile eine Verpflichtung traf, bei auftauchenden Schwierigkeiten bezüglich des Netzzuganges jeden geeigneten Weg zu beschreiten, der diesen Netzzugang ermöglicht. Eine Berufung der Beklagten auf die wirtschaftliche Unzumutbarkeit der Leistungserbringung reicht daher dann nicht zur Annahme einer berechtigten vorzeitigen Vertragsbeendigung aus, wenn der Netzzugang mit den von der Klägerin aufgezeigten Methoden von der RZF erlangt werden konnte. Nachträgliche Unmöglichkeit der Leistungserbringung durch den Schuldner kann nur bejaht werden, wenn der Dritte, dessen Mitwirkung erforderlich ist, ernsthaft und endgültig diese Mitwirkung verweigert. Dabei liegt es am Schuldner zu behaupten und zu beweisen, dass er alles ihm Zumutbare unternommen hat, den Dritten zur Einwilligung zu bewegen (Reischauer aaO Rz 10 zu Paragraph 920 ;, SZ 61/113 je mwN).

III. Die Frage, ob die Unterlassung einer Antragstellung bei der ECK geeignet war, den von der Klägerin behaupteten Schaden herbeizuführen (wofür die Klägerin auch im Anwendungsbereich des § 1298 ABGB die Behauptungs- und Beweislast trifft - SZ 74/159 mwN), hängt von der Rechtslage und der maßgeblichen Entscheidungspraxis der ECK zu „Reservierungsvereinbarungen“ ab. Diese Rechtslage und Entscheidungspraxis lässt sich wie folgt zusammenfassen:römisch III. Die Frage, ob die Unterlassung einer Antragstellung bei der ECK geeignet war, den von der Klägerin behaupteten Schaden herbeizuführen (wofür die Klägerin auch im Anwendungsbereich des Paragraph 1298, ABGB die Behauptungs- und Beweislast trifft - SZ 74/159 mwN), hängt von der Rechtslage und der maßgeblichen Entscheidungspraxis der ECK zu „Reservierungsvereinbarungen“ ab. Diese Rechtslage und Entscheidungspraxis lässt sich wie folgt zusammenfassen:

1. Gemäß § 20 Abs 1 Z 2 Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz (EIWOG) (und des in Ausführung dazu ergangenen § 24 Abs 1 Z 2 Stmk EIWOG) kann Netzzugangsberechtigten der Netzzugang bei mangelnden Netzkapazitäten verweigert werden. Unter „Netzzugangsberechtigten“ versteht die Legaldefinition des § 7 Z 31 EIWOG Kunden oder Erzeuger.1. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, Ziffer 2, Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz (EIWOG) (und des in Ausführung dazu ergangenen Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 2, Stmk EIWOG) kann Netzzugangsberechtigten der Netzzugang bei mangelnden Netzkapazitäten verweigert werden. Unter „Netzzugangsberechtigten“ versteht die Legaldefinition des Paragraph 7, Ziffer 31, EIWOG Kunden oder Erzeuger.

Die Entscheidung über Anträge betreffend die Verweigerung des Netzzuganges ist der ECK im Verfahren nach § 20 Abs 2 EIWOG zugewiesen. Gemäß § 20 Abs 2 EIWOG hat die ECK über Antrag desjenigen, der behauptet, durch die Verweigerung des Netzzuganges in seinem gesetzlich eingeräumten Recht auf Gewährung des Netzzuganges verletzt worden zu sein, innerhalb eines Monats festzustellen, ob die Voraussetzungen für die Verweigerung eines Netzzuganges gemäß Abs 1 vorliegen. Der Netzbetreiber hat das Vorliegen der Verweigerungstatbestände (Abs 1) nachzuweisen. Die Entscheidung über Anträge betreffend die Verweigerung des Netzzuganges ist der ECK im Verfahren nach Paragraph 20, Absatz 2, EIWOG zugewiesen. Gemäß Paragraph 20, Absatz 2, EIWOG hat die ECK über Antrag desjenigen, der behauptet, durch die Verweigerung des Netzzuganges in seinem gesetzlich eingeräumten Recht auf Gewährung des Netzzuganges verletzt worden zu sein, innerhalb eines Monats festzustellen, ob die Voraussetzungen für die Verweigerung eines Netzzuganges gemäß Absatz eins, vorliegen. Der Netzbetreiber hat das Vorliegen der Verweigerungstatbestände (Absatz eins,) nachzuweisen.

Beim Anspruch auf Feststellung nach § 20 Abs 2 EIWOG handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung des VwGH um einen zeitbezogenen Anspruch. Es wird somit festgestellt, ob die Verweigerung durch den Netzbetreiber (der in Österreich für die betroffene Zone gesetzlich festgelegt ist und dem die Aufgabe des Regelzonenführers zukommt) auf Netzzugang am Tag der Verweigerung zu Recht erfolgte. Daran anknüpfend ergibt sich, dass die Verweigerungserklärung des Netzbetreibers inhaltlich den Gegenstand de

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>