



Mitwirkend: die Oberrichter Peter Helm, Präsident, und Dr. George Daetwyler
und die Handelsrichter Prof. Martin Schneider, Thomas Klein und
Dr. Rolf Dürr sowie die Gerichtsschreiberin Azra Hadziabdic

Urteil vom 20. Dezember 2012

in Sachen

A._____ AG, (vormals: B._____ AG),
Klägerin und Widerbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

C._____ AG,
Beklagte und Widerklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren der Hauptklage:

(act. 2 S. 2)

"Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für die Periode vom 1. Januar bis 30. Juni 2009 CHF 1'761'167 zuzüglich MWST von 7.6% sowie Zins zu 5% seit dem 31. Juli 2009 zu bezahlen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Rechtsbegehren der Widerklage:

(act. 9 S. 2)

"Die Klägerin sei zu verpflichten, der Beklagten unter dem Titel der Rückerstattung zuviel bezahlter Beträge den Betrag von CHF 1'000'000.-, zuzüglich MWST von 7.6% sowie Zins zu 5% seit 29. Oktober 2010 zu bezahlen, unter dem Vorbehalt der Nachklage. Unter Kosten und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerin."

Das Gericht zieht in Erwägung:

I.

Einleitung und Sachverhalt

1. Parteien

Bei der Klägerin und Widerbeklagten (nachfolgend Klägerin) handelt es sich um eine börsenkotierte Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in D._____, welche die Erzeugung von und den Handel mit Energie zum Zweck hat (act. 4/4; act. 29). Die Beklagte und Widerklägerin (nachfolgend Beklagte) ist eine von der Klägerin und weiteren Energieunternehmen gegründete Aktiengesellschaft schweizerischen Rechts mit Sitz in E._____, welche die Abwicklung und Sicherstellung der Finanzierung von Energieverträgen bezweckt (act. 4/5).

2. Sachverhaltsübersicht

2.1. Entsprechend ihren im Februar 1990 mit der F._____ ("F._____") geschlossenen zwei Energielieferungsverträgen ("F._____ -Verträge") war die Klägerin berechtigt, von der F._____ während 25 Jahren Energie zu beziehen. Im März 1990 schloss die Klägerin mit der Beklagten zwei analoge Verträge ("C._____ -Verträge") ab, mit welchen die Energiebezugsrechte und die entsprechenden Zahlungsverpflichtungen gemäss den F._____ -Verträgen auf die Beklagte übertragen wurden. Der Transport der Energie von der ...-schweizerischen Grenze bis D._____ oblag der Klägerin als Eigentümerin des Stromübertragungsnetzes. Neben der Bezahlung der bezogenen Energie verpflichtete sich die Beklagte zur Zahlung einer Pauschalentschädigung, mit welcher gemäss Art. 6 der C._____ -Verträge *"u.a. der Energietransport von der ...-schweizerischen Grenze bis nach D._____ und die Transportverluste auf dieser Strecke abgegolten"* werden.

2.2. Mit dem Inkrafttreten des regulierten Netznutzungsregimes können seit dem 1. Januar 2009 die Eigentümer des Stromübertragungsnetzes nicht mehr darüber verfügen. Dies führt dazu, dass die Klägerin seither nicht mehr in der Lage ist, die vertraglich vereinbarte Transportdienstleistung zu erbringen. Für den Betrieb des Übertragungsnetzes und den Transport der Energie ist nunmehr eine nationale Gesellschaft – G._____ AG – zuständig. Zwischen den Parteien ist strittig, welche Auswirkungen der Wegfall der Transportdienstleistung der Klägerin auf die Höhe der in Art. 6 vereinbarten Entschädigung hat bzw. um welchen Betrag diese zu reduzieren ist.

2.3. Im Rahmen der Hauptklage fordert die Klägerin die Nachzahlung der Entschädigung für die Zeit von Januar bis Juni 2009, da die Beklagte seit Januar 2009 zu niedrige Beträge entrichtet habe. Die Beklagte dagegen hält dafür, jeweils zu hohe Zahlungen geleistet zu haben und fordert widerklageweise die in der Zeit von Januar bis Juni 2010 zu viel bezahlten Beträge zurück. Sie beantragt weiter die richterliche Ergänzung der hier im Streit stehenden Vertragsklausel.

II. Prozessuales

1. Prozessgeschichte

Am 23. Juni 2010 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin hierorts die Klageschrift und die Weisung vom 24. März 2010 ein (act. 1 und 3). Mit Verfügung vom 24. Juni 2010 wurde der Beklagten Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (Prot. S. 2). In ihrer Klageantwort vom 29. Oktober 2010 erhob die Beklagte Widerklage (act. 9). Nachdem an der Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung vom 31. Mai 2011 keine Einigung erzielt werden konnte und die bis Ende August 2011 vereinbarte Frist für die Führung von Vergleichsgesprächen fruchtlos verstrichen war, wurde das Verfahren mit Verfügung vom 7. September 2011 schriftlich fortgesetzt und der Klägerin Frist zur Replik angesetzt (Prot. S. 6 ff.). Die Replik und Widerklageantwort datiert vom 8. November 2011 (act. 16). Mit Eingabe vom 27. Januar 2012 reichte die Beklagte ihre Duplik und Widerklagereplik ein (act. 19). Die Widerklageduplik datiert vom 17. April 2012 (act. 22). Nachdem die Beklagte darum ersucht hatte, wurde ihr mit Verfügung vom 22. Mai 2012 Frist zur Stellungnahme zur Widerklageduplik angesetzt (Prot. S. 13). Die entsprechende Stellungnahme der Beklagten datiert vom 12. Juni 2012 (act. 26). Der Prozess erweist sich als spruchreif.

2. Übergangsrecht und Zuständigkeit

2.1. Am 1. Januar 2011 ist die schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Nach deren Art. 404 Abs. 1 gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach dem neuen Recht, wobei eine bestehende Zuständigkeit nach dem alten Recht erhalten bleibt (Art. 404 Abs. 2 ZPO). Für das vorliegende Verfahren ist demnach das frühere kantonale Prozessrecht (ZPO/ZH und GVG) massgebend. Das Rechtsmittel richtet sich hingegen nach dem Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist, mithin nach dem neuen Prozessrecht (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

2.2. In Abänderung der in den Verträgen vom 1. März 1990 geschlossenen Gerichtsstandsvereinbarung (vgl. act. 4/10a und 4/10b, jeweils Art. 7 Abs. 2) haben die Parteien am 15. Juni 2009 für die vorliegende Streitigkeit die Zuständigkeit des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vereinbart (act. 4/3). Da diese Vereinbarung nach dem Inkrafttreten des Gerichtsstandsgesetzes (GestG), mithin nach dem 1. Januar 2001, abgeschlossen worden ist, beurteilt sie sich danach (Art. 39 GestG). Mit Bezug auf die Gültigkeit stellen sich vorliegend keine besonderen Probleme (Art. 9 Abs. 2 GestG). Hingegen stellt sich die Frage, ob dem angerufenen Gericht ein Ablehnungsrecht im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GestG zukommt. Danach kann das prorogierte Gericht seine Zuständigkeit ablehnen, wenn die Streitigkeit keinen genügenden örtlichen oder sachlichen Bezug zum vereinbarten Gerichtsstand aufweist.

Zum Sachzusammenhang gemäss Art. 9 Abs. 3 GestG macht die Klägerin geltend, dass sie ihre operative Tätigkeit an der ...-Strasse .. in H._____, am Ort ihrer Zweigniederlassung, ausübe, womit ein genügender Bezug zum Kanton Zürich vorliege. Weiter verweist sie auf die Praxis des Handelsgerichts Zürich dazu, wann dieses von der Ablehnungsbefugnis keinen Gebrauch mache (act. 1 S. 4 Rz 4; act. 4/5). Die Beklagte bestreitet die Zuständigkeit des hiesigen Gerichts nicht (act. 9 S. 4 Rz 8). Das Handelsgericht Zürich lehnt nach seiner langjährigen Praxis seine Zuständigkeit trotz fehlenden Sachzusammenhangs dann nicht ab, wenn beachtenswerte Beweggründe für die Prorogation vorliegen, der Streitwert mindestens CHF 1 Mio. beträgt und die Kosten durch den Kläger sichergestellt werden (ZR 96 (1997) Nr. 53; bestätigt für Art. 9 GestG in ZR 103 (2004) Nr. 19). Vorliegend kann entgegen der Klägerin von dieser Praxis kein Gebrauch gemacht werden, da zum einen weder für die Hauptklage noch für die Widerklage eine Kautions im Sinne von §§ 73 ff. ZPO/ZH geleistet worden ist (vgl. dazu ZR 96 (1997) Nr. 53 Erw. III.b)). Zum anderen hat sich keine der Parteien zu den Beweggründen für die Prorogation des hiesigen Gerichts geäußert. Mit dem Ort der Zweigniederlassung der Klägerin im Kanton Zürich ist allerdings ein genügender Bezug zum Kanton Zürich zu sehen (vgl. Wirth, Komm. GestG, Zürich 2001, Art. 9 N 117; BSK GestG-Reetz, Art. 9 N 27). Aus diesem Grund hat das angerufene Gericht kein Ablehnungsrecht im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GestG.

Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichtes ist ebenfalls gegeben, da die Parteien als Firmen im schweizerischen Handelsregister eingetragen sind, der hier zu beurteilende Streit sich auf Handelsverhältnisse bezieht und der Streitwert CHF 30'000.– übersteigt (§ 62 GVG).

2.3. Mit Bezug auf die Widerklage ist sodann das Gericht, an dem die Hauptklage rechtshängig ist, gemäss Art. 6 GestG auch für die Widerklage örtlich zuständig, sofern zwischen Haupt- und Widerklage ein sachlicher Zusammenhang besteht. Dies ist vorliegend der Fall, da die Widerklage auf demselben Sachverhalt wie die Hauptklage basiert. Sowohl die Haupt- als auch die Widerklage haben als zentrales Thema die Höhe der nach Art. 6 der C._____-Verträge geschuldeten Entschädigung (act. 19 S. 39 Rz 120; act. 16 S. 33 Rz 80). Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts ist auch für die Widerklage gestützt auf § 62 GVG gegeben. Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen der Widerklage erfüllt sind, ist diese grundsätzlich zuzulassen.

3. Teilklage der Klägerin

Der von der Klägerin eingeklagte Betrag bezieht sich auf (sämtliche) Forderungen aus der Periode vom 1. Januar 2009 bis 30. Juni 2009. Die Klägerin behält sich vor, aus dem eingeklagten Vertragsverhältnis seit dem 1. Juli 2009 angefallene Forderungen zu einem späteren Zeitpunkt einzuklagen (act. 1 S. 5 Rz 5). Bei einem derart ausgestalteten Begehren handelt es sich um eine ohne Weiteres zulässige Teilklage (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl., Zürich 1997, § 54 N 17).

4. Teilklage der Beklagten

Im Rahmen ihrer (Teil-)Widerklage fordert die Beklagte mit CHF 1'000'000.– einen Teil der im Zeitraum vom 1. Januar 2010 bis 30. Juni 2010 – ihrer Ansicht nach – zu viel bezahlten CHF 2'440'654.–. Die Geltendmachung weiterer Forderungen aus dem gleichen Zeitraum behält sie sich vor (act. 9 S. 28 Rz 59; act. 19 S. 16 Rz 41 und S. 41 Rz 123). Die Beklagte legt nicht dar, welchen Teil des Anspruchs eines jeden der massgebenden Monate Januar bis Juni 2010 sie mit der einge-

klagten CHF 1'000'000.– fordert, mithin wie der eingeklagte Betrag auf die Forderungen der Monate Januar bis Juni 2010 aufzuteilen ist. Dies ist indes auch nicht zu verlangen; wie Teilzahlungen bei mehreren Schulden anzurechnen sind, wird vielmehr durch Art. 86 ff. OR geregelt (vgl. dazu BGer 4A_194/2012 Erw. 1.4, Urteil vom 20. Juli 2012). Vor diesem Hintergrund ist die (Teil-)Widerklage zuzulassen.

III. Materielles

1. Parteibehauptungen im Überblick

1.1. Massgebender Sachverhalt

1.1.1. Die Klägerin wurde 1956 in D._____ mit dem Zweck des grenzüberschreitenden Handels mit Strom gegründet, wobei sie (damals) Eigentümerin und Betreiberin von Stromleitungen war. Im Jahr 1973 gründete sie zusammen mit Unternehmungen, welche über keinen oder nur beschränkten Zugang zum internationalen Energiehandel verfügten, die Aktiengesellschaft I._____ mit Sitz in J._____ ("I._____"). Die Mitglieder bzw. Aktionäre der I._____ waren neben der Klägerin die K._____ AG ("K._____"), das L._____ ("L._____"), die M._____ ("M._____"), die N._____ ("N._____"), die O._____ AG ("O._____") und die P._____ ("P._____"). Zuvor, im Jahr 1972, schloss die Klägerin mit der F._____ einen Vertrag über die Lieferung langfristiger Energie aus dem Kernkraftwerk Q._____, wobei die F._____ den Strom an der ...-schweizerischen Grenze abliefern sollte. Entsprechend schloss die Klägerin mit der I._____ am 22. Januar 1973 einen Vertrag über den Weiterverkauf dieser Energie zu Gestehungskosten ab ("I._____ -Liefervertrag Q._____"; act. 17/3). Mit Datum vom 23. März 1976 schloss die Klägerin mit der I._____ zudem eine Transportvereinbarung über die Lieferung dieses Stromes von der ...-schweizerischen Grenze nach D._____ ("I._____ -Transportvertrag Q._____"; act. 17/4); die Klägerin als Eigentümerin des Übertragungsnetzes besorgte den Energietransport gegen eine Entschädigung. Im Jahr 1984 schloss die Klägerin mit der F._____ zudem einen Vertrag

über langfristige Energielieferung aus dem Kernkraftwerk R._____. Die Lieferung unter diesem Vertrag erfolgte wiederum an der ...-schweizerischen Grenze. Die Klägerin vereinbarte sodann mit der I._____ am 20. September 1984 den Weiterverkauf dieser Energie zu Gestehungskosten ("I._____-Liefervertrag R._____" ; act. 10/8). Der durch die Klägerin vorzunehmende Transport von der ...-schweizerischen Grenze nach D._____ wurde am 3. August 1989 wiederum in einem separaten Vertrag geregelt ("I._____-Transportvertrag R._____" ; act. 10/13) (act. 16 S. 5 Rz 7 ff.).

1.1.2. Der Klägerin bot sich im Jahr 1988 die Möglichkeit, sich bei der F._____ weitere langfristige Stromlieferungen zu sichern. Es handelte sich dabei um Lieferungen von Energie im Umfang von ca. 200 MW für eine Dauer von 25 Jahren (künftige C._____-Verträge). Die Klägerin offerierte den I._____-Partnern, diesen Strom von ihr zu beziehen. Die Modalitäten wurden an den I._____-Direktorenkonferenzen diskutiert (act. 16 S. 7 Rz 12 ff.). So wurden diese Bezugsrechte am 17. April 1989 besprochen. Dabei orientierte Herr S._____, damals Mitglied der Geschäftsleitung der Klägerin sowie Verwaltungsratspräsident der I._____, darüber, dass es sich beim vorgesehenen Energiebezug um eine garantierte Leistung ohne Unterbrechungen und ohne Mindestabnahmeverpflichtung handle. Er hielt fest, dass dieses Geschäft allerdings nicht im Rahmen der I._____ durchgeführt werden könne, da einem der I._____-Partner, dem L._____, die rechtliche Grundlage dazu fehle. Es müsse eine neue Gesellschaft gegründet werden. Weiter wurde auch die Höhe der für die Ermöglichung der neuen Bezugsrechte an die Klägerin zu zahlenden Entschädigung thematisiert. Diesbezüglich wird im Protokoll festgehalten (act. 16 S. 9 f. Rz 19; act. 4/7 S. 11 f.):

"Herr S._____ weist darauf hin, dass B._____ mit diesen weiteren F._____-Verträgen 2/3 ihrer Transportkapazität nach T._____ [Staat in Westeuropa] an die I._____ abgeben und somit in ihrer Geschäftstätigkeit eingeschränkt würde. B._____ müsste in diesem Fall eine Marge beantragen.

[...]

Herr U._____ [damals Mitglied der Geschäftsleitung der M._____ und Verwaltungsrat der I._____] erkundigt sich nach der Höhe der Marge für B._____ und ob darin der Transport inbegriffen ist.

Herr S._____ antwortet, dass diese Marge die Vermittlungsentschädigung ersetzt und mindestens 0.5 Rp./kWh BIP-indexiert betragen soll, Transportkosten inbegriffen."

1.1.3. Am 27. Februar 1990 schloss die Klägerin schliesslich mit der F._____ die beiden F._____ -Verträge. Diese berechtigten die Klägerin, ab dem Jahr 1995 bzw. 2000 während je 25 Jahren von der F._____ Energie mit einer Leistung von je 200 MW zu beziehen (act. 9a und 9b). Da sich aus rechtlichen Gründen nicht alle I._____ -Partner an den neuen Verträgen beteiligen konnten, wurde zwecks Abwicklung der F._____ -Verträge sowie zwecks Sicherstellung der dazu erforderlichen Finanzierung die Beklagte gegründet, und zwar durch die bisherigen I._____ -Gesellschaften die Klägerin, die K._____, die M._____, die O._____ und die P._____; das L._____ und die N._____ beteiligten sich nicht (act. 4/6). Mit der Geschäftsführung der Beklagten wurde die Klägerin betraut (act. 4/6, Art. 8; act. 4/10a und 4/10b, jeweils Art. 5). In der Folge schloss die Klägerin mit der Beklagten am 1. März 1990 zwei analoge Verträge, die C._____ -Verträge, mit welchen die Energiebezugsrechte und die entsprechenden Zahlungsverpflichtungen gemäss den F._____ -Verträgen auf die Beklagte übertragen wurden, ab (act. 10a und 10b).

1.1.4. Wie die I._____ -Verträge ermöglichten auch die C._____ -Verträge den Energiebezug zu Gestehungskosten (Art. 1). Wiederum verpflichtete sich die Klägerin zum Transport der Energie von der ...-schweizerischen Grenze bis D._____ (Art. 4). In Art. 6 wurde die – hier den Streitgegenstand bildende – Entschädigung geregelt, mit welcher *"u.a. der Energietransport von der ...-schweizerischen Grenze bis nach D._____ und die Transportverluste auf dieser Strecke"* abgegolten wurden.

Die entsprechenden Bestimmungen des C._____ -Vertrages betreffend Energiebezugsrecht von 1995 bis 2019 lauten wie folgt (act. 4/10a) – wobei sich im C._____ -Vertrag von 2000 bis 2024 identische Bestimmungen finden (act. 4/10b):

"[...]

Die C._____ wurde gegründet, um Schweizer Partner der B._____ an diesen Strombezugsrechten teilhaben zu lassen und um die dafür erforderliche Finanzierung si-

cherzustellen. Die C._____ ist deshalb daran interessiert, die von der F._____ der B._____ gewährten Strombezugsrechte von der B._____ zu den gleichen Bedingungen zu erhalten, zu welchen sie der B._____ von der F._____ gewährt werden.

C._____ und B._____ vereinbaren deshalb:

Art. 1 Die B._____ verpflichtet sich hiermit gegenüber der C._____, ihr diese Strombezugsrechte zu den gleichen Bedingungen zu gewähren, zu welchen diese der B._____ von der F._____ aus dem F._____ -Vertrag 1995 gewährt werden.

Die C._____ verpflichtet sich hiermit gegenüber der B._____, die ihr von der B._____ gewährten Strombezugsrechte zu den gleichen Bedingungen zu übernehmen, zu welchen sie der B._____ von der F._____ gestützt auf den F._____ -Vertrag 1995 gewährt werden.

[...]

Art. 4 B._____ übernimmt die von F._____ gelieferte Energie an der ./schweizerischen Grenze und transportiert sie nach D._____, wo sie der C._____ in 380 kV zur Verfügung gestellt wird.

Für die Transformierung in D._____ und/oder den Transport ab D._____ bis zu den Uebergabestellen an die C._____ -Partner werden diese soweit nötig einzeln Transformierungs- und/oder Transportvereinbarungen treffen, wobei hierfür bei gleichen Bedingungen der B._____ der Vorzug gegeben wird.

Art. 5 Für die Abwicklung des Energieverkehrs und des Zahlungsverkehrs zwischen F._____ und der Schweiz ist B._____ in eigener Kompetenz zuständig. Für den entsprechenden Verkehr mit den C._____ -Partnern ist B._____ im Rahmen ihres Geschäftsführungsvertrages mit C._____ besorgt.

Art. 6 Die C._____ bezahlt der B._____ zusätzlich zu den Verpflichtungen gemäss den Art. 1 und 2 eine Entschädigung pro von C._____ bezogene kWh. Diese Entschädigung beträgt:

- für jede vom 16. September eines jeden Jahres bis und mit dem 15. Mai des darauffolgenden Jahres gelieferte kWh 0,5 Rp.

- für jede vom 16. Mai bis und mit dem 15. September eines jeden Jahres gelieferte kWh 0,25 Rp.

Mit dieser Entschädigung sind u.a. der Energietransport von der ...-schweizerischen Grenze bis nach D._____ und die Transportverluste auf dieser Strecke abgegolten.

Diese Beträge werden ab 1. Januar 1995 jährlich unter Verwendung des Preisindex des schweizerischen Brutto-Inland-Produkts (BIP) der Teuerung angepasst. Massgebend ist der im Heft der OECD "Quarterly National Accounts" publizierte Index "GDP by Expenditure", Kolonne "Gross domestic products". Ausgangspunkt Indexstand für 0,5 Rp./kWh bzw. 0,25 Rp./kWh ist der Indexstand des Jahres 1994; massgebend für das Rechnungsjahr n ist der Indexstand des Vorjahres n-1, wobei im Jahre 1995 0,5 Rp./kWh bzw. 0,25 Rp./kWh in Rechnung gestellt werden. Im Jahre 1996 wird diese Entschädigung entsprechend der Aenderung des Indexes des Jahres 1995 gegenüber demjenigen des Jahres 1994 angepasst; der Betrag wird auf Tausendstelrappen gerundet (die vierte Stelle nach dem Komma wird ab 5 aufgerundet).

[...]"

1.1.5. Mit Inkrafttreten des regulierten Netznutzungsregimes gemäss Stromversorgungsgesetz ("StromVG") können die Eigentümer des Höchstspannungsnetzes seit dem 1. Januar 2009 nicht mehr darüber verfügen. Mit dem Betrieb des Übertragungsnetzes wurde eine nationale Gesellschaft – G._____ AG – betraut, welche in einer zweiten Phase von den bisherigen Eigentümern auch das Eigentum am Übertragungsnetz erwerben soll. In der Zwischenzeit bezahlt die G._____ AG den Netzeigentümern ein Netznutzungsentgelt und erhebt die Kosten für die Benützung des Übertragungsnetzes beim Endverbraucher (sog. Ausspeisemodell). Da – infolge dieser Systemänderung – die Netzeigentümer die einst vereinbarten Transportdienstleistungen nicht mehr erbringen können, entfallen die entsprechenden Transportverträge samt Netznutzungsentgelten. So besagt auch Art. 30 Abs. 1 Stromversorgungsverordnung ("StromVV"), dass Bestimmungen von bestehenden Verträgen, welche gegen die Vorschriften über den Netzzugang oder das Netznutzungsentgelt verstossen, ungültig sind (act. 1. S. 11 ff. Rz 23 ff.; act. 9 S.14 ff. Rz 34 ff.; act. 16 S. 23 Rz 53; act. 19 S. 7 ff. Rz 13 ff.).

1.1.6. Die Systemänderung hat vorliegend dazu geführt, dass die Klägerin seit 1. Januar 2009 die in Art. 4 der C. _____-Verträge vereinbarte Transportdienstleistung nicht mehr erbringt. Zwischen den Parteien ist strittig, welche Konsequenzen dieser Umstand auf die in Art. 6 der C. _____-Verträge vereinbarte Entschädigung hat. Ende 2008 kamen die Parteien überein, von der in Art. 6 vereinbarten Entschädigung einen vorläufigen und unpräjudiziellen Abzug von CHF 0.70/MWh vorzunehmen. So erfolgten die Zahlungen für die Monate Januar bis April 2009 auf dieser Berechnungsgrundlage. Für die Monate Mai und Juni 2009 leistete die Beklagte keine Zahlungen, da ihrer Ansicht nach ein Abzug von CHF 0.70/MWh viel zu niedrig sei und sie dementsprechend für die Monate Januar bis April zu viel bezahlt habe; vielmehr müsse ab 1. Januar 2009 ein Abzug von mindestens CHF 3.–/MWh vorgenommen werden (act. 1 S. 12 Rz 25 ff.; act. 9 S. 17 f. Rz 41 f.; act. 4/15; act. 4/18; act. 10/5). In der – für die Widerklage relevanten – Zeit von Januar bis Juni 2010 bezahlte die Beklagte eine – wohl von ihr selbst in der Höhe festgelegte – Entschädigung von CHF 1.69/MWh (act. 20/5).

1.1.7. Die Parteien sind sich einig darüber, dass die C. _____-Verträge – abgesehen vom Wegfall der Transportverpflichtung der Klägerin und der entsprechenden Auswirkungen auf die Entschädigung – unverändert weiter gelten sollen. Unstrittig ist auch die Menge des durch die Klägerin im vorliegend relevanten Zeitraum gelieferten Stromes (act. 16 S. 31 Rz 74).

1.2. Standpunkt der Klägerin

1.2.1. In der Klageschrift macht die Klägerin geltend, die Entschädigung gemäss Art. 6 der C. _____-Verträge setze sich aus einer Vermittlungsprovision und den (jeweils schwankenden) Transportkosten zusammen. Die Vermittlungsprovision bilde eine Residualgrösse in der Höhe der Differenz zwischen dem in Art. 6 vereinbarten Betrag und den jeweiligen Selbstkosten der Klägerin für den Transport. Die Transportkosten setzten sich aus den Anlage- und Betriebskosten sowie aus der Entschädigung für Verlustenergie zusammen. Da die Klägerin infolge Inkrafttretens des StromVG nicht mehr in der Lage sei, ihre Transportleistung zu erbringen, entfalle auch die entsprechende Entschädigung, wodurch der in Art. 6 vereinbarte Betrag um die Transportkosten zu reduzieren sei (act. 1 S. 13 f. Rz 30

ff.). Die Höhe der abzuziehenden Transportkosten belaufe sich gemäss einem durch die Klägerin in Auftrag gegebenen Gutachten (act. 4/16) auf maximal CHF 0.588 bis 0.601/MWh, wovon die Klägerin in ihrer Klage den maximalen Betrag von CHF 0.601/MWh zum Abzug bringe. Das Gutachten berechne, welche Kosten der Klägerin heute für den Transport der C.____-Energie anfielen, wenn das StromVG nicht in Kraft getreten wäre und die Klägerin weiterhin den Transport erbringen würde. Die errechneten aktuellen Kosten würden mit denjenigen bei Vertragsschluss vorliegenden weitgehend übereinstimmen. Letztere könnten heute allerdings nicht mehr transparent erhoben werden (act. 1 S. 16 f. Rz 41 ff.). Die Klägerin führt weiter aus, die vergleichsweise hohe Entschädigung nach Art. 6 hätten ihr die damaligen Verhandlungspartner bewusst zugestanden. Dies daher, weil sie aufgrund der damals herrschenden politischen Situation ein Interesse daran gehabt hätten, sich langfristige Bezugsrechte aus T.____ zu sichern. Es habe sich bei der unter die C.____-Verträge fallenden Energie um eine produktionsunabhängige Bandlieferung gehandelt, welche einen konstanten und garantierten Strombezug in grossen Mengen ermöglicht habe. Diese Energie habe zu günstigen Preisen eingekauft werden können und es habe keine Abnahmepflicht der Partner bestanden. Zudem sei durch diese Verträge die Leitungskapazität sowohl der F.____ als auch der Klägerin erreicht worden, womit diese in Bezug auf Abschlüsse künftiger Energietransportverträge eingeschränkt gewesen seien (act. 16 S. 14 ff. Rz 27 ff.).

1.2.2. Zur Frage der Beweislastverteilung betreffend die Hauptklage stellt sich die Klägerin auf den Standpunkt, dass sie – zumal sich ihr Anspruch auf Art. 6 der C.____-Verträge stütze – lediglich die Beweislast für die gültige Vereinbarung des Art. 6 trage. Nachdem sie in der Klageschrift noch die Meinung vertreten hat, die Entschädigung nach Art. 6 C.____-Verträge sei um die Transportkosten zu reduzieren, wobei die Beklagte die Beweislast für die Höhe der Reduktion trage (vgl. act. 1 S. 15 Rz 37), hält sie in der Replik dafür, das Inkrafttreten des StromVG zeitige keine Wirkung auf die Höhe der Entschädigung gemäss Art. 6 C.____-Verträge. Diese sei weiterhin in voller Höhe geschuldet. Die Parteien hätten eine fixe und von den Transportkosten unabhängige Entschädigung vereinbart, welche vor dem Inkrafttreten des StromVG jeweils unabhängig von den

effektiven Transportkosten der Klägerin immer in gleicher Höhe (pro MWh) zu bezahlen gewesen sei, was auch für die Zeit nach Inkrafttreten des StromVG gelten solle. Dadurch, dass die Klägerin weniger eingeklagt habe, als ihr vertraglich zustehe, habe sie den wirtschaftlichen Vorteil, der sich für sie mit dem Systemwechsel ergeben habe, freiwillig an die Beklagte weitergegeben (act. 1 S. 14 f. Rz 36 ff.; act. 16 S. 24 f. Rz 58 ff. und S. 31 f. Rz 73 ff.).

1.3. Standpunkt der Beklagten

1.3.1. Zur Entschädigung gemäss Art. 6 führt die Beklagte aus, diese setze sich aus verschiedenen Komponenten zusammen. Einerseits beinhalte diese den Preis für den Energietransport von der ...-schweizerischen Grenze bis D.____ (inkl. Verlustenergie). Andererseits sollten damit auch die Systemdienstleistungen der Klägerin entschädigt werden. Weiter beinhalte sie die Kompensation für die Einschränkung der Übertragungskapazität, werde die Transportkapazität der Klägerin nach T.____ durch die I.____ - bzw. C.____-Verträge zu zwei Dritteln belegt. Schliesslich sei darin auch eine Vermittlungsentschädigung im üblichen, zwischen den Parteien (bzw. der Klägerin und der I.____) gewohnten Umfang vereinbart worden. Da die Klägerin mit Inkrafttreten des StromVG über das Übertragungsnetz nicht mehr verfügen und ihrer Transportverpflichtung nachkommen könne, sei die Grundlage für die Entschädigung sämtlicher transportbezogener Komponenten entfallen. Insbesondere falle die Entschädigung für die Einschränkung der Übertragungskapazität weg, weil – da der Betrieb des Übertragungsnetzes und der Transport der Energie nicht mehr zu ihren Tätigkeitsbereichen gehörten – die Klägerin in ihrer Geschäftstätigkeit nicht (mehr) eingeschränkt werde. Geschuldet sei nur noch eine Vermittlungsentschädigung im üblichen Umfang. Der Umstand, dass die Höhe der Vermittlungsprovision von den Parteien im Rahmen der Vertragsverhandlungen nicht thematisiert worden sei, spreche dafür, dass sie im den damals an den Vertragsverhandlungen Beteiligten bekannten Rahmen liegen sollte. Den I.____-Verträgen entsprechend betrage die Vermittlungsprovision CHF 2'500.–/MW pro Jahr bzw. gerundet CHF 0.29/MWh. Hätten die Parteien eine – wie von der Klägerin geltend gemacht – von dieser um das 14-fache höhere Vermittlungsentschädigung vereinbaren wollen, hätten sie diese im

Vertrag selbst erwähnt oder zumindest im Vorfeld des Vertragsschlusses diskutiert. Gemäss einem von der Beklagten eingeholten Gutachten zur Höhe der im Zeitpunkt des Vertragsschlusses massgebenden Kosten für die Transportdienste (Transportkosten, Verlustenergie und Systemdienstleistungen) (act. 10/11) würden diese mindestens CHF 3.83 bis 3.97 pro MWh betragen (act. 9 S. 7 ff. Rz 16 ff.; act. 19 S. 37 ff. Rz 113 ff.).

1.3.2. Zur Beweislastverteilung betreffend die Hauptklage macht die Beklagte geltend, die Klägerin sei beweisbelastet dafür, dass die Parteien bei Vertragsschluss unter dem Begriff der Entschädigung gemäss Art. 6 der C.____-Verträge eine Vermittlungsprovision in dem von der Klägerin behaupteten Umfang vereinbart hätten (act. 9 S. 22 f. Rz 51).

1.4. Auf diese und die weiteren Ausführungen der Parteien ist – soweit für die Entscheidungsfindung erforderlich – nachfolgend einzugehen.

2. Zur Hauptklage

2.1. Beweislastverteilung

2.1.1. Grundsätzlich trägt derjenige, welcher aus einer Tatsache die Entstehung oder den Untergang eines Rechtes oder Rechtsverhältnisses herleitet, für diese Tatsache die Beweislast. Demzufolge trifft die Partei, welche sich als berechtigt bezeichnet, die Beweislast für alle rechtsbegründenden Tatsachen, während die Partei, welche ihre Verpflichtung oder Haftung als untergegangen bezeichnet, die Beweislast für die rechtsaufhebenden Tatsachen trägt (Guldener, Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht, Zürich 1955, S. 26). Wer aus Vertrag fordert, hat dessen Zustandekommen und Inhalt zu beweisen (BSK ZGB I-Schmid/Lardelli, Art. 8 N 45a).

2.1.2. Die Klägerin leitet den Anspruch auf Vermittlungsentschädigung in der von ihr eingeklagten Höhe aus Art. 6 der C.____-Verträge ab (act. 1 S. 15 ff. Rz 39 ff.). Art. 6 sieht eine Entschädigung von 0.5 Rp/kWh bzw. 0.25 Rp/kWh vor, mit welcher "*u.a. der Energietransport von der ...-schweizerischen Grenze bis nach D._____ und die Transportverluste auf dieser Strecke abgegolten*" werden. Von

einer Entschädigung für die Vermittlungsdienste spricht Art. 6 nicht. In Anwendung des Grundsatzes, wonach die klagende Partei die Beweislast für die Begründung ihres Anspruchs trägt und dabei neben dem Zustandekommen insbesondere auch den Inhalt des Vertrages zu beweisen hat, obliegt es vorliegend der Klägerin, zu beweisen, dass mit Art. 6 einerseits eine Vermittlungsentschädigung und andererseits eine solche in der von ihr behaupteten Höhe vereinbart worden ist. So ist die Klägerin auch selber der Ansicht, die Beweislast für das Bestehen einer Verpflichtung der Beklagten und deren Quantitativ zu tragen. Nun heisst das nicht – wie die Klägerin irrtümlicherweise annimmt –, dass sie lediglich zu beweisen hätte, dass Art. 6 der C._____-Verträge gültig vereinbart und die entsprechende Entschädigung bisher bezahlt wurde. Vorliegend bezieht sich die Beweislast betreffend die Verpflichtung und deren Quantitativ vielmehr auf die Frage, ob die Parteien eine Provision für die Vermittlung vereinbart haben und auf welche Höhe sich diese beläuft. Nachdem der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch auf Vermittlungsentschädigung und dessen Höhe nicht ohne Weiteres aus Art. 6 ersichtlich sind, kann es nicht angehen, von der vollen Entschädigung gemäss Art. 6 auszugehen und der Beklagten die Beweislast für den Betrag aufzuerlegen, um welchen diese zu reduzieren ist. Der Klägerin ist zwar beizupflichten, dass die beklagte Partei die Beweislast für die rechtshindernden bzw. -aufhebenden Tatsachen trägt. Dies setzt jedoch voraus, dass es der ansprechenden Partei gelungen ist, das Bestehen ihres Anspruchs und dessen Höhe zu beweisen. Gelingt ihr dies nicht, erübrigt es sich zu prüfen, ob der Anspruch infolge Vorliegens rechtshindernder bzw. -aufhebender Tatsachen nicht (mehr) besteht. Vor diesem Hintergrund ist es an der Klägerin zu beweisen, dass zwischen den Parteien eine Vermittlungsentschädigung in dem von ihr eingeklagten Umfang vereinbart worden ist.

2.1.3. Behauptet die Klägerin in der Replik neu, auch nach 1. Januar 2009 Anspruch auf die volle Entschädigung gemäss Art. 6 der C._____-Verträge zu haben – da die Parteien eine fixe und von Änderungen einzelner Komponenten unabhängige Entschädigung vereinbart hätten –, so trägt sie die Beweislast für die entsprechende Willensübereinkunft der Parteien. Dass dieser Standpunkt nicht zu schützen ist, vgl. unten Ziffer 2.2.5.

2.2. Anspruchsprüfung

2.2.1. Durch die Auslegung des Vertrags ermittelt das Gericht den vereinbarten Inhalt eines Vertrags, sofern und soweit dieser Inhalt unter den Parteien streitig ist. Den Gegenstand der Auslegung bilden die Erklärungsvorgänge der Vertragsparteien, die beim Vertragsabschluss stattgefunden haben. Das Ziel der richterlichen Vertragsauslegung besteht in der Feststellung des übereinstimmenden wirklichen Willens, den die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend erklärt haben (subjektive Auslegung). Lässt sich dieser übereinstimmende wirkliche Wille feststellen, so bestimmt sich der Vertragsinhalt danach. Lässt sich der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien indes nicht mehr mit Sicherheit feststellen, dann hat der Richter durch objektivierte Auslegung den Vertragswillen zu ermitteln, den die Parteien mutmasslich gehabt haben. Hierbei hat der Richter das als Vertragswille anzusehen, was vernünftig und korrekt handelnde Parteien unter den gegebenen, auch persönlichen Umständen durch die Verwendung der auszuliegenden Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben würden (BGE 131 III 611, BGE 132 III 632; statt vieler Gauch et al., Schweizerisches Obligationenrecht, AT, 9. Aufl., Zürich 2008, N 1196 ff.; ZK-Jäggi/Gauch, N 304 f. zu Art. 18 OR). Dabei ist jede einzelne Willenserklärung nach dem Vertrauensprinzip so auszulegen, wie sie vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durfte und musste (Gauch et al., a.a.O., N 207 ff. und N 1226 m.w.H.).

2.2.2. Die Klägerin trägt die Behauptungs- und die Beweislast dafür, dass die Parteien beim Abschluss der C.____-Verträge überein gekommen sind, dass Art. 6 eine Vermittlungsentschädigung beinhalten und sich diese in der von der Klägerin geltend gemachten Höhe belaufen soll. Dass eine Vermittlungsentschädigung vereinbart worden ist und auch nach 1. Januar 2009 geschuldet wird, ist unbestritten. Den von ihr eingeklagten Betrag errechnet die Klägerin derart, dass sie von der in Art. 6 vereinbarten Entschädigung von 0.5 Rp/kWh (umgerechnet CHF 5.–/MWh) bzw. 0.25 Rp/kWh (umgerechnet CHF 2.5/MWh) die durch ein von ihr in Auftrag gegebenes Gutachten (act. 4/16) ermittelten Transportkosten von CHF 0.601/MWh abzieht. Der Restbetrag stelle die weiterhin geschuldete Entschädi-

gung dar. Bei den CHF 0.601/MWh handle es sich um Kosten, welche ihr, der Klägerin, heute – würde sie die Transportdienstleistung weiterhin erbringen – für den Transport anfallen würden (act. 1 S. 16 f. Rz 41 ff.).

2.2.3. Dazu ist Folgendes zu bemerken: Bei der Höhe bzw. der Berechnung der heutigen Transportkosten handelt es sich um ein – aus Sicht zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses vor rund 20 Jahren – zukünftiger Moment, welche den Parteien zu dem für die Feststellung des wirklichen übereinstimmenden Willens massgebenden Zeitpunkt, dem Vertragsschluss, nicht bekannt war. Aus diesem Grund ist – wie auch die Beklagte im Übrigen richtig hinweist (act. 9 S. 15 f. Rz 38) – die Höhe der *heutigen* Transportkosten nicht tauglich, um die Höhe der damals vereinbarten Vermittlungsentschädigung bzw. den damals diesbezüglich vorgelegenen Parteiwillen festzustellen. Dies auch unabhängig davon, dass – worauf die Beklagte weiter richtig hinweist – sich die Berechnung der aktuellen Kosten nach dem erst seit 2009 geltenden Ausspeisemodell richtet. Offen bleiben kann indes, ob die Kenntnis der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses massgebenden Transportkosten den Standpunkt der Klägerin unterstützen würde, könnten diese – so die Klägerin – ohnehin nicht (mehr) transparent erhoben werden (act. 1 S. 16 f. Rz 41 ff.). Auch in ihren weiteren Ausführungen zu diesem Thema bringt die Klägerin keine Behauptungen vor, aus welchen sich eine (damalige) Willensübereinkunft der Parteien ableiten liesse, eine Vermittlungsprovision in der von ihr geltend gemachten Höhe vereinbaren zu wollen.

Diesen Ausführungen entsprechend ist festzuhalten, dass die Klägerin die von ihr eingeklagte Höhe der Vermittlungsentschädigung nicht genügend substantiiert hat. Dabei war die Klägerin rechtskundig vertreten. Vor diesem Hintergrund ist die Annahme berechtigt, dass sie diesbezügliche Angaben gemacht hätte, falls sie solche hätte vorbringen wollen oder können (vgl. auch ZR 81 [1982] Nr. 118 sowie ZR 110 [2011] Nr. 11). Ohne solche Behauptungen sind die Vorbringen der Klägerin aber nicht geeignet, dem Gericht das Formulieren von entsprechend konkreten Beweissätzen zu ermöglichen.

2.2.4. Vor diesem Hintergrund kann auch einstweilen offen bleiben, aus welchen Komponenten die Transportkosten bestehen, insbesondere ob sie – wie die Be-

klage behauptet – eine Entschädigung für die Einschränkung der Übertragungskapazität beinhalten und ob die *Transportkosten* (so die Klägerin, vgl. act. 1 S. 19 ff. Rz 49 ff.) oder *Transportpreise* (so die Beklagte, vgl. act. 9 S. 29 Rz 62) abzuziehen wären. Weiter kann auch offen bleiben, ob bei der Ermittlung der Höhe der noch geschuldeten Vermittlungsentschädigung derart vorzugehen ist, dass von der Entschädigung nach Art. 6 die Transportkomponenten abgezogen werden, oder die Höhe der Vermittlungsentschädigung vielmehr direkt – ohne Untersuchung der abzuziehenden Komponenten – zu ermitteln sei.

2.2.5. Anstatt die Übereinkunft über die von ihr eingeklagte Höhe der Vermittlungsentschädigung zu substantiieren, nimmt die Klägerin in der Replik den Standpunkt ein, dass auch nach Inkrafttreten des StromVG die volle Entschädigung gemäss Art. 6 der C.____-Verträge geschuldet sei. Dies, weil die Parteien eine fixe und von den Transportkosten unabhängige Zusatzentschädigung vereinbart hätten, welche auch bisher unabhängig von den effektiven Transportkosten immer in gleicher Höhe bezahlt worden sei (act. 16 S. 23 Rz 53). Indessen bringt die Klägerin in Bezug darauf, dass die in Art. 6 vereinbarte Entschädigung auch bei Entfallen einzelner Komponenten in gleicher Höhe zu entrichten sei, keinerlei Umstände vor, anhand welcher eine entsprechende Willensübereinkunft der Parteien festgestellt werden könnte. Vor diesem Hintergrund ist dieses klägerische Vorbringen nicht hinreichend substantiiert.

Unabhängig davon ist auch Folgendes festzuhalten: Einerseits widerspricht die neu eingenommene Haltung der Klägerin ihrem bisherigen Verhalten. So hat sie in der Klageschrift unter dem Titel der Auswirkungen des StromVG noch ausführen lassen, dass angesichts der Unmöglichkeit der Transportleistung bei einem synallagmatischen Vertrag auch die Entschädigung dafür entfalle, womit die Entschädigung gemäss Art. 6 um die Transportkosten zu reduzieren sei (act. 1 S. 11 Rz 24 und S. 14 Rz 35; vgl. auch act. 4/8, S. 2, act. 4/11, 4/13, 10/5 S. 4). Andererseits widerspricht diese Schlussfolgerung aber auch dem Umstand, dass infolge Inkrafttretens des StromVG sowohl der I.____-Transportvertrag Q.____ als auch der I.____-Transportvertrag R.____ mit Wirkung per 1. September 2009 (samt Entschädigungspflicht) aufgehoben worden sind (vgl. dazu act. 16 S. 44 Rz

108 ff. und S. 48 Rz 121). Zwar macht die Klägerin geltend, bei den I._____-Verträgen sei im Gegensatz zu den C._____-Verträgen zwischen Stromliefer- und Transportverträgen unterschieden worden. Die Transportverträge, welche für die Transportleistung eine Transportentschädigung vorgesehen hätten, seien entsprechend entfallen. Bei den C._____-Verträgen sei dagegen der Transport durch eine fixe Zusatzentschädigung abgedeckt. Auf diese habe das Inkrafttreten des StromVG keine Auswirkung (act. 16 S. 48 Rz 121). Diese Argumentation ist jedoch nicht stichhaltig: Die gleiche Transportleistung wurde sowohl unter den I._____- als auch den C._____-Verträgen vereinbart und ist bei beiden entfallen. Nun soll – gemäss Ansicht der Klägerin – unter den C._____-Verträgen die Transportentschädigung weiterhin bezahlt werden müssen, weil sie in einer fix vereinbarten Entschädigung enthalten und nicht in einem separaten Vertrag bzw. einer Vertragsbestimmung aufgeschlüsselt sei. Dieser Standpunkt ist nicht nachvollziehbar und mutet vielmehr rechtsmissbräuchlich an, zumal auf den im Rahmen der Verhandlung der C._____-Verträge erfolgten Antrag der M._____ auf Offenlegung der Kostenelemente der von der Klägerin verlangten Entschädigung diese eine ablehnende Haltung eingenommen und eingeräumt hat, bewusst kein aufgeschlüsseltes Angebot gemacht zu haben (vgl. act. 27/1 S. 8 f.). Ausserdem erhält die Klägerin seit 2009 neu von der G._____ AG eine Entschädigung für die Netznutzung, wobei G._____ AG die Kosten für die Benützung des Übertragungsnetzes beim Endverbraucher erhebt (vgl. oben Ziffer 1.1.5).

2.2.6. Im Lichte des vorstehend Ausgeführten (Ziffer 2.2.1 bis 2.2.5) ist zunächst festzuhalten, dass die Klägerin die Höhe der von ihr geltend gemachten Entschädigung nicht hinreichend substantiiert hat, womit ein eigenständiges Beweisthema bzw.-verfahren entfällt.

3. Zur Widerklage

3.1. Die Beklagte fordert widerklageweise die Rückerstattung eines Teilbetrages der für die Zeit vom 1. Januar 2010 bis 30. Juni 2010 ihrer Auffassung nach zu viel bezahlten Entschädigung. Da die Klägerin seit 1. Januar 2009 die Transportleistung nicht mehr erbringe, schulde die Beklagte für sämtliche in Art. 6 der C._____-Verträge enthaltene transportbezogene Komponenten keine Entschädi-

gung mehr (act. 9 S. 23 f. Rz 52). Die Klägerin bestreitet einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, da die Beklagte zum Zeitpunkt der betreffenden Zahlungen vom Inkrafttreten des StromVG gewusst habe, womit die Leistung nicht im Irrtum über die Schuldpflicht erfolgt sei. Zudem erhebt die Klägerin die Einrede der Verjährung (act. 16 S. 33 Rz 81 f.).

3.2. Wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist, hat die Bereicherung zurückzuerstatten. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn jemand ohne jeden gültigen Grund oder aus einem nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Grund eine Zahlung erhalten hat (Art. 62 OR). Die Behauptungs- und Beweislast für die Voraussetzungen eines Anspruches aus ungerechtfertigter Bereicherung obliegen der Beklagten (Art. 8 ZBG; BGE 132 III 434 Erw. 2.1). Sie hat insbesondere eine Bereicherung der Klägerin und die Grundlosigkeit der Vermögensverschiebung nachzuweisen.

3.3. Die Beklagte bringt vor, seit 1. Januar 2009 würden alle transportbezogenen Komponenten der Entschädigung nach Art. 6 entfallen und die Klägerin habe lediglich noch Anspruch auf eine übliche Vermittlungsprovision in der Höhe von CHF 2'500.–/MW pro Jahr. Die darüber hinaus bezahlten Beträge seien ohne Rechtsgrund erfolgt (act. 9 S. 23 f. Rz 52). In Bezug auf diesen ihren Standpunkt trägt die Beklagte die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass die Parteien in Art. 6 der C.____-Verträge als einzige transportunabhängige Komponente eine Vermittlungsprovision und zwar in der Höhe von CHF 2'500.–/MW pro Jahr vereinbart haben. Unter Hinweis auf die Ausführungen zur Vertragsauslegung (oben Ziffer 2.2.1) ist zu ermitteln, ob ein solcher Vertragswille vorlag.

Betreffend die Höhe der noch geschuldeten Vermittlungsprovision führt die Beklagte aus, diese sei während der Vertragsgespräche nicht thematisiert worden und sei weder in den C.____-Verträgen selbst noch in den zugehörigen Materialien erwähnt. Da die Parteien sie nicht angesprochen hätten, müsse davon ausgegangen werden, dass in den C.____-Verträgen dieselbe Vermittlungsprovision wie in anderen vergleichbaren Verträgen – insbesondere den bereits zuvor zwischen den (beinahe) identischen Partnern geschlossenen I.____-Lieferverträgen – vereinbart worden sei. Aus diesem Grund hätten sich auch erneute Gespräche

über die Höhe der Vermittlungsentschädigung erübrigt (act. 9 S. 23 f. Rz 52). Die Klägerin ihrerseits bestreitet das Vorliegen einer üblichen Provision. Insbesondere könnten die I._____- und C._____-Verträge miteinander nicht verglichen werden (act. 16 S. 17 f. Rz 34 ff. und S. 48 f. Rz 121 f.).

Fest steht, dass die Höhe der Vermittlungsprovision in den Vertragsverhandlungen kein Thema gewesen ist. Die Beklagte behauptet denn auch nicht, über die von ihr geltend gemachte Höhe der Vermittlungsprovision sei eine Willensübereinkunft zustande gekommen. Ebenso wenig macht sie geltend, eine der Parteien habe eine entsprechende Willenserklärung abgegeben. Aus dem Umstand, dass über die Höhe der Vermittlungsprovision nicht gesprochen wurde, folgert die Beklagte, dass beide Parteien wohl davon ausgegangen sein müssten, es sei die in anderen vergleichbaren Verträgen festgesetzte Vermittlungsprovision vereinbart worden. Diese Schlussfolgerung als solche reicht nicht aus, um den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien, eine Vermittlungsentschädigung in der Höhe von CHF 2'500.–/MW pro Jahr zu vereinbaren, genügend zu substantiieren. Ebenso wenig kann anhand dieser reinen Schlussfolgerung der mutmassliche Parteiwille ermittelt werden, gemäss welchem der objektive Sinn des Erklärten massgebend sein soll.

3.4. Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass die Beklagte das Vorliegen einer Vereinbarung über die Höhe der Vermittlungsprovision von CHF 2'500.–/MW pro Jahr nicht ausreichend substantiiert hat, womit – auch hier – ein eigenständiges Beweisthema bzw. -verfahren entfällt.

4. Vertragsergänzung

4.1. Die Beklagte beantragt die Ergänzung der C._____-Verträge, indem die Höhe der unter Art. 6 noch geschuldeten Entschädigung durch das Gericht festzusetzen sei. Sie ist der Auffassung, dass unter dem Art. 6 nur noch eine Vermittlungsgebühr geschuldet bleibe, welche in der Höhe der zuvor in den I._____-Lieferverträgen Q._____ und R._____ vereinbarten entspreche. Diese Entschädigung betrage CHF 2'500.–/MW pro Jahr oder umgerechnet CHF 0.29/MWh. Da die Klägerin unbestrittenermassen die vertragliche Transportverpflichtung gemäss

Art. 4 Abs. 1 der C._____ -Verträge seit 1. Januar 2009 nicht mehr wahrnehmen könne, seien sämtliche transportbezogene Komponenten der in Art. 6 vereinbarten Entschädigung entfallen. Diese seien die Entschädigung für den Energietransport (inkl. Verlustenergie), die Entschädigung für Systemdienstleistungen sowie die Entschädigung für die Einschränkung der Übertragungskapazität. In dessen müssten diese entfallenden Komponenten und ihre Höhe gar nicht ermittelt werden, da der Umfang der einzigen transportunabhängigen und somit allein verbleibenden Komponente – der Vermittlungsentschädigung – bekannt sei (act. 9 S. 7 Rz 16, S. 15 Rz 36, S. 24 ff. Rz 53 ff. und S. 37 f. Rz 79 f.; act. 19 S. 14 ff. Rz 36 ff. und S. 34 ff. Rz 105 ff.). Die Klägerin widersetzt sich einer Vertragsergänzung, zumal – ihrer Ansicht nach – gar keine zu schliessende Lücke vorliege. Die Parteien hätten vertraglich vereinbart, dass die Entschädigung nach Art. 6 fix und unabhängig von Schwankungen der Transportkosten immer in der gleichen Höhe zu bezahlen sei. Der Wegfall der Transportkosten komme dadurch der Klägerin zugute (act. 16 S. 26 f. Rz 63 ff.). Dass die Klägerin eine Vereinbarung solchen Inhalts nicht nachweisen kann, ist schon festgehalten worden (vgl. Ziffer 2.2.5).

4.2. Die Parteien stimmen an sich darin überein, dass Art. 6 eine Vermittlungsentschädigung enthält. Divergenzen bestehen jedoch bezüglich deren Höhe. Vorliegend steht fest, dass hinsichtlich der Höhe der Entschädigung eine genaue Regelung in Art. 6 der C._____ -Verträge fehlt. Haben die Vertragsparteien es unterlassen, eine notwendigerweise zu beantwortende Frage zu regeln, liegt eine Vertragslücke vor und die (insofern unvollständige) Vereinbarung muss vom Richter entsprechend ergänzt werden. Dabei ist zunächst zu prüfen, ob es eine anwendbare Gesetzesbestimmung gibt, welche die von den Parteien nicht geregelte Frage entscheidet oder zumindest auf eine andere Regel verweist. Trifft dies nicht zu, so hat das Gericht den Vertrag im Streitfall durch eine von ihm selbst geschaffene Regel zu ergänzen. Dabei ist auf den hypothetischen Willen der Parteien abzustellen. Es gilt abzuklären, wie die Parteien bei redlichem Verhalten den offen gebliebenen Punkt geordnet haben würden, falls sie diesen selber geregelt und so die Vertragslücke vermieden hätten. Der lückenhafte Vertrag ist somit unter Berücksichtigung seiner individuellen Teleologie, aber auch unter Zugrundelegung

objektiver, zur Zeit der Vornahme der Vertragsergänzung massgebender Gerechtigkeitserwägungen nach Recht und Billigkeit (Art. 4 ZGB) zu ergänzen. Es ist mithin diejenige Lösung zu wählen, die sich aufgrund der Regel von Treu und Glauben im Hinblick auf die gesamten Umstände (d.h. nach der Natur des Geschäftes) aufdrängt (vgl. zum Ganzen Gauch et al., N 1248 ff.; BSK OR I-Wiegand, Art. 18 N 61 ff.; BSK ZGB I-Honsell, Art. 2 N 15).

Vorab ist festzuhalten, dass dem dispositiven Recht keine Bestimmung zu entnehmen ist, welche Auskunft darüber gibt, nach welchen Kriterien sich die Festlegung der Höhe der fraglichen Entschädigung bestimmt.

4.3. Regelt Art. 6 die Entschädigungsfrage bei Entfallen der Transportdienstleistung der Klägerin nicht und gibt auch das dispositive Recht keine näheren Anhaltspunkte dafür, so ist nach dem vorstehend Ausgeführten das Fehlende in dem Sinne zu ergänzen, dass das Gericht eine eigene Regel statuiert, die dem entspricht, was die Parteien vereinbart hätten, wenn sie beim Abschluss der C.____-Verträge in Betracht gezogen hätten, dass die Netznutzung dereinst obrigkeitlich reguliert und die Klägerin demzufolge die in Art. 4 vereinbarte Transportdienstleistung nicht mehr erbringen würde. Die C.____-Verträge, die I.____-Verträge, die Protokolle der I.____-Direktorenkonferenzen sowie weitere damit zusammenhängenden Umstände können wichtige Anhaltspunkte dafür geben. Diese Anhaltspunkte hat das Gericht auszuwerten, in die Vertragsergänzung einfließen zu lassen und das Fehlende mit einer den konkreten Umständen angepassten Regel nach Recht und Billigkeit zu vervollständigen (Kramer, Berner Kommentar, Bern 1986, N 238 ff. zu Art. 18 OR; Gauch et al., a.a.O., N 1256 ff.; BSK ZGB I-Honsell, Art. 2 N 15).

4.4. Zunächst ist auf den von der Beklagten ins Feld geführten Umstand einzugehen, wonach in der Entschädigungszahlung gemäss Art. 6 auch die Abgeltung für die Einschränkung der Übertragungskapazität beinhaltet sei (act. 9 S. 7 ff. Rz 16 ff.). Dies wird von der Klägerin bestritten (act. 16 S. 18 f. Rz 38). In diesem Zusammenhang weist die Beklagte zu Recht auf die Aussage von Herrn S.____ gemäss Protokoll der I.____-Direktorenkonferenz vom 17. April 1989 hin (act. 9 S. 6 Rz 13), wonach "B.____ mit diesen weiteren F.____-Verträgen 2/3 ihrer

Transportkapazität nach T._____ an die I._____ abgeben und somit in ihrer Geschäftstätigkeit eingeschränkt würde. B._____ müsste in diesem Fall eine Marge beantragen." (act. 4/7 S. 11). So lässt sich weiter dem Protokoll der I._____ -Direktoren-konferenz vom 16. Januar 1990 entnehmen, dass auf Erkundigung der I._____ -Partner über die Komponenten der von der Klägerin verlangten Entschädigung hin Herr S._____ geantwortet hat, dass "es sich beim Entgelt von 0.5 Rp/kWh u.a. um eine Entschädigung für die Belegung der Transportwege B._____/F._____ und somit für entgangene Gewinne aus anderweitig nicht mehr möglichen Geschäften" handle. Weiter bemerkte er auf die Äusserung des Vertreters der M._____ hin, wonach dieser der Pauschalentschädigung eine Kostenrechnung analog Q._____ und R._____ vorgezogen hätte, dass die Situation hinsichtlich der C._____ -Verträge mit Blick auf die erreichten Kapazitätslimiten der Verbindungswege völlig anders sei (act. 27/1 S. 8 f.; act. 26 S. 8 Rz 24). Aus diesen Ausführungen ist ohne Weiteres ersichtlich, dass mit der Höhe der in Art. 6 festgelegten Entschädigung auch dem Umstand Rechnung getragen worden ist, dass die C._____ -Verträge bzw. die entsprechenden F._____ -Verträge zu einer entsprechenden Einschränkung der Übertragungskapazitäten der Klägerin und einer Einschränkung in ihrer Geschäftstätigkeit geführt haben. Die Klägerin bestreitet zwar die Vereinbarung einer solchen Entschädigung, dies jedoch ohne nähere Begründung (act. 16 S. 18 f. Rz 38) und somit – angesichts der konkreten Ausführungen der Beklagten – nicht ausreichend substantiiert.

4.5. Mit dem Systemwechsel kann die Klägerin unbestrittenermassen über das Übertragungsnetz nicht mehr verfügen und ihrer Transportverpflichtung gemäss Art. 4 der C._____ -Verträge nicht mehr nachkommen. Bei einem synallagmatischen Vertrag führt die Unmöglichkeit der Leistungserbringung dazu, dass auch die entsprechende Verpflichtung der Gegenseite entfällt. So soll richtigerweise die Beklagte nicht mehr verpflichtet sein, der Klägerin weiterhin eine Entschädigung für Leistungen zu bezahlen, welche diese nicht mehr erbringt. So war zwischen den Parteien bis zur Erstattung der Replik auch unstrittig, dass die Entschädigung gemäss Art. 6 in jenem Umfang wegfällt, in dem sie ein Netznutzungsentgelt für den Transport der Elektrizität über das Übertragungsnetz der Klägerin darstellt (vgl. act. 4/11). Diskutiert wurde nur noch über den Umfang der noch verbleiben-

den Entschädigung bzw. den Betrag, um welchen die Entschädigung nach Art. 6 zu reduzieren ist. Richtigerweise fällt die Entschädigung gemäss Art. 6 in jenem Umfang dahin, in welchem sie ihre Begründung in der Nutzung des Übertragungsnetzes der Klägerin hat. Neben den Transportkosten begründet sich insbesondere die Entschädigung für die Einschränkung der Übertragungskapazität in der Nutzung des Übertragungsnetzes der Klägerin. Wie schon mehrfach ausgeführt, werden der Betrieb des Übertragungsnetzes und der Transport der Energie nicht mehr durch die Klägerin besorgt. Durch den Wegfall dieses Tätigkeitsbereiches wird denn auch eine Einschränkung in der entsprechenden Geschäftstätigkeit unmöglich, wodurch eine dafür vereinbarte Entschädigung ihre Grundlage verliert. Erbringt die Klägerin – wie von der Beklagten behauptet, von der Klägerin aber bestritten (vgl. act. 16 S. 18 Rz 37 und S. 39 Rz 98) – auch Systemdienstleistungen, würde die Entschädigung dafür als eine netznutzungsbezogene Komponente ebenfalls entfallen; auf diese Frage muss hier jedoch nicht weiter eingegangen werden.

4.6. Fallen alle transportbezogenen Komponenten weg und ist insbesondere die Entschädigung für die Einschränkung in der Übertragungskapazität seit 1. Januar 2009 nicht mehr geschuldet, verbleibt nur noch die unbestrittene Komponente der Vermittlungsprovision. Es ist nicht ersichtlich, für welche sonstigen Leistungen die Klägerin nach dem 1. Januar 2009 unter Art. 6 eine Entschädigung beanspruchen könnte: Für die Besorgung der Geschäftsführung nach Art. 5 der C.____-Verträge wird die Klägerin nämlich mit einem jährlichen Honorar entschädigt, welches in einem separaten Geschäftsführungsvertrag geregelt ist (act. 10/1). Ebenso wenig wird die Entschädigung für die bezogene Energie in Art. 6 geregelt; vielmehr wird in Art. 1 festgelegt, dass die Klägerin die Strombezugsrechte zu den gleichen Bedingungen gewährt, wie sie ihr unter den F.____-Verträgen gewährt werden.

4.7. Hinsichtlich der verbleibenden Entschädigung argumentiert die Beklagte im Sinne einer "üblichen" Vermittlungsprovision in der Höhe, wie sie zwischen den (beinahe) identischen Parteien schon in den I.____-Lieferverträgen festgelegt wurde (act. 9 S. 23 f. Rz 52).

Dazu ist Folgendes zu sagen: Als sich der Klägerin im Jahr 1988 die Möglichkeit bot, mit der F. _____ weitere Energielieferungsverträge (künftige F. _____-Verträge) abzuschliessen, offerierte sie den I. _____-Partnern den Bezug dieses Stromes. Der Abschluss der C. _____-Verträge wurde entsprechend im Rahmen der I. _____-Direktorenkonferenzen diskutiert. Den Akten ist zu entnehmen, dass die Beklagte für die Abwicklung dieser Verträge lediglich aus dem Grund gegründet worden ist, weil sich nicht alle I. _____-Partner zu den neuen Verträgen verpflichten konnten, eine solche Tätigkeitserweiterung aber durch die I. _____-Partner einstimmig beschlossen werden musste (vgl. oben Ziffer 1.1.2 und act. 4/7 S. 11). Wurde die Beklagte lediglich infolge dieses Umstandes ins Leben gerufen, kann ohne Weiteres gefolgert werden, dass die C. _____-Verträge – wären alle Partner dazu befugt gewesen – mit der I. _____ geschlossen worden wären. Zwischen den beiden Vertragsgruppen finden sich denn auch verschiedene Parallelen: Sowohl die I. _____-Verträge wie auch die C. _____-Verträge regeln den langfristigen Bezug von Kernenergie aus dem Kraftwerkpark der F. _____. Bei beiden erbringt die Klägerin den Transport der Energie auf derselben Strecke von der ...-schweizerischen Grenze bis D. _____. Weiter gewährt die Klägerin sowohl der I. _____ als auch der C. _____ die Strombezugsrechte zu den gleichen Bedingungen, wie sie ihr unter den entsprechenden mit der F. _____ geschlossenen Verträgen gewährt werden. Schliesslich wurde bei jedem der Verträge eine Vermittlungsentschädigung vereinbart.

Wie die Beklagte richtig hinweist (vgl. act. 9 S. 34 f. Rz 73), hat denn auch die Klägerin – zwar im Hinblick auf die Berechnung der von der Entschädigung nach Art. 6 abzuziehenden Transportkosten – mit E-Mail von Herrn V. _____ vom 1. April 2009 die Vergleichbarkeit des I. _____-Transportvertrages R. _____ mit der Transportverpflichtung der Klägerin gemäss Art. 4 der C. _____-Verträge betont: *"Bei C. _____ und bei R. _____ wurden die gleichen Transportdienstleistungen auf der gleichen Transportstrecke über einen vergleichbaren Zeitraum angeboten. Der C. _____-Vertrag wurde am 1. März 1990 abgeschlossen, also nur knapp 8 Monate nach dem Abschluss des Transportvertrages R. _____ (Abschluss 3. August 1989). Beide Verträge wurden innerhalb der I. _____ verhandelt (C. _____ entstand aus I. _____ heraus). Die Verträge wurden folglich unter gleichen Rah-*

menbedingungen abgeschlossen, weshalb der R. _____-Vertrag in der Rückblende den besten Benchmark darstellt." (act. 10/12).

Seit dem 1. Januar 2009 erbringt die Klägerin die unter den I. _____-Transportverträgen bzw. C. _____-Verträgen vereinbarte Transportdienstleistung nicht mehr. Die I. _____-Transportverträge sind per diesem Datum entsprechend unwirksam geworden. Sowohl unter den I. _____-Lieferverträgen als auch unter den C. _____-Verträgen ist – als hier relevant – einzig die Verpflichtung der Klägerin zur Gewährung der Strombezugsrechte verblieben. Der Betrieb des Übertragungsnetzes gehört nicht mehr zum Geschäftsbereich der Klägerin, wodurch die Entschädigung für die Einschränkung der Übertragungskapazität als Grund für die – im Vergleich zur Höhe der Entschädigung gemäss den I. _____-Lieferungsverträgen – beträchtliche Höhe der Entschädigung nach Art. 6 ihre Grundlage verliert.

Angesichts der vorstehend dargestellten, weitgehenden Übereinstimmung der hier relevanten Regelungen der beiden Vertragsarten rechtfertigt es sich nicht, die Höhe der noch verbleibenden Vermittlungsentschädigung unter den C. _____-Verträgen abweichend von der Höhe der Vermittlungsentschädigung nach den I. _____-Lieferverträgen zu behandeln. Eine andere Lösung würde auch keinen Sinn machen, zumal die Klägerin – abgesehen von dem Umstand der Einschränkung der Übertragungskapazitäten unter den C. _____-Verträgen, welcher aber nun irrelevant ist – keine stichhaltigen Gründe vorbringt, warum die beiden Vertragsarten nicht vergleichbar sein sollen. Zwar behauptet die Klägerin, bei der unter die C. _____-Verträge fallenden Energie handle es sich um eine garantierte Leistung ohne Unterbrechungen und ohne Abnahmeverpflichtung (act. 16 S. 14 ff. Rz 27 ff.). Jedoch lässt sich nicht nachvollziehen, welche Auswirkung dieser Umstand just auf die Entschädigung nach Art. 6 haben soll. Will die Klägerin damit behaupten, dass die Energie unter den C. _____-Verträgen wertvoller ist als diejenige unter den I. _____-Verträgen, ist dies ein Umstand, welcher sich in dem von der F. _____ verlangten Energiepreis widerspiegelt bzw. widerspiegeln müsste.

In diesem Zusammenhang ist der Beklagten weiter beizupflichten (vgl. act. 26 S. 7 f. Rz 21 ff.), dass auch die an der I. _____-Direktorenkonferenz vom 16. Ja-

nuar 1990 erfolgte Äusserung des damaligen Vertreters der K._____, Herrn W._____, darauf hindeutet, dass in Annahme der vorliegenden Lage zwischen den Parteien eine übliche Vermittlungsentschädigung vereinbart worden wäre. Im Rahmen der Diskussion über die Komponenten der Entschädigung nach Art. 6 der C._____-Verträge und auf die Aussage von Herrn S._____ hin, wonach es sich dabei unter anderem um eine Entschädigung "*für entgangene Gewinne aus anderweitig nicht mehr möglichen Geschäften*" handle, räumte Herr W._____ ein, "*dass eine branchenübliche Provision so oder so zu bezahlen*" sei (act. 27/1 S. 9). Diese Äusserungen lassen sich so interpretieren, dass eine Provision in der "branchenüblichen" Höhe ohnehin zu bezahlen gewesen wäre. Infolge der durch die C._____-Verträge erfolgten Einschränkung der Übertragungskapazität verlangte die Klägerin allerdings eine höhere als die "branchenübliche" Provision, um dem entgangenen Gewinn aus anderen Geschäften Rechnung zu tragen. Da – wie schon an verschiedenen Stellen ausgeführt – für die Einschränkung der Übertragungskapazität keine Entschädigung mehr geschuldet ist, verbleibt nur noch die "branchenübliche" Provision.

4.8. Zur Höhe der Vermittlungsentschädigung besagt der I._____-Liefervertrag R._____ in seinem Art. 8, dass die I._____ der Klägerin "*für die Vorleistungen, die B._____ erbracht hat und durch welche der I._____ die Übernahme der Energielieferung der F._____ an B._____ ermöglicht wurde*", eine jährliche Entschädigung in der Höhe derjenigen bezahlt, welche der Klägerin gemäss Beschluss des Verwaltungsrates der I._____ vom 7. Juni 1973 unter dem I._____-Liefervertrag Q._____ zusteht (act. 10/8). Wie die Beklagte richtig anführt (act. 9 S. 31 Rz 65 f.), ist dem von der Klägerin in Auftrag gegebenen Gutachten der Anwaltskanzlei ... zu entnehmen, dass die am 7. Juni 1973 beschlossene Entschädigung CHF 1'500.–/MW pro Jahr beträgt. Diese wurde mit Verwaltungsratsbeschluss vom 6. Mai 1985 auf CHF 2'500.–/MW pro Jahr erhöht (act. 10/9, S. 4). In ihrer Replik bestreitet die Klägerin nicht, dass die Vermittlungsprovision unter den I._____-Lieferverträgen Q._____ und R._____ CHF 2'500.–/MW pro Jahr betrage. Sie betont lediglich, dass die Vermittlungsprovision unter den I._____-Lieferverträgen nichts mit der Zusatzentschädigung gemäss Art. 6 der C._____-Verträge zu tun habe (act. 16 S. 48 f. Rz 121 f.). In dieser Hinsicht ist der Klägerin zuzugestehen,

dass die in Art. 6 vereinbarte Entschädigung anders zusammengesetzt und deutlich höher als die "übliche" Vermittlungsprovision unter den I. _____ - Lieferverträgen ist. Dadurch sollte denn auch der infolge der Einschränkung der Übertragungskapazitäten entgangene Gewinn aus anderen Geschäften berücksichtigt werden. Wie schon festgehalten, ist mit der Systemänderung die Grundlage für eine solche Entschädigung aber weggefallen.

4.9. In Anbetracht der vorstehenden Erwägungen rechtfertigt es sich nach Treu und Glauben, bei der Festlegung der Entschädigung gemäss Art. 6 der C. _____ - Verträge von einer den I. _____ - Lieferverträgen entsprechenden Vermittlungsentschädigung auszugehen. Den Akten lässt sich nicht entnehmen, dass die Vermittlungsentschädigung gemäss I. _____ - Lieferverträgen eine Indexklausel beinhalten würde. In diesem Sinne wäre von den Vertragsparteien zu erwarten gewesen, dass sie zum damaligen Zeitpunkt – unter Aufschlüsselung der einzelnen Komponenten der Entschädigung nach Art. 6 – eine derjenigen bei den I. _____ - Lieferverträgen entsprechende Vermittlungsentschädigung vereinbart hätten, hätten sie damit gerechnet, dass die Klägerin einst die Verfügung über das Übertragungsnetz verlieren und den Energietransport nicht mehr erbringen würde. Eine Entschädigung in diesem Umfang wird allen wesentlichen Faktoren des vorliegenden Falles gerecht und trägt (insbesondere) nicht nur der zum Zeitpunkt des Vertragschlusses vorliegenden Situation gebührend Rechnung, sondern erscheint auch aus heutiger Sicht (rückblickend) nach Recht und Billigkeit insgesamt angemessen.

4.10. Im Sinne der vorstehenden Ausführungen ist seit 1. Januar 2009 unter Art. 6 der C. _____ - Verträge (lediglich) eine (nicht indexierte) Vermittlungsentschädigung in der Höhe von CHF 2'500.–/MW pro Jahr bzw. von umgerechnet CHF 0.285388/MWh geschuldet [CHF 2'500.–/MW / 8760h = CHF 0.285388/MWh].

5. Ergänzter Vertrag und die Hauptklage

Der von der Klägerin eingeklagte Betrag bezieht sich auf Stromlieferungen in der Periode vom 1. Januar 2009 bis 30. Juni 2009. Gemäss den – durch die Beklagte

unbestritten gebliebenen (vgl. act. 9 S. 28 Rz 58) – Ausführungen der Klägerin habe diese der Beklagten für die Zeit vom 1. Januar 2009 bis 15. Mai 2009 die Menge von 1'295'600 MWh und für die Zeit vom 16. Mai 2009 bis 30. Juni eine solche von 441'600 MWh Strom geliefert und dafür total CHF 8'309'872.– (1'295'600 MWh x CHF 5.48 und 441'600 MWh x CHF 2.74) in Rechnung gestellt. Davon habe die Beklagte CHF 5'504'648.– bezahlt (act. 1 S. 17 f. Rz 45 ff.). Schuldet die Beklagte ab Januar 2009 nur noch eine (nicht indexierte) Entschädigung von CHF 0.285388/MWh, hat sie für die von Januar bis Juni 2009 gelieferte Strommenge von 1'737'200 MWh eine Vermittlungsentschädigung von CHF 495'776.– zu bezahlen. Mit CHF 5'504'648.– hat die Beklagte für das betreffende Halbjahr somit CHF 5'008'872.– zu viel bezahlt. Da die Klägerin betreffend die eingeklagte Periode keinen Anspruch auf weitere Zahlungen hat – sie von der Beklagten sogar zu hohe Zahlungen erhalten hat –, ist die Hauptklage abzuweisen.

6. Ergänzter Vertrag und die Widerklage

6.1. Im Rahmen ihrer (Teil-)Widerklage fordert die Beklagte mit CHF 1'000'000.– einen Teil der im Zeitraum vom 1. Januar 2010 bis 30. Juni 2010 zu viel bezahlten CHF 2'440'654.–. Gemäss den unbestrittenen Ausführungen der Beklagten wurde ihr in der Zeit vom 1. Januar 2010 bis 30. Juni 2010 eine Menge von 1'737'600 MWh Strom geliefert, wofür sie der Klägerin CHF 2'936'544.– bezahlt habe (act. 9 S. 28 Rz 59). Ausgehend von der seit 1. Januar 2009 noch geschuldeten Vermittlungsprovision von CHF 0.285388/MWh, schuldet die Beklagte für die von Januar bis Juni 2010 gelieferte Strommenge von 1'737'600 MWh lediglich eine Vermittlungsentschädigung von CHF 495'890.–. Mit CHF 2'936'544.– hat die Beklagte somit CHF 2'440'654.– zu viel bezahlt, wovon sie zunächst aber – im Sinne einer Teilklage – nur CHF 1'000'000.– zurück verlangt.

6.2. In Anwendung von Art. 87 Abs. 1 OR und unter Berücksichtigung der Fälligkeitstermine der Forderungen für die Stromlieferungen von Januar bis Juni 2010 (vgl. act. 20/3/1-6) ist der eingeklagte Betrag wie folgt aufzuteilen: Der für die Stromlieferung von 297'600 MWh für Januar 2010 zu viel bezahlte Betrag beläuft sich auf CHF 418'013.– [297'600 MWh x CHF 0.285388/MWh = CHF

84'931.– geschuldet; bezahlt CHF 502'944.–]. Der Betrag von CHF 418'013.– ist auf die widerklageweise eingeklagte Summe vollständig anzurechnen. Für die im Februar 2010 erfolgte Stromlieferung von 268'800 MWh hat die Beklagte CHF 377'560.– zu viel bezahlt [268'800 MWh x CHF 0.285388/MWh = CHF 76'712.– geschuldet; bezahlt CHF 454'272.–]. Auch der Betrag von CHF 377'560.– ist auf die eingeklagte Summe vollständig anzurechnen. Für die Stromlieferung vom März 2010 von 297'200 MWh hat die Beklagte CHF 417'451.– zu viel bezahlt [297'200 MWh x CHF 0.285388/MWh = CHF 84'817.– geschuldet; bezahlt CHF 502'268.–]. In Anbetracht der Teilklage in der Höhe von CHF 1'000'000.– und der die Monate Januar und Februar 2010 betreffenden umfassend angerechneten Beträge von total CHF 795'573.– (CHF 418'013.– + CHF 377'560.–) sind von den für März 2010 zu viel bezahlten CHF 417'451.– nur CHF 204'427.– anzurechnen.

6.3. Der Bereicherungsanspruch wegen Leistung auf eine Nichtschuld besteht nur dann, wenn der Leistende im Irrtum über die Schuldpflicht geleistet hat (Art. 63 Abs. 1 OR). Hat er die Schuld in Kenntnis ihres Nichtbestehens oder im Zweifel über ihren Bestand erfüllt, ist die Rückforderung ausgeschlossen, es sei denn, er hat sie sich im Zeitpunkt der Leistung vorbehalten (Gauch et al., a.a.O., N 1533 ff.). Die Klägerin macht geltend, die Beklagte habe zum Zeitpunkt der betreffenden Zahlungen vom Inkrafttreten des StromVG gewusst, womit ihre Zahlungen nicht im Irrtum über die Schuldpflicht erfolgt seien (act. 16 S. 33 Rz 81). Die Beklagte erwidert, die Klägerin als Geschäftsführerin der Beklagten hafte aus Verletzung des Geschäftsführungsvertrages, sollte sie in pflichtwidriger Weise die Zahlungen geleistet haben, ohne einen Rückforderungsvorbehalt anzubringen (act. 19 S. 40 f. Rz 122).

Der Klägerin ist beizupflichten, dass die Beklagte zum Zeitpunkt der Leistung vom Inkrafttreten des StromVG gewusst hat. Mit dessen Inkrafttreten hat sich auch die Frage nach dem Schicksal von Art. 6 der C. _____-Verträge gestellt. Die Klägerin verkennt jedoch, dass die Beklagte zu diesem Zeitpunkt nicht ohne Weiteres feststellen konnte, welche Zahlungen ab 1. Januar 2009 noch geschuldet sind, sind denn auch diesbezügliche Streitgespräche unter den Parteien geführt worden und war man sich über die Höhe der Reduktion nicht einig. Die in der Replik neu ein-

genommene Haltung der Klägerin (vgl. act. 16 S. 24 f. Rz 58 ff.) zeigt auf, dass nicht einmal mit Sicherheit davon ausgegangen werden konnte, dass die mit StromVG einhergehende Systemänderung überhaupt Auswirkungen auf die in Art. 6 vereinbarte Entschädigung hat. Vor diesem Hintergrund geht es nicht an, von der Beklagten zu erwarten, dass sie selbst die genaue Höhe der geschuldeten Entschädigung ohne Weiteres hätte feststellen können.

Aber auch unter der Annahme, dass kein Irrtum über die Schuldpflicht bestanden hätte, wäre eine Rückforderung der zu viel geleisteten Zahlungen nicht ausgeschlossen: Dadurch, dass die Parteien Gespräche über die Höhe der verbleibenden Entschädigung geführt haben und schon die an der Verwaltungsratssitzung der Beklagten vom 23. Oktober 2008 beschlossene vorläufige Reduktion von CHF 0.70/Mwh als zu niedrig und nur als eine erste unpräjudizielle Schätzung erachtet wurde (vgl. act. 10/5, Ziffer 4), muss in den seit der Systemänderung geleisteten Zahlungen ein Vorbehalt erblickt werden, dass *nach* verbindlicher Feststellung der noch geschuldeten Entschädigung rückwirkend ab 1. Januar 2009 abgerechnet werde. Andernfalls würde die Beklagte das Risiko der Höhe der Entschädigung tragen: Hat die Beklagte weniger bezahlt als die später verbindlich festgestellte Entschädigung, muss sie eine Nachzahlung leisten. Hat sie mehr bezahlt, kann sie – so will es die Klägerin – keine Rückzahlung fordern.

6.4. Die Klägerin hat betreffend die widerklageweise geltend gemachten Ansprüche die Einrede der Verjährung erhoben (act. 16 S. 33 Rz 82). Der Bereicherungsanspruch verjährt mit Ablauf eines Jahres, nachdem der Verletzte von seinem Anspruch Kenntnis erhalten hat (Art. 67 Abs. 1 OR). Die Widerklage betrifft die Energielieferungen von Januar bis Juni 2010. Diesbezügliche Forderungen sind allesamt im Jahr 2010 fällig geworden (vgl. act. 20/3/1-6). Mit der Geltendmachung der Ansprüche mit Eingabe vom 29. Oktober 2010 ist die einjährige Verjährungsfrist zweifellos gewahrt. Unabhängig davon und angesichts des Verjährungsbeginns mit Kenntnis des Anspruchs ist festzuhalten, dass die Beklagte von ihrem Rückforderungsanspruch ohnehin erst dann Kenntnis erlangen kann, wenn die Höhe der noch zu zahlenden Entschädigung verbindlich feststeht – erfolge dies durch eine entsprechende Parteivereinbarung oder einen Gerichtsentscheid.

6.5. Die Beklagte verlangt weiter Verzugszins zu 5% seit 29. Oktober 2010. Sie macht den Forderungsbetrag von CHF 1'000'000.– erstmals mit Eingabe vom 29. Oktober 2010 geltend. Die Forderung wird nach Art. 75 OR sofort fällig, doch erst mit der Mahnung des Gläubigers wird der Schuldner in Verzug gesetzt (Art. 102 Abs. 1 OR). Als Mahnung gilt auch die Erhebung einer Leistungsklage (BSK OR I-Wiegand, Art. 102 N 9). Mit Widerklageeinleitung vom 29. Oktober 2010 wurde die Klägerin in Verzug gesetzt. Demzufolge ist der von der Beklagten geforderte gesetzliche Verzugszins von 5% (Art. 104 Abs. 1 OR) ab dem 29. Oktober 2010 ausgewiesen und zuzusprechen. Ebenfalls zuzusprechen ist ihr die unbestritten gebliebene Mehrwertsteuer von 7.6%.

6.6. Im Lichte des Ausgeführten, ist die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten CHF 1'000'000.– zuzüglich MWST von 7.6% sowie Zins zu 5% seit 29. Oktober 2010 zu bezahlen.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Gemäss § 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 bleibt die alte Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren vom 4. April 2007 anwendbar, da für das Verfahren insgesamt die Bestimmungen des kantonalen Prozessrechts anwendbar bleiben (vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO). Ebenso gilt die bisherige Anwaltsgebührenverordnung vom 21. Juni 2006 (§ 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010). Vorliegend beträgt der Streitwert CHF 2'761'167.– (§ 19 Abs. 2 ZPO/ZH). Bei der Festsetzung der Prozessentschädigung ist zu berücksichtigen, dass eine Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung stattfand und die Beklagte zusätzlich zur Klageantwort zwei weitere Rechtsschriften einreichte (§§ 2 und 6 AnwGebV). In Anbetracht des Schwierigkeitsgrades und des beträchtlichen Aufwandes rechtfertigt es sich, die Gerichtsgebühr gemäss § 4 Abs. 1 GebV OG um die Hälfte zu erhöhen (§ 4 Abs. 2 GebV OG).

Das Gericht erkennt:

1. Die Hauptklage wird abgewiesen.
2. Die Klägerin wird, in Gutheissung der Widerklage, verpflichtet, der Beklagten CHF 1'000'000.– zuzüglich MWST von 7.6% sowie Zins zu 5% seit 29. Oktober 2010 zu bezahlen.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 70'000.–.
4. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von CHF 100'000.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
7. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 1'761'167.–.

Zürich, 20. Dezember 2012

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Oberrichter lic. iur. Peter Helm

lic. iur. Azra Hadziabdic