

Zur Haftung des Netzbetreibers und deren Wegbedingung

Von Philippe Jacquemoud, Rechtsanwalt, Zürich*

In January 2009 the Electricity Supply Act («ESA») will enter into force. ESA is intended to open the Swiss electricity market for companies consuming more than 100,000 Kwh per year. Such companies are eligible for the liberalization and may opt in by giving written notice to their network operator by October 2008. This contribution addresses the question of the liability of the network operators towards the consumer in the event of an outage. Under the contracts drafted by the Swiss Electricity Association

in view of the opening of the electricity market the parties waive liability for simple negligence. Such a waiver may be considered to be null and void at the discretion of the judge if the liability arises out of the conduct of a business that is carried out under an official license. According to the author there are good reasons to argue that this provision should be considered null and void. In this case the liability of the network operator is largely increased.

Inhaltsübersicht

I. Einleitung

II. Vertragliche Strukturen

1. Netzanschlussvertrag
2. Netznutzungsvertrag
3. Rahmenvertrag zur Netznutzung durch den Lieferanten
4. Energielieferungsvertrag
5. Hochspannungsnetzanschlussvertrag
6. Gegenseitiger Netzanschlussvertrag

III. Haftung

1. Vorbemerkung
2. Haftungsgrundlagen des Netzbetreibers
 - 2.1 Vertragliche Ansprüche
 - 2.2 Ausservertragliche Ansprüche
 - 2.2.1 Vorbemerkung
 - 2.2.2 Produkthaftungsgesetz (PrHG)
 - 2.2.3 Werkeigentümerhaftpflicht (Art. 58 OR)
 - 2.2.4 Allgemeine Haftungsnorm von Art.41 OR

IV. Wegbedingung der Haftung

I. Einleitung

Das neue Stromversorgungsgesetz (StromVG)¹ tritt am 1. Januar 2009 vollständig in Kraft. Ab dann können sich Gesellschaften, welche mehr als 100 000 KWh pro Jahr verbrauchen, für die Liberalisierung entscheiden. Dies wird Auswirkungen haben auf die Beziehung zwischen den am Netzwerk angeschlossenen Elektrizitätsbenutzern und den Netzbetreibern, welche in den meisten Fällen öffentlich-rechtliche

Gesellschaften sind.² Ab Januar 2009 wird das Verhältnis zwischen den privaten oder öffentlichen Netzbetreibern und den Elektrizitätsbenutzern, die sich für die Liberalisierung entschieden haben, privatrechtlich geregelt. Dies wird erhebliche Auswirkungen auf die Haftung der Netzbetreiber haben, wird diese doch nicht mehr öffentlichem Recht, sondern der jeweiligen vertraglichen Struktur unterstehen. Die folgenden Ausführungen zur Haftung der Netzbetreiber beziehen sich stets auf das Verhältnis zwischen Strombezüglern, welche sich für die Liberalisierung entschieden haben, und Netzbetreibern, unabhängig von ihrer rechtlichen Struktur.

Im Folgenden wird die Haftung des Netzbetreibers im Zusammenhang mit den Vertragsentwürfen des Verbandes Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen («VSE») im Fall von Stromausfällen abgehandelt. Dazu werden zuerst die vertraglichen Strukturen zwischen den Marktteilnehmern kurz eingeführt. Nach der Darstellung der einzelnen Haftungsansprüche folgen Ausführungen zur Wegbedingung der Haftung durch den Netzbetreiber. Nicht abgehandelt wird die Haftung des Stromlieferanten bei Stromausfällen, da sich die Haftung des Stromlieferanten mit dem Inkrafttreten des StromVG nicht verändern wird.³

* Frau *Katja Egle* danke ich herzlich für ihre Unterstützung.

¹ Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Stromversorgung, SR 734.7.

² *Judith Bischof*, Rechtsfragen der Stromdurchleitung, Diss. Zürich 2002, S. 11 f.

³ Zur Haftung des Stromlieferanten vgl. *Rolf H. Weber/Brigitta Kratz*, Elektrizitätswirtschaftsrecht, Bern 2005, § 10 Rz. 95 ff.

II. Vertragliche Strukturen

Auf dem Elektrizitätsmarkt können sechs Marktteilnehmer unterschieden werden:⁴

- Stromproduzenten;
- Hochspannungsnetzbetreiber (in der Schweiz einzig die Swissgrid);
- Betreiber von Mittel- oder Niederspannungsnetzwerken;
- Stromlieferanten, die das Netzwerk im Auftrag des Endverbrauchers benützen und mieten sowie den physischen Transport des Stroms organisieren;
- Handelsgesellschaften;
- Elektrizitätsbezüger, die sich für die Liberalisierung entschieden haben.

Für die unterschiedlichen Beziehungen zwischen den oben aufgeführten Marktteilnehmern gibt es verschiedene Verträge. Im Zuge der bevorstehenden Marktöffnung hat der VSE Vertragsmuster publiziert, auf welche sich die nachfolgenden Ausführungen beziehen. Diese Muster sind weder verbindlich noch werden sie automatisch von allen Teilnehmern verwendet. Dieser Beitrag wird sich auf den Netznutzungsvertrag, den Rahmenvertrag zur Netznutzung durch den Lieferanten und den Netznutzungsvertrag mit Swissgrid konzentrieren. Die anderen Verträge sind zum Zweck der Übersichtlichkeit nachstehend beschrieben.

Auf dem Elektrizitätsmarkt werden die folgenden Verträge voneinander unterschieden.

1. Netzanschlussvertrag

Diese Vereinbarung regelt die Beziehung zwischen dem Grundeigentümer und dem Netzbetreiber hinsichtlich der Erschliessung des Eigentums mit dem Netzwerk. Das heisst jedoch nicht, dass der Grundeigentümer zwingend auch der Strombezüger sein muss, da er das Grundstück auch vermietet haben könnte. Das StromVG und die Stromversorgungsverordnung (StromVV)⁵ enthalten zwingende

Bestimmungen, denen in den Verträgen Rechnung getragen werden muss. Es handelt sich um einen Vertrag *sui generis* oder einen gemischten Vertrag.⁶

2. Netznutzungsvertrag

Hiermit wird das Verhältnis zwischen dem Endverbraucher und dem Netzbetreiber bezüglich Nutzung des Netzwerkes geregelt. Das StromVG enthält auch hier zwingende Vorschriften, die eingehalten werden müssen.⁷ Die Rechtsnatur dieses Vertrages ist unklar. Die Qualifikation als gemischter Vertrag oder als Vertrag *sui generis* scheint den verschiedenen Elementen jedoch am ehesten Rechnung zu tragen.⁸ In der Regel wird der Strombezüger, vertreten durch den Stromlieferanten, diesen Vertrag abschliessen. In diesem Fall schliessen der Netzbetreiber und der Stromlieferant einen nachstehend beschriebenen Rahmenvertrag zur Netznutzung durch den Lieferanten ab. Inhaltlich sind der Netznutzungsvertrag und der Rahmenvertrag zur Netznutzung durch den Lieferanten nahezu identisch. Eine Besonderheit dieser Verträge ist die Wegbedingung der Haftung, welche nachstehend näher behandelt wird.

3. Rahmenvertrag zur Netznutzung durch den Lieferanten

Dieser Vertrag ist dafür bestimmt, die Benutzung der verschiedenen Netzwerke für den Strombezüger sicherzustellen. Dazu schliesst der Lieferant stellvertretend für den Strombezüger Verträge mit den Netzbetreibern verschiedener Stufen ab. Auf diese Weise wird der Strombezüger an die Netzbetreiber gebunden. Der Lieferant zieht die vom Endverbraucher geschuldeten Gebühren ein. Gemäss den Musterverträgen handelt der Lieferant in direkter Stellvertretung, d.h., der Strombezüger schliesst Netznutzungsverträge mit allen Netzbetreibern, einschliesslich der Swissgrid, durch den Lieferanten ab. Diese Verträge enthalten auch eine Haftungsbeschränkungsklausel. Im europäischen Strommarkt gibt es den EFET-

⁴ *Michèle Balthasar*, Elektrizitätslieferungsverträge im Hinblick auf die Strommarktöffnung unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrechts, Zürich 2007, S. 30 ff.

⁵ Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008, SR 734.71.

⁶ *Balthasar* (Fn. 4), S. 42.

⁷ *Balthasar* (Fn. 4), S. 37 f.

⁸ *Brigitta Kratz*, Zu den Rechtsbeziehungen der Elektrizitätsunternehmen mit den Endkunden – eine Momentaufnahme nach dem Nein zur EMG-Vorlage, AJP/PJA 2003, S. 349; *Balthasar* (Fn. 4), S. 39 f.

Rahmenvertrag, welcher die Rahmenverträge in der Schweiz sicherlich beeinflussen wird.⁹

4. Energielieferungsvertrag

Mit diesem Vertrag wird das Verhältnis zwischen dem Stromlieferanten und dem Kunden geregelt; es geht um die entgeltliche, physische Lieferung von Strom.¹⁰ Für diesen Vertrag gibt es keine Vorlage, da jeder Lieferant sein eigenes Vertragsmuster verwendet. Es handelt sich um einen gemischten Vertrag mit kauf- und werkvertraglichen sowie auftragsrechtlichen Elementen.¹¹ In den meisten Fällen enthält die Vereinbarung eine Vertretungsvollmacht zugunsten des Lieferanten, die ihn dazu ermächtigt, den Strombezüger gegenüber den Netzbetreibern zu vertreten. Ohne Vollmacht ist eine solche Vertretung nicht möglich. Die Art der Stellvertretung kann erhebliche Auswirkungen auf die Haftung des Netzbetreibers haben. Es ist demnach den Netzbetreibern zu empfehlen, jeweils eine gültige Vollmacht zu verlangen, welche den Lieferanten zur Vertretung des Strombezügers befugt.

5. Hochspannungsnetzanschlussvertrag

Swissgrid schliesst diese Verträge mit Mittel- oder Niederspannungsnetzbetreibern ab, um die Verbindung Letzterer zum Hochspannungsnetz zu regeln.

6. Gegenseitiger Netzanschlussvertrag

Netzbetreiber schliessen untereinander diesen Vertrag ab, um ans Netz des jeweils anderen angeschlossen zu sein.

III. Haftung

1. Vorbemerkung

Wie bereits erwähnt, tritt der Strombezüger, vertreten durch den Lieferanten als direkter Stellvertreter, in ein Vertragsverhältnis mit den Netzbetreibern.

Deshalb ist bei den nachfolgenden Ausführungen kein Unterschied zwischen der Haftung der Netzbetreiber verschiedener Stufen zu machen. Die Netzbetreiber aller Stufen sind direkt mit dem Strombezüger verbunden und deshalb auch direkt ihm gegenüber haftbar. Grundlage dafür ist der durch den Lieferanten abgeschlossene Rahmenvertrag zur Netznutzung oder der direkt vom Strombezüger abgeschlossene Netznutzungsvertrag. Die nachstehenden Ausführungen beziehen sich auf den Netznutzungsvertrag sowie auf den Rahmenvertrag zur Netznutzung, der durch den Lieferanten abgeschlossen wird.

Bei Stromausfällen ist eine Haftung des Netzbetreibers einer Stufe gegenüber einem Netzbetreiber einer anderen Stufe kaum möglich. Der Schaden tritt immer beim Strombezüger ein. Wegen des vertraglichen Rechtsverhältnisses zwischen den Netzbetreibern der verschiedenen Stufen und dem Strombezüger muss Letzterer jeweils denjenigen Netzbetreiber, der den Stromausfall verursacht hat, belangen. Falls der Strombezüger gegen den Betreiber der Netzebene 1 Schadenersatz wegen eines Stromausfalls in der Netzebene 3 geltend machen würde, wäre der Netzbetreiber der Ebene 1 nicht haftbar, da der Netzbetreiber der Netzebene 3 nicht als Hilfsperson des Betreibers der Netzebene 1 qualifiziert wird. Daraus lässt sich schliessen, dass der Netzbetreiber einer bestimmten Netzebene den eigenen Schaden oder den Schaden des Strombezügers nicht gegenüber dem Netzbetreiber einer anderen Stufe, welche den Stromausfall verursacht hat, geltend machen kann. Auf diese Art von Haftung wird aus diesem Grund nicht näher eingegangen.

2. Haftungsgrundlagen des Netzbetreibers

2.1 Vertragliche Ansprüche

Im Falle von Stromausfällen soll zunächst die vertragliche Haftung geprüft werden, da alle Netzbetreiber mit dem Strombezüger einen Netznutzungsvertrag abschliessen.¹² Die folgenden allgemeinen Voraussetzungen sind nötig, um im Rahmen von Art. 97 OR erfolgreich Schadenersatz geltend machen zu können¹³: Es müssen eine Verletzung einer

⁹ Marcel Meinhardt/Nadin Schwibs, Standardisierte Verträge im Stromhandel – der EFET-Rahmenvertrag, in: Rolf H. Weber (Hrsg.), Stromhandel, Europainstitut, Zürich 2007, S. 104 ff.

¹⁰ Balthasar (Fn. 4), S. 33 f.

¹¹ Kratz (Fn. 8), AJP/PJA 2003, S. 346.

¹² Weber/Kratz (Fn. 3), § 10 Rz. 87; Balthasar (Fn. 4), S. 67.

¹³ Wolfgang Wiegand, Art. 97 N 5 ff. in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler

vertraglichen Pflicht, ein Schaden und ein adäquater Kausalzusammenhang gegeben sein. Das Verschulden wird vermutet, was heisst, dass sich der Beklagte exkulpieren kann, indem er beweist, dass ihm kein Verschulden zuzurechnen ist.

Liegen aussergewöhnliche Umstände wie Feuer, Explosion, Hochwasser, Schnee, Blitz, Überlastung des Netzes oder ähnliche Ereignisse vor, so ist der Netzbetreiber gemäss dem Muster des Netznutzungsvertrags berechtigt, den laufenden Betrieb vorübergehend zu unterbrechen. Dies gilt auch für den Fall von Unterbrechungen, die für den Betrieb notwendig sind, wie beispielsweise Reparaturen oder Unterhaltsarbeiten.¹⁴ In solchen Fällen kann dem Netzbetreiber keine Vertragsverletzung vorgeworfen werden. Der Elektrizitätsbenützer seinerseits kann gestützt auf den Netznutzungsvertrag keine Schadenersatzansprüche gegen den Netzbetreiber geltend machen.

Der Distribution Code of 2007 (DC), welcher Bestandteil der Musterverträge ist, statuiert einige Nebenpflichten, die im Falle von Überlastungen oder Unterbrechungen eingehalten werden müssen.¹⁵ Ebenso legt er Richtlinien für die maximale Anzahl und Dauer von Unterbrüchen pro Jahr fest (*Average Interruption Frequency Index* oder *Average Interruption Duration Index*). Verzögert der Netzbetreiber ohne sachlichen Grund die Reparatur des Netzes oder verletzt er eine sonstige Pflicht, die ihn in solchen Fällen trifft, so könnte dies einen Vertragsbruch darstellen.

Ist die Unterbrechung der Stromversorgung auf andere Gründe als die vorne erwähnten zurückzuführen, was kaum möglich sein sollte, könnte der Endverbraucher gestützt auf den Vertrag Schadenersatzansprüche geltend machen, sofern die Voraussetzungen dafür erfüllt sind.

Das Muster des Netznutzungsvertrags sieht eine Wegbedingung der Haftung des Netzbetreibers vor. Die Gültigkeit dieser Freizeichnungsklausel wird nachstehend vertiefter geprüft. Hier stellt sich lediglich die Frage der Auswirkung einer solchen Klausel

auf die Haftung des Netzbetreibers im Falle eines Stromausfalls.

Es wurde bereits ausgeführt, dass für den Netzbetreiber unter bestimmten Voraussetzungen einige Nebenpflichten bestehen. Falls er solche Nebenpflichten nicht gehörig erfüllt, kann er grundsätzlich belangt werden. Trotzdem kann er sich auf sein fehlendes Verschulden berufen. Bei der Behandlung dieser Frage spielt die Freizeichnungsklausel (dazu ausführlich hinten IV.) eine Rolle. Danach haftet der Netzbetreiber lediglich für grobes Verschulden. Sollte diese Vertragsklausel gültig sein, wäre eine Inanspruchnahme des Netzbetreibers im Falle von Stromausfällen gestützt auf den Netznutzungsvertrag weitgehend aussichtslos.

2.2 Ausserververtragliche Ansprüche

2.2.1 Vorbemerkung

Der Strombezüger kann sowohl vertragliche als auch ausserververtragliche Ansprüche parallel geltend machen.¹⁶

Weder das StromVG noch die StromVV beinhalten eine Klausel, welche die Haftbarkeit des Netzbetreibers begründen könnte. Auch das Elektrizitätsgesetz (EleG)¹⁷ ist auf Stromausfälle nicht anwendbar.¹⁸ Der Strombezüger muss sich folglich auf die allgemeinen ausserververtraglichen Haftungsnormen stützen.

2.2.2 Produkthaftpflichtgesetz (PrHG)

Da Elektrizität nach Art. 3 Abs. 1 lit. b PrHG¹⁹ als Produkt qualifiziert wird, könnten auch daraus Schadenersatzansprüche abgeleitet werden. Dafür muss es sich um ein fehlerhaftes Produkt handeln.²⁰ Weiter muss ein Schaden vorliegen, wobei nach Art. 1 Abs. 2 PrHG nur Mangelfolgeschäden ersetzt werden.²¹ Zudem kann Schadenersatz nur bei der Verletzung eines absoluten Rechts zugesprochen werden, weshalb rei-

Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 4. Aufl., Basel 2007; *Alfred Koller*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, Bern 2006, § 47 Rn. 1 ff.
¹⁴ Mustervertrag «Netznutzungsvertrag für Endverbraucher», Punkt 5, in: VSE/AES (Hrsg.), Musterverträge zur Branchenempfehlung Marktöffnung Schweiz, Ausgabe 2007.
¹⁵ Distribution Code (DC), Ausgabe 2007, Art. 2.5, 3.7–3.9, 5.2.

¹⁶ *Balthasar* (Fn. 4), S. 68; *Peter Gauch/Walter R. Schluop/Jörg Schmid/Heinz Rey*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Zürich 2008, Nr. 2927 ff.; *Wiegand* (Fn. 13), Einl. zu Art. 97–109 N 15.

¹⁷ Bundesgesetz vom 24. Juni 1902 betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen, SR 734.0.

¹⁸ *Weber/Kratz* (Fn. 3), § 10 Rz. 66.

¹⁹ Bundesgesetz vom 18. Juni 1993 über die Produktheftpflicht, SR 221.112.944.

²⁰ *Heinz Rey*, Ausserververtragliches Haftpflichtrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, N 1186 ff.

²¹ *Rey* (Fn. 20), N 1177 ff., 1185.

ne Vermögensschäden ausgeschlossen sind. Das Produkt muss privat und bestimmungsgemäss genutzt worden sein.²² Weiter ist ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und dem Fehler des Produktes erforderlich und schliesslich muss der Netzbetreiber als Produzent qualifiziert werden.²³ Eine Haftungsbe freiung ist durch einen Nachweis im Rahmen von Art. 5 PrHG möglich.²⁴ Von einer privaten Nutzung kann in der Regel bei Strombezü gern über 100 000 KWh jedoch nicht gesprochen werden, weshalb diese Haftungsgrundlage entfällt.

2.2.3 Werkeigentümerhaftpflicht (Art. 58 OR)

Ein Netzbetreiber wird grundsätzlich als Werkeigentümer qualifiziert. Der Stromausfall müsste aufgrund eines Mangels am Werk oder durch dessen mangelhaften Unterhalt verursacht worden sein. Zudem muss die Widerrechtlichkeit bejaht werden können, indem bei einem reinen Vermögensschaden eine spezielle Schutznorm verletzt wurde. In den sogenannten «Kabelbruchfällen» qualifizierte das Bundesgericht Art. 239 StGB als Schutznorm.²⁵ Ob diese Norm jedoch auch bei Stromausfällen herangezogen werden kann, bleibt offen, da es wahrscheinlich auf die genaue Ursache des Ausfalls ankommt. Die Rekurskommission der Eidgenössischen Militärverwaltung hat in einem Entscheid von 1969 die Anwendbarkeit von Art. 239 StGB als Schutznorm bejaht, als durch eine Militärübung ein Stromleitungsposten beschädigt wurde, in der Folge der Strom ausfiel und ein Unternehmen dadurch einen Vermögensschaden erlitt.²⁶

2.2.4 Allgemeine Haftungsnorm von Art. 41 OR

Um gestützt auf diese allgemeine Haftungsnorm Schadenersatz geltend zu machen, müssen die folgenden Voraussetzungen erfüllt sein: Es müssen ein Schaden, eine rechtswidrige Handlung, ein adäquater Kausalzusammenhang und ein Verschulden gegeben sein.²⁷ Hier ist ebenfalls zu beachten, dass im Falle

eines reinen Vermögensschadens nur bei Verletzung einer besonderen Schutznorm Schadenersatz geltend gemacht werden kann.²⁸

IV. Wegbedingung der Haftung

Die allgemeinen Haftungsvoraussetzungen können von den Vertragsparteien bis zu einem bestimmten Mass eingeschränkt werden. Allerdings ist eine im Voraus vereinbarte Klausel, welche die Haftung für absichtliches oder grobfahrlässiges Verhalten ausschliesst, nach Art. 100 Abs. 1 OR nichtig. Weiter liegt es gemäss Art. 100 Abs. 2 OR im Ermessen des Richters, eine Vereinbarung, wonach eine Haftung für leichtes Verschulden wegbedungen wird, für nichtig zu erklären, wenn die verzichtende Vertragspartei einen konzessionierten Betrieb führt.²⁹ Um zu beurteilen, in welchem Mass eine Haftungsbeschränkung für einen Netzbetreiber zulässig ist, muss untersucht werden, ob Netzbetreiber als konzessionierte Betriebe im Sinne von Art. 100 Abs. 2 OR gelten.

Erachtet der Richter im Rahmen seines Ermessens gemäss Art. 100 Abs. 2 OR eine Freizeichnungsklausel als unzulässig, stellt sich die Frage, ob ihr die ganze Wirkung versagt wird und die allgemeinen Haftungsnormen von Art. 97 ff. OR anwendbar sind, oder ob die Klausel auf das gesetzlich zulässige Mass reduziert wird. Die wohl herrschende Lehre geht davon aus, dass die Klausel im Sinne von Art. 20 Abs. 2 OR im Umfang des Erlaubten aufrechterhalten wird.³⁰ *Schwenzer* und *Kramer* lehnen diese Ansicht aus rechtspolitischen Gründen ab.³¹ Die sozial schwächere Partei wehre sich in der Praxis oft nicht. Zudem würden Anreize geschaffen, Übermässiges zu vereinbaren, da die einzige Gefahr darin bestehe, dass die Klausel auf das gesetzlich zulässige Mass re-

²² *Rey* (Fn. 20), N 1191 ff.

²³ *Rey* (Fn. 20), N 1175, 1203 ff.

²⁴ *Weber/Kratz* (Fn. 3), § 10 Rz. 81 ff.

²⁵ BGE 102 II 85 E. 5.

²⁶ Praxis der Rekurskommission der Eidgenössischen Militärverwaltung 1950–1972, S. 70; BGE 101 Ib 252 E. 2b.

²⁷ *Anton K. Schnyder*, Art. 41 N 3 ff. in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 4. Aufl., Basel 2007; *Rey* (Fn. 20), N 151 ff., 666 ff., 525, 805 ff.

²⁸ *Schnyder* (Fn. 27), Art. 41 N 35 f.; *Rey* (Fn. 20), N 705 ff. Vgl. zur Schutznorm vorne III.2.2.3.

²⁹ *Claire Huguenin*, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 2006, N 742 ff.; *Ingeborg Schwenzer*, Beschränkung und Modifikation der vertraglichen Haftung, in: Alfred Koller (Hrsg.), Haftung aus Vertrag, St. Gallen 1998, S. 99 ff., 113 f.; *Koller* (Fn. 13), § 60 Rn. 28 ff.

³⁰ *Wiegand* (Fn. 13), Art. 100 N 4; *Andreas Thier*, Art. 100 N 7 in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Kurzkommentar OR, Art. 1–529, Basel 2008.

³¹ *Ernst Kramer*, Art. 19–20 N 376 ff. in: Arthur Meier-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Kommentar zu Art. 19–22, Bern 1991.

duziert würde; so, wie man es schon zu Beginn hätte vereinbaren können.³² Dieser letzten Ansicht ist m.E. zu folgen.

Der Netzbetreiber könnte folglich für jeglichen Schaden, der aus einer Verletzung einer vertraglichen Pflicht resultiert, haftbar gemacht werden, sofern er nicht beweist, dass ihn kein Verschulden trifft.

Laut dem DC ist der Netzbetreiber in bestimmten Situationen berechtigt, die Stromlieferung auszusetzen, sofern er dabei gewisse Pflichten und Regeln beachtet. In diesem Rahmen kann er nicht haftbar gemacht werden. Eine solche Vertragsbestimmung ist verhältnismässig.³³ Eine Freizeichnungsklausel käme folglich erst dann zum Zug, wenn andere Umstände vorliegen oder wenn der Netzbetreiber bei ausserordentlichen Ereignissen seine Pflichten nicht eingehalten hat (siehe III.2.1). Um festzustellen, inwieweit ein Netzbetreiber seine Haftung einschränken kann bzw. ob die in den Musterverträgen vorgesehene Freizeichnungsklausel überhaupt gültig ist, muss zunächst abgeklärt werden, ob es sich um einen obrigkeitlich konzessionierten Betrieb handelt.

Vor der Liberalisierung fielen Elektrizitätswerke zweifellos unter die genannte Bestimmung, da sie eine verwaltungsrechtliche Konzession benötigten.³⁴ Nach *Weber* sollte Art. 100 Abs. 2 OR nicht zu weit ausgedehnt werden. Er berücksichtigt das Monopolargument stärker, da es bei der Entstehung der Norm ein entscheidender Faktor war. Wenn der Elektrizitätsbenutzer keine Wahl zwischen verschiedenen Anbietern hat, ist es gerechtfertigt, dass eine Haftungsfreizeichnung nichtig sein kann.³⁵ Auch *Buol* dehnt Art. 100 Abs. 2 OR nicht allzu weit aus. Ihrer Ansicht nach ist zu fordern, dass zwei Elemente erfüllt sein müssen. Einerseits muss der Betrieb die Haftungsbeschränkung aufgrund seiner Monopolstellung durchsetzen können, andererseits muss er eine besondere Vertrauensstellung gegenüber den Konsumenten geniessen. Sind diese beiden Elemente gegeben, ist ih-

rer Meinung nach eine Haftungsbeschränkung auch für leichte Fahrlässigkeit unzulässig.³⁶

Ein weiterer Aspekt, welchem bei der Qualifikation eine Bedeutung beigemessen werden muss, ist der Minderheitenschutz. Mit Art. 100 Abs. 2 OR soll in einem Vertragsverhältnis die schwächere Partei geschützt werden.

Um zu beurteilen, ob in Zukunft Netzbetreiber auch unter diese Bestimmung fallen, ist das Beispiel der Banken heranzuziehen. Der wohl überwiegende Teil der Lehre sowie das Bundesgericht sind der Auffassung, dass Banken ebenfalls als obrigkeitlich konzessioniert gelten.³⁷ Zwar brauchen sie nur eine Polizeibewilligung, stehen aber unter der permanenten Aufsicht der Eidgenössischen Bankenkommission. Dadurch weisen die staatlichen Eingriffsmöglichkeiten eine ebenso grosse Intensität auf, wie dies bei einem konzessionierten Unternehmen der Fall ist. Allerdings ist die erwähnte Monopolstellung der Banken nicht sehr ausgeprägt.³⁸

Die Netzbetreiber stehen, analog zu den Banken, unter Aufsicht einer Kommission, der Elektrizitätskommission (ElCom).³⁹ Die gesetzlichen Regelungen, insbesondere das StromVG und die StromVV, sehen viele Vorschriften für den eigentlich liberalisierten Markt vor. Diese Gegebenheiten, d.h. die Aufsicht und die weitgehende Normierung, sind Ausdruck einer staatlichen Regulierung des Marktes. Die Netzbetreiber haben zahlreiche Pflichten, wie beispielsweise die Erschliessungspflicht nach Art. 5 Abs. 2 oder das Diskriminierungsverbot nach Art. 13 StromVG. Diese Regulierung ist nötig, da jeder Betrieb Strom braucht und die Grundversorgung so sichergestellt wird; ansonsten würden Haushalte und Unternehmen, welche nur schwer zugänglich sind, lediglich unter kostspieligen Bedingungen oder gar nicht mit Strom bedient werden. Diese staatliche Regulierung des Marktes durch die Gesetzgebung und die Aufsicht der ElCom spricht deshalb für die

³² *Schwenzer* (Fn. 29), S. 121 f.; *Beat Zirlick*, Freizeichnung von der Deliktshaftung, in: Heinz Hausheer (Hrsg.), *Abhandlungen zum schweizerischen Recht* (ASR), Band 681, Bern 2003, S. 411 f.

³³ *Balthasar* (Fn. 4), S. 66.

³⁴ *Wiegand* (Fn. 13), Art. 100 N 10.

³⁵ *Rolf H. Weber*, Art. 100 N 117 f. in: Heinz Hausheer (Hrsg.), *Berner Kommentar, Das Obligationenrecht*, Art. 97–109 OR, Bern 2000; *Thier* (Fn. 30), Art. 101 N 6.

³⁶ *Martina Buol*, *Beschränkung der Vertragshaftung durch Vereinbarung*, Zürich 1996, N 297.

³⁷ *Buol* (Fn. 36), N 295; *Koller* (Fn. 13), § 60 Rn 29; *Weber* (Fn. 35), Art. 100 N 120 ff.; *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey* (Fn. 16), Nr. 2833; BGer Urteil 4C.158/2006 vom 10. November 2006, E. 2.2.

³⁸ *Weber* (Fn. 35), Art. 100 N 125.

³⁹ Zu den Aufgaben der ElCom vgl. *Rolf H. Weber/Annja Mannhart*, *Regulierung von Elektrizitätstarifen und Strompreisen*, Jusletter vom 7. April 2008, Rz. 37 ff.

Annahme eines obrigkeitlich konzessionierten Betriebs.

Ein weiterer Aspekt, der berücksichtigt werden muss, ist sicher die Zwecksetzung von Art. 100 Abs. 2 OR. Zunächst ist dies der Schutz der schwächeren Vertragspartei.⁴⁰ In der Beziehung zwischen Netznutzer und Strombezüger ist dies der Letztere. Strom ist für jeden Betrieb enorm wichtig, weshalb ein Netzbetreiber nicht nur bei Verschulden und grober Fahrlässigkeit schadenersatzpflichtig werden soll. Der Betreiber soll für eine einwandfreie Grundversorgung einstehen. Der DC berechtigt ihn, den Stromfluss in bestimmten Situationen zu unterbrechen.⁴¹ Auf diese Weise ist auch für ihn gewährleistet, dass er seinen Verpflichtungen nachkommen kann. Ausserdem sind Umstände, die er nicht zu vertreten hat, von vornherein durch den DC ausgeschlossen.

Ebenso zu erwähnen ist die monopolistische Situation auf dem Elektrizitätsmarkt. Zwar wird der Markt liberalisiert, aber ein Betrieb hat nicht wirklich die Wahl zwischen den einzelnen Netzebenen bzw. Netzbetreibern, da man je nach Standort fest mit einer bestimmten Netzebene verbunden ist und teilweise nicht beliebig neue Leitungen erstellen kann.⁴² Das Bundesgericht hat festgestellt,⁴³ dass auf dem Elektrizitätsmarkt kein Wettbewerb herrscht. Deshalb liess es die Gründung einer nationalen Netzgesellschaft, der Swissgrid AG, zu. Aufgrund des Netzmonopols und der Tatsache, dass eine Unternehmung oder ein Haushalt grundsätzlich nur an der Leitung eines Netzbetreibers angeschlossen ist, entsteht eine monopolistische Marktsituation. Ohne den Bau von zusätzlichen Leitungsanlagen hat der Strombezüger keine Möglichkeit, auf einen anderen Netzbetreiber auszuweichen. Ein Direktanschluss an das Übertragungsnetz erfordert einerseits hohe Investitionskosten und andererseits eine lange Projektdauer. Schaffung von echtem Wettbewerb ist nur durch die Duplizierung der Netzinfrastruktur möglich.⁴⁴ Der Gesetzgeber hat sich jedoch gegen den Bau von neuen Leitungen ausgesprochen. Der Strombezüger ist folglich auf den Netzbetreiber angewiesen, was seine Position wiederum schwächt.

Dies spricht ebenfalls für die Qualifizierung als obrigkeitlich konzessionierter Betrieb.

Dagegen könnte eingewendet werden, dass der Elektrizitätsmarkt liberalisiert und das Verhältnis zwischen den Parteien privatrechtlich geregelt ist. Auch wenn der Ausbau von zusätzlichen Leitungen politisch nicht erwünscht ist, kann ein privates Unternehmen trotzdem ein Baugesuch dafür einreichen. Unter bestimmten Voraussetzungen ist ein Netzwechsel bzw. der Anschluss an Parallelleitungen möglich. Diese Voraussetzungen sind jedoch sehr streng und es ist kaum möglich, neue Leitungen zu bauen, was ebenfalls für die Annahme eines konzessionierten Unternehmens spricht.

Weiter kann sich ein Unternehmen gegen Stromausfälle versichern lassen. Dadurch werden zwar Kosten verursacht, doch die sind tiefer, als wenn das Unternehmen die Kosten des Betriebsausfalls selber zu tragen hätte.

Aufgrund der eben gemachten Ausführungen kommt man zum Schluss, dass die Argumente für die Annahme eines konzessionierten Gewerbes überzeugen. Die Netzbetreiber sind in einer starken Verhandlungsposition, da der Strombezüger nur eingeschränkte Wahlmöglichkeiten bezüglich der Netzebene hat und zudem kein Wettbewerb herrscht. Durch die EICom und die weitgehenden Pflichten aus dem StromVG und der StromVV ist der Markt staatlich stark reguliert, was mit dem Bankensektor vergleichbar ist. Bei den Banken handelt es sich auch um privatrechtliche Unternehmungen, weshalb der Einwand der Marktliberalisierung nicht ganz einleuchtend ist. Auch das Argument, wonach sich der Unternehmer gegen das Risiko versichern kann, überzeugt nicht, da die Kosten des Betriebsausfalls einfach überwältzt werden.

Eine Wegbedingung nach Art. 100 OR ist auch für die ausservertraglichen Haftungsansprüche möglich.⁴⁵ Art. 100 Abs. 2 OR wird in diesem Fall per Analogie angewendet werden. Demnach verweisen wir auf unsere vorstehenden Ausführungen zum erlaubten Mass der Wegbedingung.

Es wird sich in Zukunft zeigen, in welche Richtung die Regulierungskompetenzen der EICom führen werden und inwieweit das Monopol der einzelnen Netzbetreiber gebrochen werden kann.

⁴⁰ BGer Urteil 4C.81/2002 vom 1. Juli 2002, E. 3.1.

⁴¹ Vgl. vorne III.2.1.

⁴² Balthasar (Fn. 4), S. 58.

⁴³ BGE 133 II 104 ff.

⁴⁴ BGE 133 II 104 E. 7 ff.

⁴⁵ BGE 120 II 58 E. 3a; Zirlick (Fn. 36), S. 86; Wiegand (Fn. 13), Art. 100 N 3.