



KANTON  
APPENZELL INNERRHODEN

## Bau- und Umweltdepartement

Fischereiverwaltung  
Gaiserstrasse 8  
9050 Appenzell  
Telefon +41 71 788 92 86  
Telefax +41 71 788 92 89  
ueli.nef@nbud.ai.ch  
www.ai.ch

Appenzell, 18. Dezember 2018/NUB

### Eisfischen am Fählensee

Geschätzter Herr Präsident, lieber Andreas

Wie vereinbart, hat die Fischereiverwaltung drei Vorschläge des Fischereivereins betreffend Eisfischen am Fählensee geprüft. Gerne überlasse ich dir hiermit das Ergebnis bzw. die Antworten auf die drei eingereichten Varianten.

#### Zu Vorschlag 1 und 2

Vorschlag 1 wie auch Vorschlag 2 beantragen eine Verordnungsänderung. Die letzte grössere Revision der FischV fand vor gut vier Jahren (2014) statt; die geänderte FischV trat auf den 1. März 2014 in Kraft. Eine erneute Revision lediglich zur Einführung des Eisfischens in die FischV ist unverhältnismässig. **Die Anträge 1 und 2 sind demnach abzulehnen.**

#### Zu Vorschlag 3

Auch hier wäre eine kleinere Verordnungsänderung vorzunehmen. Art. 12 Abs. 4 FischV besagt *wörtlich*, dass das Fischen in den Bergseen nur vom Ufer aus gestattet ist. Der Wortlaut des Gesetzestextes ist insoweit klar. Die natürliche Uferlinie bildet das bestimmungsgemässe Ufer. Die Eisfläche führt nicht zu einer Verschiebung der natürlichen Uferlinie in den See hinein bzw. lässt bei einer kompletten Seegefrierung den See nicht verschwinden; das natürliche Ufer bleibt auch bei einem zugefrorenen See das bestimmungsgemässe Ufer. Demnach bleibt das Fischen, auch wenn der See zufriert, lediglich vom Ufer aus gestattet, unabhängig davon, ob der See aufgrund der Eisfläche problemlos betreten werden könnte und damit Eisfischen möglich wäre. Nach dieser **wörtlichen Auslegung** der Bestimmung bedürfte es somit einer Gesetzesänderung. **Dies wäre jedoch aus demselben Grund wie bei Vorschlag 1 und 2 abzulehnen.**

Nach der sogenannten **historischen und teleologischen Auslegung** von Art. 12 Abs. 4 FischV könnte jedoch von einer Gesetzesänderung abgesehen werden. Der Grund, weshalb das Fischen in den Bergseen nur vom Ufer aus gestattet ist, liegt darin, dass eine Kontrolle der Fischer, die sich auf dem See in Booten oder auf Flossen befinden, recht aufwendig wäre. Die Kontrollorgane müssten in diesem Fall ebenfalls mit Booten ausgerüstet werden (siehe Botschaft zur Revision der Fischereiverordnung vom 28. Oktober 1996, 2.5., S. 4). *Sinn und Zweck* der Bestimmung ist demnach, dass das Fischen auf dem offenen, ohne Boot nicht passierbaren Wasser verboten werden soll, aufgrund des damit verbundenen

erhöhten Kontrollaufwands. Dass man damit auch das Eisfischen oder ähnliches verbieten wollte, ergibt indes nicht. Ein „Betretungsverbot“ des Sees in Bezug auf das Eisfischen, ist sodann auch nicht nötig. Die Fischer befinden sich beim Eisfischen nicht auf dem offenen Wasser, sondern auf einer begehbaren Eisfläche, was die Kontrolle der Fischer nicht aufwendiger macht, als sie sonst ist. Die Kontrollorgane bedürfen keiner zusätzlichen Ausstattung. Der Grund für das Verbot verliert somit seinen Gehalt. Im Sinne der historischen und teleologischen Auslegung könnte man über den eigentlich klaren Wortlaut der Bestimmung hinwegsehen. Von einer Gesetzesänderung könnte somit abgesehen werden.

Massgebend für jede Auslegung ist in erster Linie der Wortlaut der Bestimmung. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach der wahren Tragweite der Bestimmung gesucht werden, wobei alle Auslegungselemente zu berücksichtigen sind. Dabei kommt es namentlich auf die Entstehungsgeschichte, auf den Zweck der Norm, auf die ihr zugrunde liegenden Wertungen und auf den Sinnzusammenhang, in dem die Norm steht, an (BGE 143 III 453, S. 455, E. 3.1). Hier ist der Wortlaut von Art. 12 Abs. 4 FischV klar. Demnach muss nicht nach der wahren Tragweite gesucht werden. Gemäss der Botschaft ist Sinn und Zweck der Bestimmung aber einzig die Verhinderung der aufwendigeren Kontrolle. In Anbetracht dessen, dass die Bestimmung in ihrem Grundgehalt bereits mehr als 20 Jahre alt ist und man damals wohl nicht an das (mehrheitlich moderne) Eisfischen gedacht hat, war dies damals nicht Gegenstand der Regelung. Nach den heutigen Bedürfnissen hätte man wohl eine Regelung diesbezüglich ins Gesetz aufgenommen. Unter diesen Umständen könnte auch der historischen und teleologischen Auslegung gefolgt werden. Der Orientierung am klaren Wortlaut ist jedoch gerade aufgrund seiner Klarheit den Vorzug zu geben.

### **Haftungsfrage**

Könnte sich der Kanton bei einem allfälligen Unfall, durch Einbrechen ins Eis oder durch eine Lawine/einen Steinschlag, haftbar machen?

- Staatshaftung nach Art. 26 PeV (Personalverordnung)

Die Voraussetzungen der Staatshaftung sind ein Schaden in Ausübung der amtlichen Tätigkeit durch eine Handlung oder Unterlassung des Mitarbeiters, Widerrechtlichkeit und Kausalität.

Amtliche Tätigkeiten ergeben sich aus verschiedenen Schutzpflichten (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St.Gallen 2016, N 2114 f.). Erfahrungsgemäss ist sodann die Unterlassung der amtlichen Tätigkeit zu beurteilen. Eine Unterlassung ist jedoch nur widerrechtlich, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln (sog. Garantenstellung gegenüber der geschädigten Person) bestanden hätte. Bei Naturgefahren könnte sodann ein Unterbruch der Kausalität vorliegen. Sie wird unterbrochen und ist daher nicht verursachend, wenn eine andere Handlung oder Unterlassung für das Ergebnis in hohem Mass mitverantwortlich ist. Dies trifft insbesondere bei grobem Drittverschulden, groben Selbstverschulden oder höherer Gewalt zu (JAAG/HÄNNI, in: Die schweizerische Bundesverfassung, St.Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St.Gallen/Basel/Genf 2014, N 30 und 35 zu Art. 146 BV).

- Zu den Schutzpflichten

Der Kanton hat sich mehrheitlich zur Abwehr vor Naturgefahren verpflichtet (SUTTER, Die Haftung des Staates für Schäden aus Naturgefahren, in: S&R, 3/2009, S. 179). Wird eine konkrete Schutzpflicht verletzt kann es zu Haftungsansprüchen kommen. Oftmals ist es jedoch so, dass keine konkrete Schutzpflicht verletzt wurde (WILDHABER, Von Hochwasserschäden bis zu AKW-Störfällen: Wer ersetzt Katastrophenschäden, in: ZSR 132/I, S. 409 und 411). Gemäss dem Ereigniskataster Naturgefahren können im Gebiet um den Fählensee bzw. auf dem Weg dorthin Fliess- und Staublawinen, Steinschlag und Rutschungen auftreten. Die diesbezüglichen Schutzpflichten ergeben sich aus verschiedenen Gesetzen. Die sich daraus erhebbende Garantenstellung hat jedoch gewisse Grenzen (siehe unten). Weiter spielt beim Eisfischen die Betretung des gefrorenen Sees eine Rolle. Eine diesbezügliche Schutzpflicht ist nicht ersichtlich. Es kann jedoch gesagt werden, dass ein regelmässiges Messen der Eisdicke in seinem Aufwand unverhältnismässig ist und daher aufgrund der Unzumutbarkeit nicht verlangt werden kann (vgl. Überlegungen zur Garantenstellung).

- Zur Garantenstellung

Als Garant müssen nicht alle erdenklichen Sicherheitsvorkehrungen getroffen werden, um eine drohende Gefahr schadlos abzuwenden. Erwartet wird nur, was die besonderen Vorschriften explizit verlangen oder sich aufgrund allgemeiner Vorsichtsregeln als zweckmässig und zumutbar erweist. Von den geschädigten Personen kann zudem immer verlangt werden, dass sie die den Umständen und ihren Kenntnissen entsprechende und im Durchschnitt übliche Sorgfalt anwenden (TSCHANNEN/ZIMMERLI/ MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, N 41 zu §62). Nach dem Kriterium der Zumutbarkeit sind die zeitlichen, technischen und finanziellen Möglichkeiten im Einzelfall zu berücksichtigen. Die Anforderungen sollen auf elementare Schutzvorkehrungen vor örtlichen Gefahren, die eine gewisse Wahrscheinlichkeit haben, abzielen. Aufgrund der Unberechenbarkeit der Naturprozesse kann eine völlige Gefahrenfreiheit nicht verlangt werden. Selbst bei genügenden Schutzvorkehrungen verbleiben gewisse, in Kauf zu nehmende Restrisiken. Zudem ist ein vernünftiges Verhältnis zwischen den Kosten und dem Schutzinteresse sowie dem Zweck zu verfolgen (BÜTLER/SUTTER, Verkehrssichtungspflicht gegen Steinschlag auf Strassen, Überlegungen mit Blick auf jüngste Ereignisse auf der Gotthard-Autobahn, in: ZBl 108/2007, S. 475 f.).

- Zur Widerrechtlichkeit

Widerrechtlichkeit liegt nicht schon dann vor, wenn sich im Nachhinein herausstellt, dass für die Zukunft die amtliche Tätigkeit zu verbessern ist. Bei zwischenzeitlich veränderten Gegebenheiten oder neuen Erkenntnissen hat eine Unterlassung von erheblicher Tragweite oder gar willkürlich zu sein (WILDHABER, a.a.O., S. 411 f.). Desweiteren gilt bei den Naturgefahren im Allgemeinen ein grosser Ermessensspielraum, wenn es darum geht, zu beurteilen, ob ein Einschreiten erforderlich war oder nicht bzw. welche Schutzvorkehrungen zu treffen waren. Dennoch ist ein nach dem Stand der verfügbaren Wahrheit richtender Sorgfaltspflichtmassstab einzuhalten. (SUTTER, a.a.O., S. 191). Eine Verletzung des Ermessen liegt nur bei pflichtwidriger Ausübung vor (WILDHABER, a.a.O., S. 411).

- Zur Kausalität

Als höhere Gewalt gilt ein unvorhersehbares, aussergewöhnliches Ereignis, das mit unabwendbarer Gewalt von ausser hereinbricht, wie katastrophale, ausserordentliche Lawinen oder Steinschläge. Es muss sich um ein Ereignis handeln, dass von Experten nicht konkret im erfolgten Ausmass erwartet wurde (BÜTLER/SUTTER, a.a.O., S. 483 f.). Das Ereignis muss dementsprechend nicht vorhersehbar, aussergewöhnlich und unabwendbar sein und mit grosser Wucht hereinbrechen. Diese Kriterien sind in der Abgrenzung entscheidend (BÜTLER, Zur Haftung von Werkeigentümern und Tierhalten bei Unfällen auf Wanderwegen, in: S&R 2/2009, S. 115). Keine höhere Gewalt liegt vor, wenn das Ereignis voraussehbar und dessen Abwendung durch geeignete Massnahmen möglich und zumutbar gewesen wäre. Wird die aussergewöhnliche Intensität nicht erreicht kommt es zu einer Haftung für den Zufall, wenn dieser eine Mitursache darstellt (SUTTER, a.a.O., S. 186 f.). Dies gilt insbesondere für überraschende kleinere Naturgefahren. Vor gelegentlich, nicht an bestimmten Stellen vorkommenden Naturgefahren kann jedoch nicht sinnvoll und in zumutbarer Weise geschützt werden. Bei vorhersehbaren Naturgefahren sind Vorkehrungen zu treffen, wie z.B. Warnungen rauszugeben und Sperrungen zu veranlassen (BÜTLER, a.a.O., S. 115 f.).

**Unter diesen Aspekten ist es somit praktisch ausgeschlossen, dass eine Staatshaftung des Kantons bei Schäden durch die mit dem Eisfischen verbundenen Gefahren geltend gemacht werden kann.**

Insbesondere hat die Garantenstellung des Kantons ihre Grenzen. Bei Schäden durch kleinere Ereignisse greift sodann das Argument, dass ein gewisses Restrisiko bleiben kann bzw. völlige Gefahrenfreiheit nicht realisiert werden muss oder dass im Rahmen des erlaubten Ermessens gehandelt wurde. Zudem kann vor zufällig auftretenden Ereignissen nicht zumutbar geschützt werden. Ein Schaden ist sodann nicht per se widerrechtlich, weil sich Schutzvorkehrung im Nachhinein als verbesserungsbedürftig erweist. Bei grossen, insbesondere nicht erwarteten Ereignissen kommt es sodann zu einer Unterbrechung der Kausalität aufgrund von höherer Gewalt.

- Werkeigentümerhaftung nach Art. 58 OR

Die Voraussetzungen der Werkeigentümerhaftung sind ein Schaden durch einen Mangel am einem Werk, Widerrechtlichkeit, Kausalität sowie das Eigentum am Werk.

In Bezug auf Unfälle auf dem See selbst, z.B. durch Eisbruch, fällt die Werkeigentümerhaftung fällt jedoch als Anspruchsgrundlage ausser Betracht, da zugefrorene Seen die Werkeigenschaft nicht erfüllen (OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zweiter Band: Besonderer Teil – Erster Teilband: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung auf Gewässerverschmutzung, 4. Aufl., Zürich 1995, N 50 zu §19).

Obwohl die zu den Bergseen führenden Wege, insbesondere jene zum Fälensee, nicht im Eigentum des Kantons stehen, könnte die Werkeigentümerhaftung in Bezug auf die Wege dennoch relevant sein. Dies ist dann der Fall, wenn das fehlende Sacheigentum oder Hoheitsrecht des Kantons durch andere Faktoren aufgewogen werden kann. Denkbar sind dabei die vergleichende Sachherrschaft, das öffentliche Interesse und eine gesetzliche Verpflichtung zum Unterhalt. Unter folgenden Umständen ist der Kanton als Werkeigentümer zu betrachten: wenn er Inhaber einer Wanderwegdienstbarkeit ist oder ihm eine

Unterhaltungspflicht kraft Gesetz obliegt oder der Wanderweg im öffentlichen Interesse liegt, was regelmässig der Fall sein dürfte (BÜTLER, a.a.O., S. 117 ff.). Werkcharakter kommt den Wegen sodann dort zu, wo der Weg durch erhebliche Abtragungen, Sprengungen und Aufschüttungen künstlich angeordnet oder mit baulichen Konstruktionen oder Sicherungselementen (Brücken, Leitern, Treppen, Eisenstäbe, Handläufe, Stützmauern, Zäune, Gräben, Rohre, Schächte, etc.) versehen wurde. Markierte Stellen allein reichen nicht. Zum Unterhalt gehören der laufende Unterhalt für die sichere Nutzung, insbesondere auch nach Unwettern, und der periodische Unterhalt in Form von Erneuerungen und Markierungen. Vom Kanton können nur minimale bauliche Massnahmen verlangt werden, die zumutbar sind. Selbst vor bekannten Gefahren sind bloss im Rahmen der Zumutbarkeit Schutzvorkehrungen zu treffen. Die Nutzung der Wege bleibt jedoch stets mit viel Eigenverantwortung verbunden (BÜTLER, a.a.O., S. 113 ff.). In Bezug auf die Zumutbarkeit der Schutzvorkehrungen, die Widerrechtlichkeit und die Kausalität kann sodann auch die Ausführungen zur Staatshaftung verwiesen werden.

**Somit ist mit Blick auf die einzelnen Ausführungen eine Werkeigentümerhaftung des Kantons bei Schäden durch die mit dem Eisfischen verbundenen Gefahren praktisch ausgeschlossen.** Insbesondere finden die Schutzvorkehrungen ihre Grenzen bei der Zumutbarkeit. Zudem gilt stets auch eine bestimmte Eigenverantwortung bei der Nutzung der Wanderwege.

- Gefahrensatz

Wer einen Zustand schafft oder unterhält, der einen anderen schädigen könnte, ist verpflichtet, die zur Vermeidung eines Schadens erforderlichen Schutzmassnahmen zu ergreifen (JAUN, Der Gefahrensatz – Gefahr oder Chance?, in: ZBJV 139/2003, S. 141).

Der Gefahrensatz nimmt auf die Verletzung objektbezogener Sicherheitserwartungen Bezug. Er ist zugeschnitten auf Schäden, die nicht unmittelbar durch ein menschliches Verhalten, sondern durch eine bestimmte Gefahrenquelle verursacht worden sind (JAUN, Der Gefahrensatz, a.a.O., S. 174). Zu einer Haftung kommt es sodann, wenn entsprechenden Sicherheitserwartungen enttäuscht wurden. Diese Erwartungen beruhen auf dem Umstand, dass durch ein bestimmtes Verhalten den Eindruck von Sicherheit vermittelt wurde. Ein Indiz dafür ist Entgeltlichkeit, indem man damit auch die gebotenen Schutzmassnahmen erkauft. Unentgeltlichkeit bedeutet aber nicht, dass es zu keiner Haftung kommt (ZIRLICK, Freizeichnung von der Deliktshaftung, Haftungsbeschränkungen und –ausschluss im ausservertraglichen Bereich, Bern 2003, S. 239 f.). Haftungssubjekt ist derjenige, der die Gefahrenquelle ins Leben ruft und über deren Bestand und Verwendung bestimmt. So hat er für die Verwirklichung des von ihm geschaffenen und unterhaltenen Schädigungsrisikos an sich einzustehen. Für Schädigungsrisiken ausserhalb des Herrschaftsbereichs besteht jedoch keine Verantwortlichkeit. Demnach ist entweder haftbar, wer die Bestimmungsgewalt innehat oder wer ein bestimmter Verkehr eröffnet oder duldet und damit entsprechende Sicherheitserwartungen weckt (JAUN, Haftung für Sorgfaltspflichtverletzungen, Von der Willensschuld zum Schutz legitimer Integritätserwartungen, Bern 2007, S. 366, 369 und 372). Gemäss der Rechtsprechung erfahren doch auch hier die Schutzmassnahmen gewisse Grenzen; die Haftung entfällt, wenn die gebotene Sorgfalt in Bezug auf die Schutzvorkehrungen eingehalten wurde (BGE 126 III 14), wenn es zu eine ungebräuchlichen und bestimmungswidrigen Benutzung gekommen ist (BGE 126 III 113) oder wenn Risiken vorgelegen haben, gegen welche sich jeder bei minimaler Sorgfalt schützen könnte

(4C.119/2000). Die Anforderungen an die Schutzmassnahmen umfassen zudem nur, was vernünftigerweise verlangt werden kann (JAUN, Der Gefahrensatz, a.a.O., S. 146).

Dass durch das bloss Erlauben des Eisfischens eine Gefahrenquelle geschaffen oder unterhalten wird, die Schutzmassnahmen erfordert, ist wohl zu verneinen. Mit Gefahrenquellen sind vielmehr Anlagen, Einrichtungen oder Events gemeint, wobei durch diese auch berechnete Sicherheitserwartungen geweckt werden müssen. Davon kann in Bezug auf das Eisfischen keine Rede sein. Es ist aber strikt zu vermeiden, dass durch das Erlauben des Eisfischens eben solche Sicherheitserwartungen geweckt werden. So ist das Eisfischen nicht als „Event“ zu präsentieren; ein solches Verhalten würde die besagten Sicherheitserwartungen gerade wecken. Daher ist der See nicht explizit zum Eisfischen freizugeben sowie weitere Vorkehrungen in Bezug darauf zu veranlassen, z.B. eine Aufsichtsperson anstellen, bestimmte Wochenende festlegen, etc. Von einer Organisation des Eisfischens als Sonderfang ist daher ebenfalls abzuraten. Das Eisfischen sollte bloss allgemein erlaubt werden, doch unter der jeweiligen Eigenverantwortung der Fischer. Deshalb ist die Verantwortung hinsichtlich der mit dem Eisfischen verbundenen Gefahren klar und eindeutig den Fischern zu übertragen und das Eisfischen in deren eigenen Risiko zu erlauben. Dazu können Hinweistafeln „Auf eigene Gefahr“ angebracht werden. Aus denselben Gründen ist schliesslich auch von einer Öffnung und Bearbeitung des Wegs zum See abzuraten, da so auch diesbezüglich keine Sicherheitserwartungen geweckt werden.

- Freizeichnung

Eine eigentliche Freizeichnung von der Haftung gibt es nicht (ZIRLICK, a.a.O., S. 98). Denkbar ist aber das durch eine Warnung vor einer bestimmten Gefahr. Diese ist zum einen relevant bei der Überprüfung der erforderlichen Schutzmassnahmen, indem vor der Gefahr gewarnt wird. Zum anderen ist sie von Bedeutung bei der Abklärung des Selbstverschuldens, wenn einer Warnung zuwider gehandelt wird, obwohl man Kenntnis von ihr hatte oder haben musste. Denkbar ist zudem das sogenannte Handeln auf eigene Gefahr. Vorausgesetzt ist dabei, dass man bewusst und in Kenntnis der konkreten Gefahrenlage Risiken drohender Eigengefährdung in Kauf nimmt (ZIRLICK, a.a.O., S. 100 ff.). Im Einzelfall kann eine Freizeichnung in Kombination mit einer Warnung ein Indiz darstellen, dass eben gerade keine Sicherheitserwartungen geweckt wurden (ZIRLICK, a.a.O., S. 240 f.).

Wie oben gesagt ist den Fischern klar zu machen, dass sie auf ihre eigene Gefahr Eisfischen. Dies ist zudem mit einer Hinweistafel zu verdeutlichen.

### **Fazit:**

Unter Einhaltung der obigen Empfehlungen ist es somit praktisch ausgeschlossen, dass eine Haftung des Kantons gestützt auf den Gefahrensatz bei Schäden durch die mit dem Eisfischen verbundenen Gefahren geltend gemacht werden kann. Insbesondere wenn das Eisfischen nicht als „Event“ ausgestaltet ist und die Verantwortung und das Risiko klar und eindeutig den Fischern übertragen wird und dies mit Hinweistafeln zusätzlich verdeutlicht wird. Somit kann gesagt werden, dass die Haftungsfrage als geklärt zu betrachten ist. Nichts desto trotz steht die Beschilderung sowie auch die Eisaufsicht im Raum.

**Mit der partiellen Aufhebung des Verbotes der Nachtfischerei hat die Fischereiverwaltung unverzüglich auf einen Wunsch des Fischereivereins (Antrag Bruno Fässler) reagiert. Im Anbetracht der erfolgreichen Namaycush-Fangaktion vom Oktober 2018 welche die Erfolgsaussichten einer allfälligen Eisfischerei wesentlich**

**verringern, sowie der fachlichen Empfehlung der tessiner Kollegen und der politischen Ausrichtung bezüglich den winterlichen Aktivitäten im Alpstein, wird von der Eisfischerei am Fählensee abgesehen.**

Das Thema wird anlässlich der nächsten Kantonalen Fischereikommission als Traktandum aufgeführt und kann somit auch in diesem Rahmen noch einmal besprochen werden.

Freundliche Grüsse.

**Bau- und Umweltdepartement**

Der Fischereiverwalter

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Ueli Nef', with a stylized flourish at the end.

Ueli Nef