

2. St. Galler Tagung zum Wasserwirtschaftsrecht

Die neue Rechtsprechung im Wasserwirtschaftsrecht

Freitag, 28. Oktober 2011

Dr. Michael Merker

Binder Rechtsanwälte, Baden und Aarau

www.energierecht.ch



Fall 1 – Tod in der Restwasserstrecke



2

Fall 1: Sachverhalt

- Kraftwerk X AG im Kanton Wallis fasst unmittelbar unterhalb Fiescher Gletscher Wasser
- Vorgelagerte Entkieser- und Entsanderbecken werden regelmässig automatisch und manuell gespült
- Spülung führt zu plötzlich auftretenden, grossen Wassermengen im breiten, mit grossen Steinen durchsetzten Bachbett



3

Fall 1: Sachverhalt

- Am 31.7., 12.30 Uhr fuhr ein niederländisches Ehepaar mit 2 Kindern ins Fieschertal, parkte das Auto an der Talstation der Betriebsseilbahn, gelangten um ca. 13.30 Uhr ins Bachbett des Wyswassers. Der Wasserstand war sehr niedrig.
- Um 13.30 Uhr lösten zwei Mitarbeiter der KW X AG eine manuelle Spülung aus; 19.5 Minuten später erreichte das Wasser die Familie, die Frau und ein Kind starben.

4

Fall 1: Sachverhalt

- Anklageerhebung gegen die beiden Mitarbeiter, welche die manuelle Spülung ausgelöst haben sowie den Betriebsleiter dieser KW-Einheit wegen fahrlässiger Tötung
- Die Gerichte entschieden
 - Bezirksgericht Brig: Freispruch
 - Kantonsgericht: Schuldspruch
 - Bundesgericht: ?



5

Fall 1: Rechtliche Ausgangslage

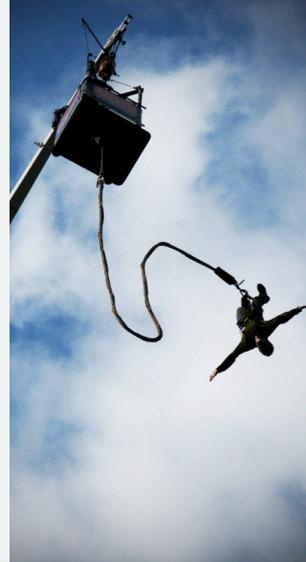
- **Art. 117 StGB:** Wer fahrlässig den Tod eines Menschen verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder Geldstrafe bestraft.
- **Art. 12 Abs. 3 StGB:** Fahrlässig begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Folge seines Verhaltens aus *pflichtwidriger Unvorsichtigkeit* nicht bedenkt oder darauf nicht Rücksicht nimmt. Pflichtwidrig ist die Unvorsichtigkeit, wenn der Täter die Vorsicht nicht beachtet, zu der er *nach den Umständen* und nach seinen *persönlichen Verhältnissen* verpflichtet ist.

6

Fall 1: Entscheidungsbegründung Bundesgericht

- **Selbstverantwortung der Opfer ?**

- Selbstgefährdung ist straflos
- Mitwirkung an der Selbstgefährdung ebenfalls, solange der Mitwirkende / Veranlasser nicht überlegenes Fachwissen hat (Feuerlaufen, Skipistenfälle)



7

Fall 1: Entscheidungsbegründung Bundesgericht

- **Selbstverantwortung der Opfer ?**

- Typische Selbstgefährdungsfälle unterscheiden sich vom vorliegenden Sachverhalt:
 - Gefahr wird von KW AG selbst geschaffen (Spühlung)
 - Keine Herrschaft des sich selbst Gefährdenden über das zur Verletzung führende Geschehen

8

Fall 1: Entscheidbegründung

- Genügen Warntafeln?
 - Strasse und Weg: mehrere Warntafeln (Gefahrensignal, Totenschädel mit gekreuzten Knochen, Wasserwelle)
 - Frage offen gelassen, tendenziell verneint
 - Hinweis, dass Schwallgefahr ungewöhnlich, untypisch, anders als Lawinen
 - Missachtung Regelfall ?



9

Fall 1: Entscheidbegründung

- **Fahrlässigkeit ?**
 - Schuld spruch setzt **Sorgfaltspflichtverletzung** voraus
 - Sorgfaltspflichtwidrig ist Verhalten, wenn Täter
 - aufgrund der Umstände
 - sowie seiner Fähigkeiten und KenntnisseGefährdung hätte erkennen müssen (**Vorhersehbarkeit** des Erfolgs)
 - Erfolg muss bei pflichtgemäßem Verhalten **vermeidbar** gewesen sein (hypothetischer Kausalverlauf)

10

Fall 1: Entscheidbegründung

- Rechtsquelle der Sorgfaltspflicht ?
 - Gesetz
 - Verordnungen und Reglemente
 - Richtlinien nicht staatlicher Organisationen
 - keine verbindlichen (Branchen)Vorschriften zur Zeit des Unglücks
 - Heute ?



11

Fall 1: Entscheidbegründung

- Allgemeine Grundsätze (Gefahrensatz)
 - Garantenstellung: ja (Verursacher der Gefahrenlage)
 - Rechtspflicht, alles zumutbare zur Unfallverhütung zu unternehmen

12

Fall 1: Entscheidungsbegründung

- Wann hat man „alles zumutbare“ unternommen?
 - Verschiebung der Spülung auf Morgen oder Abend ?
 - Nein, da System mit automatischer Spülung ausgerüstet war
 - Genauere Prüfung des Flusslaufes auf Touristen
 - Nein
 - Für Konfiguration KW-Anlage waren Angeklagte nicht verantwortlich
- Erfolg muss bei pflichtgemäßem Verhalten **vermeidbar** gewesen sein (hypothetischer Kausalverlauf)
 - nein, weil Füllstandsanzeige im Entkieserbecken bei 95 % lag

13

Fall 1: Kommentar

- Weshalb der Freispruch?
 - Keine Bestrafung der Mitarbeiter der KW AG, die nichts anderes gemacht haben als sonst auch
 - Automatische Spülung hätten denselben Erfolg herbeigeführt (Anlagenkonfiguration)
 - **Nicht** : Vollständiges Eigenverschulden der Familie

14

Fall 1: Kommentar

- Was wurde nicht geprüft ?
 - Sorgfaltspflichtwidrigkeit des Verhaltens mit Bezug auf abgestelltes Auto vor Talstation Betriebsbahn
 - Möglichkeit der beschränkten, ersten Wasserabgabe
 - Möglichkeit effizienter Warnanlagen (Ton, Licht)
 - Möglichkeit anderer Kontrollmechanismen
 - Schuldfrage des Verantwortlichen für das Sicherheitskonzept

15

Fall 1: Kommentar

- Kann man sich auf Nachhaltigkeit dieses Entscheids verlassen (Unpublizierter BGE 6B_221/2009) ?
 - Nein

16

Fall 2: Erteilung einer Wasserrechtskonzession als politischer Akt



17

Fall 2: Sachverhalt

- 24. Februar 2010 erteilte Landrat Kanton Glarus der X. AG Konzession für Ausnützung der Wasserkraft der Linth in Mitlödi
- Gültigkeitsdauer: 80 Jahre
- Restwassermenge: 2000 l / sec
- Konzessionsentscheid wurde am 18. März 2010 im Amtsblatt des Kantons publiziert
- Rechtsmittelbelehrung im Amtsblatt: öffentlich-rechtliche Beschwerde beim Bundesgericht (innert Auflagefrist)

18

Fall 2: Sachverhalt



- WWF Schweiz, SBN und Pro Natura Glarus führen Beschwerde beim Bundesgericht
 - Restwassermenge 5000 l / sec
 - Konzessionsdauer: 30 Jahre
 - Prozessuale Anträge: Zuständigkeit Verwaltungsgericht Kanton Glarus
- Beschwerde erfolgte (gleichzeitig) beim Verwaltungsgericht Kanton Glarus

19

Fall 2: Entscheid Bundesgericht

- Öffentlich-rechtliche Angelegenheit (Art. 82 lit. a BGG): ja
- Landrat als „unmittelbare Vorinstanz“ des Bundesgerichts (Art. 86 Abs. 3 BGG)
 - kein Gericht
 - politischer Charakter des Entscheids?
 - Leitlinie: Art. 29a BV (Rechtsweggarantie)
 - nur in Ausnahmefällen
 - nicht justiziable Verwaltungsakte
 - politisch bedeutsame Verwaltungsakte

20

Fall 2: Entscheid Bundesgericht

- Konkreter Fall
 - Wasserkraftkonzession hat politische Komponente
 - Aber:
 - nicht nur Verleihungsakt (Rechte)
 - detaillierte Regelung der Pflichten
 - Wasserbau
 - Umwelt- und Landschaftsschutzsind justiziabel
 - Fazit:
 - kein Ausnahmefall
 - unzulässige Vorinstanz



21

Fall 2: Kommentar

- Entscheid ist richtig
 - Rechtsweggarantie
 - Art. 29a BV / Art. 86 Abs. 3 BGG
 - keine Aufweichung des gerichtlichen Rechtsschutzes
- Entscheid ist missverständlich
 - „Verleihungsakt“
 - „Pflichten“

22

Fall 3 – Canyoning in der Restwasserstrecke



23

Fall 3: Sachverhalt

- Gemeinde Z ist durch **Heimfall** Eigentümerin eines Kleinwasserkraftwerks geworden. Sie stört sich daran, dass sich in ihrem Wasserlauf Canyoning-Sportler betätigen.
- Sie ersucht um Erlass eines **Amtsverbots** beim Kreispräsidenten. Inhalt: *Betreten und Befahrens des Wasserlaufs verboten*.
- Verbot wurde ausgesprochen; Canyoning-Sportler führten beim Kantonsgericht Graubünden Beschwerde; diese wurde abgewiesen.

24

Fall 3: Begründung

- **Formell**

- Amtsverbot erging im Besitzesschutzverfahren, das dem Zivilrecht/Zivilprozessrecht untersteht (926 ff. ZGB)
- Gemeinde ist Eigentümerin und Besitzerin der fraglichen Parzellen
 - Aktivlegitimation gegeben
- Canyoning-Sportler leiten Legitimation aus Gemeingebrauch ab
- Gemeingebrauch allein begründet keine zivilrechtlichen Besitzesschutzansprüchen
- Aktivlegitimation verneint



25

Fall 3: Begründung

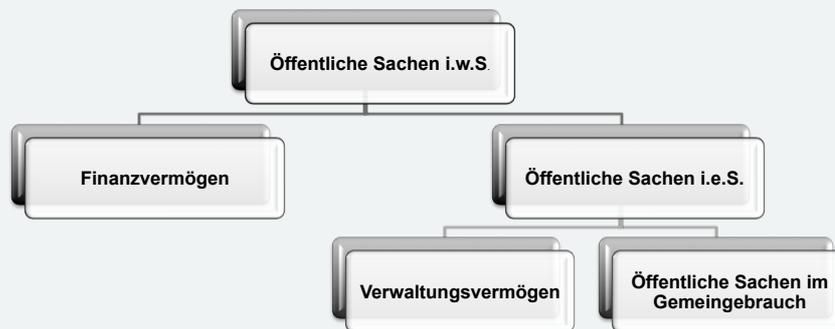
- **Materiell**

- Sache im Gemeingebrauch braucht Widmung
- Entwidmung einer Sache im Gemeingebrauch ist zulässig
- Konzessionierung als vertragliche Vereinbarung stellt Entwidmung dar
- Konzessionsende war 1985 (!); Gemeinde hat die Anlagen am Konzessionsende selbst übernommen; Entwidmung dauert an, weil neue Widmung zum Gemeingebrauch unterblieb
- Kein Anspruch auf gemeingebrauchstaugliche Nutzung des Gewässers

26

Fall 3: Kommentar

- Kann sich die öffentliche Hand auf (privatrechtlichen) Besitzschutz berufen bei öffentlichen Sachen (Verwaltungsvermögen; öffentliche Sachen im Gemeingebrauch) ?



27

Fall 3: Kommentar

- Anwendbares Recht ?
 - Finanzvermögen ?
 - Verwaltungsvermögen und öffentliche Sachen im Gemeingebrauch
 - dualistische Theorie
 - Privatrecht bestimmt Begriff und Inhalt des Eigentums
 - Öffentliches Recht bestimmt Verfügungsmacht
 - Zweckbestimmung
 - **Nutzungsmöglichkeiten**

28

Fall 3: Kommentar

- **Öffentliche Sachen im Gemeingebrauch**
 - Stehen Allgemeinheit zur Benutzung offen
 - dienen nicht **unmittelbar** Erfüllung öffentlicher Aufgaben
 - offener Benutzerkreis
 - Bsp.: Strassen, Plätze, Seen, Flüsse



29

Fall 3: Kommentar

- **Begründung Gemeingebrauch**
 - Natürliche Beschaffenheit
 - Seen, Flüsse
 - Widmung
 - nur nötig, wenn unklar
 - Entwidmung durch Konzession ?
 - Sondernutzungskonzession schliesst Drittnutzung aus
 - Konzessioniert wird Gewässernutzung (Gefälle, nutzbare Wassernutzung)
 - ≠ Verbot anderweitiger Nutzung (fischen, baden, Schifffahrt, etc.)

30

Fall 3: Kommentar

- Frage, ob bei Ablauf Konzessionsvertrag eine Konzession mit dem konzessionierenden Gemeinwesen selbst zustande kommt, kann offen gelassen werden
- *Hinzu kommt:* Verfassung Kanton Graubünden nennt Gemeinden als Eigentümer Wasserläufe; Benutzung wird durch kantonales Recht geregelt



31

Fall 3: Kommentar

- Um was geht es eigentlich ?
 - Verbot gefährlicher Tätigkeiten
 - Voraussetzungen
 - Gesetzliche Grundlage
 - Öffentliches Interesse
 - Verhältnismässigkeit
 - Gesteigerter Gemeingebrauch mit Bewilligungsvorbehalt ?



32

Besten Dank für Ihre Aufmerksamkeit !

Dr. Michael Merker, Baden
michael.merker@energierecht.ch
Tel. 056 204 02 07