



MJU D 04 2923

KOPIE

EINSTELLUNGSVERFÜGUNG

vom 14. April 2008

in Sachen:

**FEW / GROUPE E AG, 1701 Fribourg, Bd de Pérolles 25; vertreten gemäss Art. 102 aStGB
durch Claude Gremion und Alain Sapin**

Erwägungen:

1. Einführung**1.1. Anzeige und Zuständigkeiten**

Mit Datum vom 6. Dezember 2004 reichte der Bernisch Kantonale Fischerei-Verband (BKFV) beim regionalen Untersuchungsrichteramt III in Bern Strafanzeige gegen die Freiburgischen Elektrizitätswerke bzw. deren verantwortliche Organe ein.

Der BKFV verlangt, die Verantwortlichen der damaligen FEW (die Groupe E entstand am 1. Januar 2006 aus der Fusion der Freiburgischen Elektrizitätswerke (FEW) und Electricité Neuchâteloise SA (ENSA)) seien wegen Tierquälerei im Sinne von Art. 22 Abs. 2 lit. a des Tierschutzgesetzes und wegen Verletzung der Konzessionsbestimmungen im Sinne von Art. 42 Abs. 1 lit. b und c des Wassernutzungsgesetzes des Kantons Bern zu verurteilen und die durch die Konzessionsüberschreitung widerrechtlich erwirtschafteten Gewinne seien einzuziehen.

Der Generalprokurator des Kantons Bern übermittelte am 21. Dezember 2004 die Anzeige zuständigkeithalber dem Untersuchungsrichteramt des Kantons Freiburg, welches am 29. Dezember unter Vorbehalt neuer Erkenntnisse den Gerichtsstand anerkannte.

Der Untersuchungsrichter eröffnete nach einer vorangegangenen Aussprache mit und informellen Verhandlungen unter den Beteiligten am 21. November 2005 ein Strafverfahren gegen die Verantwortlichen der FEW / Groupe E wegen Widerhandlung gegen das Tierschutzgesetz.

Aufgrund mehrerer Schreiben, deren Gegenstand die bernisch-kantonale rechtliche Konzessionsverletzung des Wassernutzungsgesetzes bildete, eröffnete der bernische Untersuchungsrichter diesbezüglich am 8. März 2006 ein paralleles Verfahren, da dieser Aspekt der Verletzung kantonalen Strafrechts nicht vom Kanton Freiburg verfolgt werden kann. Am 20. Februar 2008 sprach der Gerichtskreis VIII Bern-Laupen diesbezüglich ein Urteil, welches zur Zeit noch nicht rechtskräftig ist.

Im Freiburgischen Verfahren hat sich der Anzeiger zu keinem Zeitpunkt als Partei konstituiert.

1.2. Rechtlicher Rahmen der Wassernutzung im Kraftwerk Schiffenen

Gemäss Auskunft des Kantonalen Tiefbauamtes, Sektion Gewässer, und des Amtes für Wald, Wild und Fischerei, Sektion Fischerei (act. 8032 ff.), besteht für den Betrieb des Wasserkraftwerks Schiffenen eine Konzession des Kantons Bern vom 10. Januar 1961 (act. 8043 ff.) sowie ein Betriebsreglement vom 9. Dezember 1970 (act. 8050 ff.), welche zusammen die wichtigen Betriebsparameter festlegen. Deren Einhaltung wird vom Wasserwirtschaftsamt des Kantons Bern überwacht.

Seitens des Kantons Freiburg wurde erst mit der Umwandlung der FEW in eine Aktiengesellschaft durch Gesetz vom 19. Oktober 2000 ebenfalls eine Konzession erteilt, welche am 11. Februar 2004 unterzeichnet wurde (act. 8062). In dieser Konzession wird lediglich von einem "débit équipé" von 186 m³/s und von einer (darin inbegriffenen) Restwassermenge von 5 m³/s gesprochen.

Beide Konzessionen laufen bis zum 18. September 2044.

2. Expertise PRONAT

2.1 Notwendigkeit und Modalitäten

Der Vorwurf des BKFV gründet im Wesentlichen auf der Behauptung, im Kraftwerk Schiffenen würde seit Jahren zu Spitzenbedarfszeiten mehr Strom produziert, als dies zulässig sei. Dabei fliessen jeweils während einigen Stunden mehr als die von der bernischen Konzession erlaubten 135 m³/s durch die Turbinen, was zu einem Schwall im Saanebett führt, der beim Zurückfahren auf die Mindestrestwassermenge von 5 m³/s dazu führt, dass für zahlreiche aquatische Lebewesen der Rückzug abgeschnitten werde und sie in den sich bildenden und häufig austrocknenden Tümpeln verenden.

Die Verifizierung bzw. Falsifizierung dieses Vorwurfs war nur durch eine Expertise möglich. Zum Vornherein war dabei klar, dass allenfalls Fische, nicht aber wirbellose Tiere unter das Tierschutzgesetz fallen würden (das dereinst revidierte TSchG wird dies ausdrücklich so vorsehen).

Ebenso wurde rasch deutlich, dass die Expertise die günstige Gelegenheit bot, über das für das Strafverfahren Notwendige hinaus Grundlagen für künftige Verbesserungen zu schaffen. Insofern drängte sich eine Aufteilung der Kosten zwischen dem justizmässigen Teil der Expertise und dem davon nicht zu trennenden Teil auf, der lediglich im Interesse der Groupe E lag und die Grundlage für allfällige technische Verbesserungen bietet. Die Kosten wurden im Verhältnis 60:40 von der Groupe E und vom Staat Freiburg getragen, wobei klar gestellt wurde, dass diese vom Staat getragenen Kosten gegebenenfalls im Urteil auf einen allfällig Verurteilten überwält werden können (act. 4020, 9050).

Vor diesem Hintergrund beauftragten der Untersuchungsrichter und die Groupe E gemeinsam das Büro PRONAT mit der Ausarbeitung der Expertise, deren justizmässiger Teil voraussichtlich zu folgenden Fragen Antwort geben sollte:

- Feststellen, welches seit November 2000 die jeweilige Durchflussmenge bei der Stau-mauer Schiffenen war und wie und wie schnell sich diese Menge im Tagesablauf verändert hat. Dabei ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Konzession einen höheren Durchfluss als 135 m³/sec zulässt, wenn auch der Zufluss grösser als dieser Wert ist. Der Experte wird gebeten, die Ergebnisse in geeigneter Weise zu gruppieren.

- Feststellen, ob sich aufgrund der ermittelten Durchflussmengen und deren Veränderungen im Tagesablauf Auswirkungen auf die Fauna der Saane unterhalb der Schiffenstaumauer ergeben und welcher Art diese Auswirkungen sind. Der Experte wird gebeten, diese allfälligen Auswirkungen quantitativ und qualitativ zu beschreiben.
- Feststellen, ob und inwiefern sich unter Einhaltung der Konzessionsbestimmungen andere Auswirkungen auf die Fauna ergeben (hätten).

Die Fragestellung und der Umfang der Abklärungen wurden von einer Begleitgruppe laufend in mehreren Sitzungen präzisiert. Mitglieder waren die Herren Olivier Overney (Tiefbauamt FR, Sektion Gewässer), Jean-Daniel Wicky (Amt für Wald, Wild und Fischerei FR, Sektion Fischerei), Thomas Vuille (Amt für Fischerei BE), Raymond Kocher (Wasser- und Energiewirtschaftsamt BE, später Frau Irène Oppliguer), Thomas Schertenleib (Tiefbauamt BE) und Markus Julmy (UR Freiburg).

Die Parteien konnten sich schriftlich und mündlich zu den Expertiseergebnissen äussern und Zusatzfragen stellen.

Die Expertise steht im bernischen Verfahren betreffend Konzessionsverletzung ebenfalls zur Verfügung.

2.2. Ergebnisse der Expertise

Zusammenfassung der Expertise: Teil II, S. 8-13

Eine Konzession des Kantons Bern vom 10. Januar 1961 und ein Betriebsreglement vom 9. Dezember 1970 regeln namentlich die Durchflussmengen in Schiffenen. Der maximale Abfluss in Schiffenen unter der Voraussetzung, dass in Freiburg durch die Saane nicht mehr in den Schiffenensee einfliesst, beträgt demnach 135 m³/s. Bei Hochwasserlagen darf dieser Wert überschritten werden, wird er sonst überschritten, spricht man von einem kritischen Abfluss. Die Restwassermenge beträgt 5 m³/s.

In der Untersuchungsperiode 2000 bis 2005 wurde dieser erlaubte maximale Abfluss in Schiffenen häufig und unabhängig von der Jahreszeit überschritten, es bestand also regelmässig ein kritischer Abfluss. Die Überschreitungen kamen teils einige Male pro Monat, teils täglich, gelegentlich mehrmals täglich vor. Im Jahre 2005 kam es zu fast keinen Überschreitungen mehr. Die Gesamtzeit der Überschreitungen bewegte sich in den Jahren 2000, 2001, 2003 und 2004 je im Bereich zwischen 450 und 650 Stunden jährlich, im Jahr 2002 bei knapp 1000 Stunden (zum Vergleich: ein Jahr hat 8760 Stunden).

Aus dem Betrieb des Kraftwerks an sich resultieren bereits beträchtliche Auswirkungen auf Fische und Nährtiere im Saanelauf. Dabei fallen die Schäden hauptsächlich ab dem Gebiet bei Laupen in Betracht, da der in die Molasse gehauene Kanal zwischen Schiffenen und Laupen kaum Lebensraum für Fische bietet (vgl. dazu auch act. 8034).

Hauptproblem sind die wechselnden Wasserstände, die punktuell grossen Wassermassen, der damit verbundene Geschiebebetrieb und das Trockenfallen kurzzeitig überfluteter Flussbettbereiche der Wasserwechselzone. Resultat daraus ist der Rückgang des Fischbestandes bedingt durch das Verunmöglichen des Ablegens oder durch das Zerstören von Laich, das Verenden von gestrandeten Fischen, hauptsächlich von Jungfischen, den Nahrungsmangel durch die unzureichend vorhandenen Nährtiere, welche ihrerseits in ihrem Lebensraum beeinträchtigt sind und das Fortspülen von Fischen und Nährtieren ("Katastrophendrift").

Diese Auswirkungen bzw. Schäden entstehen bereits im regulären Betrieb, d.h. bis zu einer Abflussmenge von 135 m³/s. Zusatzschäden entstehen dadurch, dass die Wasserwechselzone um 6,2% zunimmt und die Niederwasserrinne eine 30% höhere minimale Fließgeschwindigkeit und eine 30% höhere Mindestwassertiefe aufweist. Die bewegte Korngrösse in der Niederwasserrinne nimmt ebenfalls um 25% zu.

Die Bezifferung der Gesamtschäden aus dem Kraftwerksbetrieb wurde in der Expertise im Hinblick auf die fischereimässigen Ausfälle in kg Fisch und Franken berechnet. Er zerfällt in einen Basisschaden, welchen ab der Inbetriebnahme eingetreten ist und den Jahreshektarertrag an Fischfang jährlich um einen Wert von CHF 31'500 reduziert. Nach 1980 trat durch allgemeine Umwelteinflüsse ein weiterer Schaden von CHF 19'000 jährlich ein, dem gegebenenfalls ein Zusatzschaden durch konzessionswidrige Nutzung in der Höhe von CHF 6'500 beizufügen ist. Die Besatzkosten, die sich aus dem Betrieb an sich ergeben, belaufen sich CHF 16'500 jährlich, die Besatzkosten aus konzessionswidriger Nutzung zusätzlich auf CHF 5'500. Der Schaden aus konzessionswidriger Nutzung beträgt somit zusammengefasst etwa CHF 12'000. Dem steht ein Schaden aus konzessionskonformer Nutzung von CHF 67'000 gegenüber (Expertise Teil II, S. 11).

Im Hinblick auf das Tierschutzgesetz und dessen Verbot der Tierquälerei, begangen gegebenenfalls durch das Verendenlassen von Fischen, ist das Trockenfallen von Wasserläufen in Wasserwechselzone von Interesse. Durch die konzessionskonforme Nutzung verenden schätzungsweise etwa 6000 Fische jährlich, namentlich junge Barben und Groppen. Durch die konzessionswidrige Nutzung ist mit zusätzlichen 5% zu rechnen, was etwa 300 Tieren entsprechen würde (Expertise Teil II S. 62 f.).

2.3. Diskussion der Expertise und daraus resultierender Sachverhalt

Die Expertise ist aufgrund von wissenschaftlich einwandfrei dokumentierten und erprobten Methoden (namentlich durch die Modellrechnung CASIMIR, Teil I der Expertise) zustande gekommen. Die fachtechnische Begleitung durch die Fischerei- und Wasserbauspezialisten der beiden betroffenen Kantone Freiburg und Bern hat sämtliche erhältlichen Informationsquellen und Studien beigeleitet, so dass das Resultat auf einer vollständigen Erhebungs- und Wissensgrundlage methodisch richtig aufbaut. Die gezogenen Schlüsse sind plausibel, Kausalitäten und Zusammenhänge einleuchtend dargestellt. Der Untersuchungsrichter sieht daher keine Veranlassung, grundsätzlich an den Ergebnissen der Expertise zu zweifeln.

Der Groupe E und der Staatsanwaltschaft wurde Gelegenheit zum rechtlichen Gehör geboten. Insbesondere anlässlich der Befragung des Experten vom 1. Februar 2008 und aufgrund der Stellungnahme der Groupe E vom 15. März 2008 wurden von der Groupe E Vorbehalte im Hinblick auf die Aussagekraft der gefundenen Ergebnisse angebracht. Angesichts der verhältnismässig geringen Zunahme der Fischschäden von etwa 5 %, die laut Expertise auf konzessionswidriges Turbinieren zurückzuführen sind, stellt sich in der Tat die Frage nach der Marge der Genauigkeit bzw. Ungenauigkeit der ermittelten Werte.

Das Simulationsmodell Casimir ist zur Zeit das fortgeschrittenste Modell, das bei Fragestellungen wie hier zur Anwendung gebracht werden kann. Es wurde kritisch angewendet, eine Zusammenarbeit mit den Entwicklern bestand und die Daten wurden erst übernommen, nachdem das Modell an den realen Gegebenheiten geeicht worden war.

Die Expertise geht sodann von Annahmen aus, die aus der Sicht der Groupe E für sie günstig sind. So wurde beispielsweise nicht nur ein allfälliger Messfehler der Durchflussmenge berücksichtigt, sondern für das Verständnis des Experten war erst ein Abfluss von mehr als 150 m³/s

massgebend (act. 3011, Expertise Teil 2, S. 86). Schätzungen wurden vorsichtig vorgenommen (etwa Fischverluste in Wasserwechselzone durch Trockenfallen, Expertise Teil 2, S. 62).

Konkret angesprochen auf die geschätzten Fischverluste durch Trockenfallen von Kiesbänken bei Sunk, welche mit 4,4% angegeben werden, machte der Experte den Unterschied zwischen einem einmaligen Ereignis in einem natürlichen System, bei welchem tatsächlich diese Zahl im Bereich der Ungenauigkeitsmarge liegen könnte, und dem vorliegenden, an sich stark gestörten, aber genau beobachteten System, in welchem ein solcher Wert durchaus aussagekräftig sei.

Der Untersuchungsrichter geht aufgrund dieser Überlegungen sowie der weiteren vom Experten auf Fragen der Groupe E gegebenen Antworten davon aus, dass die gefundenen Zahlen aussagekräftig sind und nicht lediglich im Bereich der technischen Ungenauigkeit einer solchen Studie liegen.

Er ist sich dennoch bewusst, dass die Expertise keine zahlenmässig absolut präzisen Angaben machen kann, weil ab und zu Annahmen getroffen werden mussten, die auch anders getroffen werden könnten, so etwa beim Rückgang des Jahreshektarertrags, welcher auf der Fangstatistik beruht, die aus den unterschiedlichsten Gründen einen bestimmten Wert aufweisen kann, und deren ausgewiesener Rückgang zu 25% der irregulären Turbinierung zugeschrieben wurden.

Auf die Ergebnisse der Expertise ist daher abzustellen und es ist davon auszugehen:

- dass die FEW /Groupe E in den Jahren 2000 - 2004 regelmässig und im Jahre 2005 noch hie und da entgegen der Konzession und dem Betriebsregelement mehr als 135 m³/s Wasser turbinierte und dabei jährlich während mehrerer hundert Stunden die obere Limite überschritt;
- dass dadurch gegenüber dem konzessionierten bzw. bewilligten Regime ein zusätzlicher Schaden an der Fauna entstand, indem dieser die Lebensgrundlagen entzogen oder so erschwert wurden, dass die Populationen zu Grunde gingen, sich nicht mehr genügend reproduzieren konnten, oder abwanderten;
- dass als Resultat dessen jährlich etwa 300 zusätzliche Fische auf etwa 6000 ohnehin durch konzessionskonformen Betrieb verendende Fische durch konzessionswidrigen Betrieb in trocken fallenden Wasserläufen verendeten (Expertise Teil 2, S. 63 i. f.), was einem Wert von etwa 5% entspricht.

Der frankenmässige Betrag wird dabei nicht in Betracht gezogen, da es im vorliegenden Verfahren nicht um den Schadenausgleich, sondern um die grundsätzlichen Interessen der Tiere geht, welche im TSchG und im BGF geschützt werden. Das (private) Interesse der Fischer am Fischfang ist aber nicht direkt von diesen Gesetzen erfasst.

3. Rechtliche Erwägungen

3.1 Verjährung

3.1.1. Grundsatz

Die Bestimmungen über die Verjährung erfuhren in den vergangenen Jahren verschiedentlich Änderungen.

Gemäss derzeit geltendem Recht (AT StGB in Kraft seit 1.1.2007) verjährt die Verfolgung von Vergehen gemäss Art. 27 TSG in 7 Jahren. Eine so genannte "Unterbrechung" der Verjährung ist nicht vorgesehen (Art. 97 StGB). Die entsprechende Übertretung verjährt in 3 Jahren, wobei wiederum keine "Unterbrechung" vorgesehen ist.

Vom 1.10.2002 bis zum 1.1.2007 war hinsichtlich der Verjährung für die hier in Frage stehenden Straftaten dieselbe Verjährungsregelung in Kraft (aArt. 70, aArt. 109 StGB).

Bis zum 1.10.2002 betrug die Verjährungsfrist für die Verfolgung von Vergehen 5 Jahre, konnte aber durch die damals geltende Unterbrechungsregelung auf maximal 7 ½ Jahre angehoben werden. Übertretungen verjährten schon damals ohne Unterbrechungsmöglichkeit in drei Jahren (aArt. 70 ff. StGB, aArt. 109 StGB).

Im vorliegenden Fall bedeutet dies folgendes:

Die Verjährung gemäss StGB in Kraft bis 1.10.2002 wurde mit der formell mitgeteilten Verfahrenseröffnung am 21. November 2005 unterbrochen, d.h. die fünfjährige Frist begann an diesem Datum neu zu laufen und deckt damit einen Zeitraum ab, der ab heutigem Urteilszeitpunkt maximal 7 ½ Jahre zurückliegt, d.h. auf den 14.10.2000. Als Vergehen zu qualifizierende Straftaten vor diesem Zeitpunkt sind gemäss Regelung des StGB in Kraft bis 1.10.2002 somit heute verjährt.

Die Verjährung gemäss StGB in Kraft seit 1.10.2002 ist 7 Jahre vor dem Urteilszeitpunkt eingetreten. Demzufolge sind Straftaten vor dem 14.4.2001 nach diesem Recht heute verjährt. Daraus folgt gemäss Art. 2 Abs. 2 StGB, dass das neue Recht einem Beschuldigten günstiger ist und somit die Regelung seit dem 1.10.2002 anzuwenden ist.

Diese Folgerung trifft jedoch nur dann zu, wenn kein Dauerdelikt und kein als verjährungsrechtliche Einheit zu verstehendes fortgesetztes Delikt vorliegt.

3.1.2. Dauerdelikt

Das Dauerdelikt ist im alten wie im neuen Recht (aArt. 71 lit c, Art. 98 lit. c StGB) ausser in der redaktionellen Formulierung gleich geregelt und hat gegebenenfalls zur Folge, dass die Verjährung erst mit dem letzten Tag der Begehung zu laufen beginnt.

Dazu ist vorausgesetzt, dass das Verhalten, das zur Aufrechterhaltung des strafbaren Zustandes führt, ausdrücklich oder stillschweigend im Tatbestand enthalten ist. Dies nimmt das Bundesgericht beim Nichtbezahlen von Unterhaltsbeiträgen (BGE 132 IV 49) und bei Widerhandlungen gegen die Zollgesetzgebung (BGE 119 IV 73) an.

Im vorliegenden Fall ergibt sich aus keinem der anwendbaren Tatbestände ausdrücklich oder implizit, dass diese auf eine dauerhafte Begehung gerichtet wären oder eine solche voraussetzten oder diese im Tatbestand mit enthalten wäre.

Ein Dauerdelikt im Sinne von aArt. 71 lit c bzw. Art. 98 lit. c StGB ist somit nicht gegeben.

3.1.3. Verjährungsrechtliche Einheit

Lange Zeit nahm das Bundesgericht die Figur der so genannten verjährungsrechtlichen Einheit gestützt auf aArt. 71 lit. b und Art. 98 lit. b StGB an. In diesen Fällen begann die Verjährung wiederum erst mit dem letzten Tag der strafbaren Tätigkeit zu laufen, ohne dass dabei ein Dauerdelikt vorlag. Mit BGE 131 IV 83 ff. wurde diese Figur grundsätzlich aufgegeben. Denkbar ist diesem Entscheid zu Folge eine verjährungsrechtliche Einheit von mehreren Straftaten nur noch in den folgenden Fällen:

- Bei der tatbestandlichen Handlungseinheit, die vorliegt, wenn das tatbestandsmässige Verhalten schon begrifflich, faktisch oder doch typischerweise mehrere Einzelhandlungen voraussetzt, wie etwa beim Raub, der sich zusammensetzt aus einer Handlung, die das Opfer widerstandsunfähig macht, und einer weiteren, die in der Wegnahme fremder beweglicher Sachen besteht.
- Ausserdem kann der Tatbestand ein typischerweise länger dauerndes Verhalten umschreiben, das aus mehreren Einzelhandlungen besteht, so etwa bei der Misswirtschaft (Art. 165 StGB) oder beim politischen und militärischen Nachrichtendienst (Art. 272 und 274 StGB).
- Schliesslich bildet bei Dauerdelikten die Handlung, die den rechtswidrigen Zustand herbeiführt, eine Einheit mit den weiteren Akten, die zur Aufrechterhaltung des rechtswidrigen Zustandes notwendig sind. Nach Art. 71 lit. c StGB beginnt die Verjährung in diesem Fall mit dem Tag, an dem der rechtswidrige Zustand aufhört.
- Daneben sind mehrere Einzelhandlungen rechtlich ebenfalls als Einheit anzusehen, wenn sie auf einem einheitlichen Willensakt beruhen und wegen des engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs bei objektiver Betrachtung noch als ein einheitliches zusammengehörendes Geschehen erscheinen (so genannte natürliche Handlungseinheit). Dazu zählen namentlich Fälle der iterativen Tatbestandsverwirklichung (z.B. eine "Tracht Prügel") oder der sukzessiven Tatbegehung (z.B. Besprayen einer Mauer mit Graffiti in mehreren aufeinander folgenden Nächten). Eine natürliche Handlungseinheit fällt jedoch ausser Betracht, wenn zwischen den einzelnen Handlungen - selbst wenn diese aufeinander bezogen sind - ein längerer Zeitraum liegt. Das Bundesgericht hat deshalb eine Handlungseinheit in einem Fall verneint, in dem zwischen Vorbereitungshandlungen gemäss Art. 260bis StGB und einer Geiselnahme nach Art. 185 Ziff. 1 StGB mehr als ein Monat vergangen war. Die Vorbereitungshandlungen gingen nicht im schliesslich vollendeten Tatbestandauf (BGE 111 IV 144 E. 3).

Im vorliegenden Fall sind die Voraussetzungen für die Annahme der verjährungsrechtlichen Einheit somit nicht erfüllt.

3.1.4. Resultat

Die massgebliche Zeitspanne für noch nicht verjährte Straftaten beschlägt hinsichtlich Vergehen den Zeitraum zwischen dem 14.4.2001 und hinsichtlich Übertretungen den Zeitraum zwischen dem 14.4.2005 und heute.

3.2. Objektive Tatbestandmerkmale des Tierschutzgesetzes (TSG, SR 455)

Art. 22 TSG sieht vor, dass das Misshandeln, starke Vernachlässigen oder unnötige Überanstrengen von Tieren verboten ist. Ferner ist das Töten von Tieren auf qualvolle Art verboten. Art. 27 TSG legt fest, dass das vorsätzliche Misshandeln eines Tieres, das starke Vernachlässigen oder unnötige Überanstrengen sowie das Töten auf qualvolle Weise als Vergehen strafbar sind. Die fahrlässige Begehung ist als Übertretung strafbar.

3.2.1 Anwendbarkeit des Tierschutzgesetzes auf Fische

Fische fallen als Wirbeltiere in den Anwendungsbereich des TSchG (Art. 1 Abs. 2 TSchG). Schmerzempfinden, Leidensfähigkeit und Stressreaktionen bei Fischen sind nach wissenschaftlichen Erkenntnissen eindeutig erwiesen (Antoine F. Goetschel/Gieri Bolliger, Das Tier im Recht, 99 Facetten der Mensch-Tier-Beziehung von A bis Z, Zürich 2003; Antoine F. Goetschel, Kommentar zum Eidgenössischen Tierschutzgesetz, Bern/Stuttgart 1986). In diesem Sinne äussert sich auch der Kantonsveterinär (act. 8027 ff., samt Beilagen des BVET). Ein Fisch darf demzufolge wie jedes andere Wirbeltier gemäss Art. 27 TSchG weder misshandelt, stark vernachlässigt, unnötig überangestrengt, noch auf qualvolle Art getötet werden.

In diesem Sinne wurde die Anwendbarkeit des TSG in einem Entscheid des Aargauer Obergerichts vom 30.01.1970 bejaht in welchem festgehalten wurde, dass das Verendenlassen von Fischen in einer Reuse (sackartiges Fangnetz) den Tatbestand der Tierquälerei erfüllen kann. Der Tatbestand der Tierquälerei an Fischen ist gemäss diesem Urteil erfüllt, wenn Fischen unnötigerweise Schmerzen oder Leiden zugefügt werden. Dies kann geschehen, indem sie misshandelt oder in einem Behälter oder Teich gefangen gehalten werden. Eine Vernachlässigung von Fischen liegt nach diesem Urteil vor, wenn jemand Fische unnötig hungern lässt oder im Schmutz verkommen lässt oder wenn er sie erheblichen Schmerzen und Leiden schutzlos ausgesetzt lässt (SJZ 67, 1971. S. 365 f.).

In Analogie zum beschränkten Schutz menschlichen Lebens vor der Geburt ist davon auszugehen, dass noch nicht geborenes Fischleben, d.h. Laich, dem TSG noch nicht unterliegt.

3.2.2. FEW / Groupe E als "Tierhalter"

Von seiner Struktur her richtet sich das TSG an die Tierhalter und scheint auf Anhiob damit das Verhältnis zu nicht "gehaltenen" Tieren nicht zu bestimmen. Entgegen diesem Eindruck fand das Gesetz bisher aber auch auf Fälle Anwendung, in denen kein strenges Halterverhältnis bestand.

Als Halter ist demnach jene Person anzusehen, welche eine länger als bloss vorübergehende tatsächliche Verfügungsgewalt über ein Tier innehat (Erich F. Feineis, Handbuch Tierschutz, S. 16, zur Zeit vergriffen, einsehbar unter: <http://www.schweizertierschutz.ch/publikationen/diverse/infothek/texte/handbuch.pdf>).

So machte sich wegen Misshandlung bereits derjenige strafbar, welcher mit einer Luftpistole auf zwei Dohlen geschossen und beide an einem Flügel verletzt hatte (SJZ 59, 1963, S. 291).

Im vorstehend erwähnten Fall SJZ 67, 1971, S. 365 f. beruhte die Verurteilung wegen Verendenlassen von Fischen in einer Reuse ebenfalls nicht auf einem traditionell verstandenen Halterverhältnis. Der Automobilist, der im Anschluss an die Kollision mit einem Reh seine Fahrt ohne weiteres fortsetzt, verletzt nicht nur das SVG, sondern auch das TSG (Feineis, a.a.O. S. 19). Wer eine Katze anfüttert, muss mit ihr auch zum Tierarzt gehen, wenn dies nötig wird. In

diesem Sinne gilt auch der Jäger eines erlegten Tiers als dessen Halter, wenn er das angeschossene Tier nicht sofort von den Todesqualen erlöst (PKG 1947, S. 84). Diese Beispiele zeigen, dass der Begriff des "Halters" sehr weit zu fassen ist.

Der FEW / Groupe E kommt somit Haltereigenschaft im Sinne des TSG bezüglich der Fische in der Saane zu.

3.2.3. Tatbestandsmässigkeit der Vorgehensweise der FEW / Groupe E

Auf welche Weise den Fischen in der Saane Lebensgrundlagen entzogen oder so erschwert wurden, dass die Populationen zu Grunde gingen, sich nicht mehr genügend reproduzieren konnten, oder abwanderten, konnte durch die umfangreiche Expertise weitgehend aufgezeigt werden. Daraus den Schluss auf ein konkretes tatbestandsmässiges Vorgehen im Sinne des TSchG zu ziehen, ist aber nicht möglich. Nachzuweisen wäre namentlich ein Misshandeln, starkes Vernachlässigen oder unnötiges Überanstrengen der Fische, welches sich daraus ergeben hat. Konkret von Bedeutung könnte einzig der Begriff des Überanstrengens sein. Ohne Zweifel wurden Lebensgrundlagen eingeschränkt, was für sich allein aber nicht tatbestandsmässig ist. Sicher brauchte die Fauna grössere Anstrengungen, um zu überleben und schaffte dies teilweise auch nicht. In dieser höheren Anforderung an die Tiere kann jedoch nicht bereits Tierquälerei erblickt werden. In dieser Hinsicht ist das Verfahren einzustellen.

Dagegen ist das Verendenlassen von Fischen, welche in trocken fallenden Wasserläufen und Tümpeln zu Grunde gehen, eine Form der Tierquälerei.

Tierquälerei, definiert als Exzess über das sozial übliche Mass hinaus an Leidenszufügung gegenüber dem Tier bei der Tötung, Haltung und Nutzung von Tieren (Martin Kilias, Kriminologische Aspekte von Tierschutz und Tierquälerei, in: Recht und Tierschutz, Bern/Stuttgart/Wien 1993) liegt deswegen vor, weil bei der Tötung von Fischen normalerweise zu erwarten ist, dass dies schnell von statten geht.

Wohl nur aus praktisch-technischen Gründen erklärt sich, dass die Betäubungspflicht beim Schlachten explizit nur für Säugetiere gilt (Art. 20 TSG). Schwer vereinbar mit dieser strengen Auffassung ist dagegen der Umstand, dass Art. 5b VBGf (Vollzugsverordnung zum BGF) den Einsatz von lebenden Köderfischen zwar verbietet, den Kantonen für den Fang von Raubfischen aber die Möglichkeit der Ausnahmeregelung dann doch einräumt, zumal Art. 2 Abs. 3 TSchG vorschreiben würde, dass einem Tier nicht ungerechtfertigt Schmerzen, Leiden oder Schäden zugefügt oder es in Angst versetzt werden darf.

Daraus ergibt sich, dass das Verendenlassen von Fischen in trocken fallenden Wasserläufen und Tümpeln Tierquälerei darstellte.

3.2.4. Weitere Überlegungen zur Tatbestandsmässigkeit

Damit von einem tatbestandsmässigen Verhalten im Rechtssinne gesprochen werden kann, muss ein Mindestmass an äusserem Zusammenhang zwischen Handlung und Erfolg, also ein relevanter Kausalzusammenhang vorliegen (dazu und zum folgenden: Franz Riklin, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, S. 136 ff.). Grundsätzlich folgen Vorsatzdelikte der Bedingungstheorie und Fahrlässigkeitsdelikte der Adäquanztheorie. Als problematische Kausalitätskonstellation könnte dabei etwa die hypothetische Kausalität erwogen werden, welche aber darum gerade nicht vorliegt, weil dieser über das erlaubte Mass hinausgehende Schädigungserfolg gerade nicht ohnehin eingetreten wäre.

Häufig wird neuerdings auch die Lehre von der objektiven Zurechnung vertreten, die besagt, dass ein Erfolg nicht nur kausal, sondern auch normativ zugerechnet werden muss. Sowohl TSG wie auch BGF wollen genau das verhindern, was eingetreten ist, nämlich die Schäden am Fischbestand. Der Schutzzweck dieser Normen ist also kein anderer, als der hier zur Anwendung gebrachte, so dass eine normative Zurechnung stattfinden darf.

Die Lehre vom erlaubten Risiko ist zum Vornherein nur bei Fahrlässigkeitskonstellationen anwendbar und kann hier auch darum nicht zur Anwendung kommen, weil der Umfang des Risikos (bzw. implizit des sich daraus ergebenden Erfolgs) durch eine Konzession und ein Betriebsregelement bestimmt ist.

Das zur Einschränkung der Tatbestandsmässigkeit meistens bei Alltagshandlungen verwendete Zurechnungskriterium der Sozialadäquanz versagt im vorliegenden Fall ebenfalls, da schon aufgrund der Klage eines grossen kantonalen Verbandes sichtbar wird, dass nicht von allgemeiner sozialer Akzeptanz des Verhaltens gesprochen werden kann.

Die Tatbestandsmässigkeit ist somit auch unter diesen Gesichtspunkten gegeben.

3.3. Objektive Tatbestandsmerkmale des Fischereigesetzes (BGF, SR 923.0)

Gemäss Art. 16 BGF macht sich wegen eines Vergehens schuldig, wer vorsätzlich den Fisch- oder den Krebsbestand schädigt oder gefährdet, indem er unbefugte technische Eingriffe vornimmt oder die an eine Bewilligung geknüpften Bedingungen oder Auflagen missachtet. Bei fahrlässigem Handeln liegt eine Übertretung vor.

Offensichtlich wurde der Fischbestand dadurch zusätzlich geschädigt, dass über das bewilligte Mass hinaus Wasser turbinert wurde. Damit ist der Tatbestand von Art. 16 BGF bereits erfüllt.

Im Übrigen ist wiederum auf Punkt 3.2.4 zu verweisen.

3.4. Subjektiver Tatbestand

Die Groupe E macht geltend, sie habe allenfalls unbewusst fahrlässig gehandelt. Sicher kann der Groupe E kein direkter Vorsatz vorgeworfen werden. Sie spricht diesbezüglich selber richtigerweise von „Kollateralschäden“ bei der Energieproduktion, die sich nebenbei ergeben. Indessen ist damit die Frage nach dem Vorliegen eines Eventualvorsatzes, der gegebenenfalls dem Vorsatz gleichgestellt würde, noch offen.

Eventualvorsatz setzt – wie der Vorsatz – das Wissen um die Tatbestandsmerkmale voraus. Vom (direkten) Vorsatz unterscheidet er sich nur im Willensmoment. Der eventualvorsätzlich handelnde Täter muss mithin den zur Erfüllung des Tatbestands massgeblichen Sachverhalt kennen und die Realisierung des Tatbestands nicht direkt anstreben, aber in Kauf nehmen.

Das Wissen muss somit einerseits darin bestehen, dass der Tod der Fische beim Trockenfallen qualvoll ist (Tierschutzgesetz) und andererseits, dass der Fischbestand Schaden durch das Überturbinieren nimmt (Fischereigesetz).

Es kann kein vernünftiger Zweifel daran bestehen, dass ein Unternehmen von der Bedeutung der Groupe E und der vormaligen FEW, welche mehrere Talsperren erbaut hat und betreibt und am Pulse der Zeit und der Politik lebt, seit je her auch Kenntnis von der in den letzten Jahren vermehrt öffentlich diskutierten Schwall-Sunk-Problematik und der damit verbundenen Probleme für die Fischbestände hat. Rechtlich gesehen reicht nämlich für die Annahme von vorsätz-

lichem Handeln, dass das Wissen darum die Form eines "Begleitwissens" haben kann und dass die Erfüllung eines Tatbestandes nicht mit Sicherheit, sondern auch nur als ernsthaft möglich vorausgesehen wird. Die Groupe E wusste somit, dass durch das Überturbinieren der Fischbestand zusätzlich geschädigt würde.

Dagegen bleibt ein Zweifel, ob die Groupe E um das „qualvolle“ Verenden wusste. Wenn, wie oben dargelegt (3.2.1) Tierquälerei definiert wird als Exzess über das sozial übliche Mass hinaus an Leidenszufügung bei der Tötung, dann ist in Rechnung zu stellen, dass das sozial übliche Mass im Ergebnis durch die Konzession umschrieben wird, indem bereits durch konzessionskonformes Turbinieren das Eingehen von etwa 6000 Fischen pro Jahr in Kauf genommen wird. Auf Grund dessen anzunehmen, dass es sich dabei um ein „normales“ und nicht ein qualvolles Verenden handeln müsse, ist nicht abwegig. Wenn die Groupe E daraus geschlossen hat, dass auch ein zusätzlicher Schaden womöglich noch nicht als Tierquälerei zu betrachten sei, ist somit auch dies glaubwürdig. Für dieses Verständnis der Groupe E spricht auch der Umstand, dass sie mit dem Überturbinieren aufhörte, nachdem ihr vom Wasserwirtschaftsamt des Kantons Bern am 8. Februar 2005 mitgeteilt worden war, dass die Konzession nicht so interpretiert werden dürfe, dass Spitzenbedarf nach elektrischer Energie eine Ausnahme von der maximalen Wassermenge von 135 m³/s gestatte.

In Bezug auf Verstösse gegen das Fischereigesetz ist somit von eventualvorsätzlichem Handeln der Groupe E in Bezug auf die Tierschutzgesetzgebung von fahrlässigem Handeln auszugehen.

3.5. Tatbestandsmässigkeit, Rechtswidrigkeit und Rechtfertigungsgründe

Tatbestandsmässigkeit indiziert in der Regel Rechtswidrigkeit.

Gesetzliche Rechtfertigungsgründe im Sinne der Art. 15 bis 18 StGB liegen nicht vor.

Der Rechtfertigungsgrund von Art. 14 StGB ("Gesetzlich erlaubte Handlung") beschlägt das Verhalten, soweit es durch Konzession und Betriebsreglement gedeckt ist, erfasst aber gerade die darüber hinausgehende „kritische Abflussmenge“ nicht.

Die Voraussetzungen übergesetzlicher Rechtfertigungsgründe, etwa der Wahrung berechtigter Interessen oder der Pflichtenkollision sind nicht erfüllt.

In ihrer Stellungnahme vom 15. März 2008 weist die Groupe E zwar darauf hin, dass auch das konzessionswidrige Turbinieren im öffentlichen Interesse lag und der der Groupe E obliegenden Versorgungspflicht mit Elektrizität entsprach. Ohne Zweifel verfolgt die Groupe E – nebst dem unternehmerischen und durchaus legitimen Gewinnstreben – öffentliche Aufgaben. Zu Recht macht sie aber nicht geltend, dass einzig durch das Überturbinieren die Versorgung noch habe aufrecht erhalten werden können. Dies wäre offensichtlich unzutreffend, da auch nach dem Ende des konzessionswidrigen Überturbinierens keine Versorgungsengpässe entstanden sind.

3.6. Ergebnis

Die Verstösse gegen das Tierschutzgesetz sind als fahrlässig zu qualifizieren. Nach dem 14. April 2005 sind noch 6,75 Stunden nachweisbar, in denen überturbiniert wurde (act. 4040 ff.). Die entsprechenden Übertretungen sind somit grösstenteils verjährt.

Indem die Groupe E zwischen dem 14. April 2001 und der ersten Jahreshälfte 2005 regelmässig zu Spitzenbedarfszeiten ohne Vorliegen der konzessionsmässigen Vorgaben mehr als 135

m³/s Wasser im Wissen um die an der Fischfauna entstehenden Schäden beim Kraftwerk Schiffenen durchfliessen liess, hat sie eventualvorsätzlich gegen Art. 16 FSG verstossen.

4. Art. 52 StGB, Fehlendes Strafbedürfnis

Angesichts des Umstandes, dass der rechtliche Rahmen für den Betrieb des Kraftwerks Schiffenen zumindest implizit in Kauf nimmt, dass der grösste Teil des Schadens bereits durch eine konzessionskonforme Nutzung entsteht und somit auch ein grosser Teil der als Schaden zu bezeichnenden Folgen auf dieses staatlich geregelte Verhalten zurückgeht, stellt sich die Frage, wie das darüber hinausgehende Verhalten im Hinblick auf das Strafbedürfnis zu beurteilen ist. Konkreter gesprochen geht es um den "konzessionierten" Schaden von etwa 24'000 Fischen in der etwa 4-jährigen Zeitspanne von Frühling 2001 bis Frühling 2005, der in Bezug zu setzen ist zu etwa 1200 zusätzlich verendeten Fischen im gleichen Zeitraum.

Gemäss Art. 52 StGB sieht die zuständige Behörde von einer Strafverfolgung, einer Überweisung an das Gericht oder einer Bestrafung dann ab, wenn Schuld und Tatfolgen gering sind. Wird nach getätigter Untersuchung und ohne dass eine Überweisung an ein Gericht erfolgt, einer der Strafbefreiungsgründe von Art. 52 bis 54 StGB zur Anwendung gebracht, erfolgt eine Verfahrenseinstellung (BSK Strafrecht I, Franz Riklin, N. 18, 24 und 29 vor Art. 52 ff. StGB)

4.1. Schuld

Die in den Turbinen nutzbare Leistung (2 x 90m³/s) war von Anfang an wesentlich höher ausgelegt als die zugelassene Durchflussmenge, und wurde so bewilligt. Damit bestand nicht nur an sich der Anreiz zum Überturbinieren, sondern es leuchtete auch nicht ganz ein, warum diese Leistung nur dann genutzt werden sollte, wenn die Saane mehr als 135 m³/s Wasser in den Schiffenensee zuführte. Nicht von der Hand zu weisen ist dabei selbstverständlich der Hinweis der Groupe E, dass sie einen öffentlichen Versorgungsauftrag zu erfüllen hat.

Auch wenn der Verkauf von Spitzenenergie in erster Linie unternehmerischen Interessen des Stromproduzenten dient und diesem Interesse jenes des Umweltschutzes weichen musste, ist nicht zu übersehen, dass der Bedarf an Spitzenenergie tatsächlich existiert und gedeckt werden muss. Geschieht dies nahe am Verbraucher, zu welchem auch die Haushalte des Kantons Freiburg zählen, spart dies lange Transportwege im Sinne von Hochspannungsleitungen und erhöht damit die Versorgungssicherheit. Damit wird auch der Einkauf von teurer Energie zu diesen Spitzenzeiten vermieden.

Das Phänomen des Überturbinierens war den Behörden auch ohne Anzeige des BKFV schon lange bekannt. Die Datensätze sind seit vielen Jahren nicht nur von Fachleuten, sondern sogar auch von der Öffentlichkeit einsehbar (etwa: <http://www.hydrodaten.admin.ch/d/index.htm?lang=de>). Es erfolgte aber auch nach verschiedenen Interventionen des BKFV im Jahre 2004 keine nennenswerte Reaktion. Einzig der freiburgische Kantonsveterinär erliess am 20. August 2004 eine Verwarnung, welche aber anscheinend keine unmittelbaren Folgen zeitigte (vgl. act. 2010 ff.). Auch die erst im Jahr 2004 gewährte Konzession des Kantons Freiburg nimmt darauf keinen Bezug. Daraus durften die FEW mehr oder weniger schliessen, dass ihr von der Konzession abweichendes Verhalten wohl bis auf weiteres toleriert würde.

4.2. Tatfolgen

In absoluten Zahlen betrachtet ist ein jährlicher Zusatzschaden von 300 Fischen zwar keine geringe Tatfolge. Relativ betrachtet im Sinne einer fünfprozentigen Zunahme gemessen an den 6000 „konzessionskonform“ verendenden Fischen ist die Tatfolge dagegen gering.

Unter dem Gesichtspunkt der Tatfolgen ist auch zu beachten, dass sich der BKFV nie als Partei konstituiert hat und demgemäss auch nie rechtsgenüchlich Forderungen geltend gemacht hat.

4.3. Ergebnis

Angesichts dieser Umstände wären Schuld und Tatfolgen im Falle einer Verurteilung gering, so dass in Anwendung von Art. 52 StGB von einer Bestrafung abzusehen und das Verfahren einzustellen ist.

5. Einziehung

Nachdem die bernischen Strafverfolgungsbehörden bereits einen Betrag von CHF 100'000.— als Abschöpfung des unrechtmässig erzielten Gewinns eingezogen haben, ist im vorliegenden Verfahren von einer weiteren Einziehung abzusehen, auch wenn das bernische Urteil noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist.

6. Kosten

Die FEW / Groupe E haben objektiv betrachtet durch einen Verstoss gegen die Konzession und das Betriebsreglement das vorliegende Verfahren veranlasst. Sie haben demnach im Sinne von Art. 229 Abs. 2 StPO die Kosten zu tragen (BSK Strafrecht I, Franz Riklin, N. 35 vor Art. 52 ff.).

Die Kostenaufgabe an das Unternehmen rechtfertigt sich, zumal wegen der vorliegenden Einstellung kein konkreter Beschuldiger ausgemacht werden muss. Subsidiär ist die Kostenaufgabe auch aufgrund von Art. 231 Abs. 1 StPO gerechtfertigt.

Verfügung:

1. Das gegen die FEW / GROUPE E SA, im Verfahren gemäss Art. 102 a StGB vertreten durch Alain Sapin und Claude Gremion, wegen Tierquälerei und Widerhandlung gegen das Fischereigesetz eröffnete Verfahren wird **eingestellt** (Art. 52 StGB, 162 Abs. 1 lit. a StPO).
2. In Anwendung der Art. 229 Abs. 2, 231 Abs. 1 und 237 StPO werden die Kosten der Groupe E auferlegt (Gebühren CHF 1'000.00, Dossierkosten: CHF 55.00, Auslagen: 85'517.60).
3. Gegen diese Einstellungsverfügung kann **innert 30 Tagen** ab Zustellung bei der Strafkammer des Kantonsgerichts des Kantons Freiburg Beschwerde eingelegt werden.

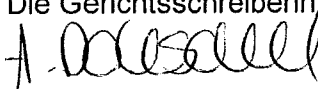
4. Mitteilung an:

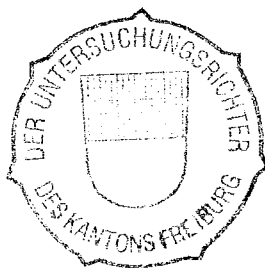
- GROUPE E SA, per Einschreiben mit Empfangsbestätigung, mit einem Formular "Bestimmungen betreffend Entschädigungsgesuche (Art. 242 bis 244 StPO)";
- Staatsanwaltschaft des Kantons Freiburg;

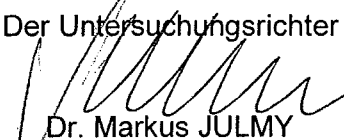
Wird nur der Betrag der Verfahrenskosten bestritten, kann **innert 30 Tagen** ab Zustellung der vorliegenden Verfügung beim Untersuchungsrichter Einsprache gegen die Verfahrenskosten erhoben werden.

Die Zivilpartei wird zur Geltendmachung ihrer Ansprüche auf den Zivilweg verwiesen (Art. 21 Abs. 1 lit. a StPO).

Freiburg, den 14. April 2008 / MJU / sba
D 04 2923

Die Gerichtsschreiberin

Anja DOLESCHAL



Der Untersuchungsrichter

Dr. Markus JULMY