

Gültigkeitsvorschriften erhoben wurden – nicht zum Nachteil des Beschuldigten verwertbar. Vorliegend ist es auch nicht nötig, diese Einvernahmen im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO *in fine* zur Aufklärung schwerer Straftaten (trotzdem) zu verwerten, zumal zur Klärung des Sachverhalts sowohl Sachbeweise vorliegen als auch richterliche Einvernahmen mit dem Beschuldigten durchgeführt wurden, die verwertbar sind (siehe zu Letzterem nachfolgend E. I.4.2.7).

4.2.7 Anlässlich der vorinstanzlichen Einvernahme vom 25. August 2020 zur Anklage und zur Sache wurde der Beschuldigte gemäss Art. 143 Abs. 1 lit. b StPO korrekt insbesondere über den Gegenstand des Strafverfahrens informiert. Auch anlässlich der Einvernahme im Rahmen der Berufungsverhandlung vom 3. März 2021 wurde der Beschuldigte entsprechend korrekt informiert. Dazu kommt, dass dem Beschuldigten die Anklageschrift (bzw. der Strafbefehl) bereits im Vorfeld dieser beiden Einvernahmen bekannt war. Diese beiden Einvernahmen des Beschuldigten sind somit – im Gegensatz zu den erwähnten vorangehend mit ihm durchgeführten Einvernahmen – im vorliegenden Berufungsverfahren vollumfänglich verwertbar.

TPF 2021 134

17. Auszug aus dem Beschluss der Beschwerdekammer in Sachen A. gegen Bundesanwaltschaft vom 10. März 2021 (BB.2020.291)

Verfahrenshandlung des ausserordentlichen Staatsanwalts des Bundes; sachlich-funktionale Zuständigkeit; Eröffnung einer Untersuchung; Nichtigkeit der Einvernahme

Art. 309 StPO

Die Einvernahme einer Auskunftsperson durch den ausserordentlichen Staatsanwalt des Bundes zu einem Sachverhaltskomplex, der nicht in seinen Zuständigkeitsbereich fällt, ist nichtig, da die Einvernahme bereits als Untersuchungshandlung und nicht als formlose Ermittlungshandlung zu qualifizieren ist (E. 2).

Acte de procédure du procureur fédéral extraordinaire; compétence matérielle du fait de la fonction; ouverture de l'instruction; nullité de l'interrogatoire

Art. 309 CPP

L'interrogatoire d'une personne appelée à donner des renseignements par un procureur fédéral extraordinaire, concernant un complexe de faits qui ne relève pas de sa compétence, est nul, du fait qu'il constitue déjà un acte d'instruction et non un acte d'enquête informel (consid. 2).

Atto procedurale del procuratore federale straordinario; competenza funzionale per materia; apertura dell'istruzione; nullità dell'interrogatorio

Art. 309 CPP

L'interrogatorio di una persona informata sui fatti da parte del procuratore federale straordinario, riguardo ad un complesso fattuale che non ricade nella sua competenza, è nullo poiché l'interrogatorio costituisce già un atto istruttorio e non un atto informale d'inchiesta (consid. 2).

Zusammenfassung des Sachverhalts:

Am 29. Juni 2020 ernannte die Aufsichtsbehörde über die Bundesanwaltschaft (AB-BA) einen ausserordentlichen Staatsanwalt des Bundes D. zur Prüfung von drei Strafanzeigen gegen den (damaligen) Bundesanwalt B., A. sowie weitere Personen im Zusammenhang mit nicht protokollierten Treffen zwischen B. und A. bzw. weiteren Personen. Am 29. Juli 2020 teilte D. A. mit, dass er gegen ihn ein Strafverfahren wegen Anstiftung zu Amtsmissbrauch, Anstiftung zu Amtsgeheimnisverletzung und Anstiftung zu Begünstigung im Zusammenhang mit den nicht protokollierten Treffen eröffnet habe. Am 17. November 2020 vernahm D. den ehemaligen Chauffeur von A., C., als Auskunftsperson zum Sachverhalt «Privatflüge von A.» ein. A. forderte D. mit Schreiben vom 23. November 2020 auf, dessen Ermittlungen und Untersuchungen auf Sachverhaltskomplexe zu beschränken, die einen Bezug zur Person von alt Bundesanwalt B. hätten und dessen Amtsführung betreffen. D. teilte A. am 2. Dezember 2020 unter anderem mit, dass er nebst dem Strafverfahren betreffend nicht protokollierte Gespräche keine weiteren Strafverfahren eröffnet habe. Die durchgeführten Befragungen hätten einzig der Eingrenzung und Konkretisierung des durch Strafanzeigen umschriebenen Sachverhalts und/oder der Präzisierung dieser Strafanzeigen gedient. A. gelangte mit Beschwerde vom 7. Dezember 2020 an die

Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts und beantragte unter anderem, D. sei anzuweisen, die Ermittlungen und Untersuchungen auf Sachverhaltskomplexe zu beschränken, welche einen Bezug zur Person von alt Bundesanwalt B. aufweisen würden und dessen Amtsführung betreffen. Weiter ersuchte er um Feststellung der Nichtigkeit der von D. bereits getätigten Beweiserhebungen zu Sachverhaltskomplexen, welche keinen Bezug zur Amtsführung von alt Bundesanwalt B. aufweisen würden. Die Protokolle zu diesen Beweiserhebungen seien aus den Akten zu entfernen (Beschwerdeantrag 4).

Die Beschwerdekammer hiess die Beschwerde in diesem Punkt gut und stellte fest, dass die Einvernahme von C. als Auskunftsperson vom 17. November 2020 nichtig sei. Im Übrigen trat sie auf die Beschwerde nicht ein.

Aus den Erwägungen:

1.

1.1 Gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Bundesanwaltschaft kann bei der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts Beschwerde erhoben werden (Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO i.V.m. Art. 37 Abs. 1 StBOG). Unter den Begriff der Verfahrenshandlungen fallen Akte, die das Strafverfahren vorantreiben und auf diese Weise die Rechtsstellung von Verfahrensbeteiligten berühren (KELLER, Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 2020, Art. 393 StPO N. 11). Zur Beschwerde berechtigt ist jede Partei oder jeder andere Verfahrensbeteiligte, welche oder welcher ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheides hat (Art. 382 Abs. 1 StPO; Art. 105 Abs. 1 lit. f und Abs. 2 StPO). Das Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheides hat zudem gemäss Art. 382 Abs. 1 StPO nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein aktuelles und praktisches zu sein (statt vieler: BGE 144 IV 81 E. 2.3.1 S. 84). Die Beschwerde gegen schriftlich oder mündlich eröffnete Entscheide ist innert zehn Tagen schriftlich und begründet einzureichen (Art. 396 Abs. 1 StPO). Mit ihr gerügt werden können gemäss Art. 393 Abs. 2 StPO Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens, Rechtsverweigerung und Rechtsverzögerung (lit. a), die unvollständige oder unrichtige Feststellung des Sachverhalts (lit. b) sowie die Unangemessenheit (lit. c).

1.2 Eine nichtige Verfügung bzw. nichtige Verfahrenshandlungen entfalten keinerlei Rechtswirkungen. Nichtigkeit bedeutet absolute Unwirksamkeit einer Verfügung. Sie ist vom Erlass an (*ex tunc*) und ohne amtliche Aufhebung rechtlich unverbindlich. Grundsätzlich ist die Nichtigkeit jederzeit und von sämtlichen staatlichen Instanzen von Amtes wegen zu beachten und kann auch im Rechtsmittelverfahren festgestellt werden (BGE 137 III 217 E. 2.4.3; 136 II 415 E. 1.2; 132 II 342 E. 2.1; Urteil des Bundesgerichts 6B_19/2019 vom 19. Juni 2019 E. 1.3.4). Allerdings steht auch eine Feststellungsverfügung von Amtes wegen nicht im Belieben der Behörden, sondern setzt ein dem schutzwürdiges Interesse eines Gesuchstellers analoges, diesfalls jedoch nicht privates, sondern öffentliches Feststellungsinteresse voraus. Darunter ist ein rechtliches oder tatsächliches und aktuelles Interesse an der sofortigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses zu verstehen, welches nicht durch eine rechtsgestaltende Verfügung gewahrt werden kann (BGE 137 II 199 E. 6.5.1; 130 V 388 E. 2.4, je m.w.H.). Im Falle der Nichtigkeit liegt ein schutzwürdiges Interesse an einer Feststellungsverfügung dann vor, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine Verfügung oder Verfahrenshandlung nichtig sein könnte (vgl. HANGARTNER, Die Anfechtung nichtiger Verfügungen und von Scheinverfügungen, AJP 2003, S. 1053 ff., 1054, Ziff. 2). Eine Verfügung ist dann nichtig, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und zudem durch die Feststellung der Nichtigkeit die Rechtssicherheit nicht ernsthaft gefährdet wird. Die örtliche Unzuständigkeit ist in der Regel kein Nichtigkeitsgrund. Die funktionelle und sachliche Unzuständigkeit stellt demgegenüber einen Nichtigkeitsgrund dar, es sei denn, der verfügenden Behörde komme auf dem betreffenden Gebiet allgemeine Entscheidungsgewalt zu oder der Schluss auf Nichtigkeit verträge sich nicht mit der Rechtssicherheit (BGE 127 II 32 E. 3g; Urteil des Bundesgerichts 2C_72/2016 vom 3. Juni 2016 E. 5.1).

1.3.3 Soweit der Beschwerdeführer schliesslich die Feststellung der Nichtigkeit der bereits getätigten Beweiserhebungen zu Sachverhaltskomplexen beantragt, die keinen Bezug zur Amtsführung von B. haben (Antrag 4), ist darauf einzutreten. D. hat am 17. November 2020 den ehemaligen Chauffeur des Beschwerdeführers, C., als Auskunftsperson zum Sachverhalt [«Privatflüge von A.»] einvernommen, wobei D. eigenen Angaben zufolge für die Untersuchungsführung diesen Sachverhaltskomplex betreffend nicht zuständig sei. Es bestehen damit

Anhaltspunkte dafür, dass D. Verfahrenshandlungen vorgenommen hat, ohne in sachlich-funktioneller Hinsicht dafür zuständig gewesen zu sein. Auf den Antrag 4 ist daher – wie ausgeführt – einzutreten.

2.

2.1 Der Beschwerdeführer führt aus, es stehe fest, dass die Immunität von alt Bundesanwalt B. einstweilen nur in Bezug auf den Sachverhaltskomplex «informelle Treffen» mit dem Beschwerdeführer und weiteren Personen aufgehoben worden sei. Alleine dieser Sachverhaltskomplex bilde Gegenstand des Mandats, welches dem Beschwerdegegner von der Bundesversammlung zur Durchführung einer Strafuntersuchung erteilt worden sei. D. habe sich in seinem Antrag auf Aufhebung der Immunität von alt Bundesanwalt B. zwar vorbehalten, allenfalls wegen weiterer Sachverhaltskomplexe erneut an die für die Aufhebung der Immunität zuständigen parlamentarischen Kommissionen zu gelangen, falls sich bei der weiteren Prüfung der Strafanzeigen konkrete Anhaltspunkte auf weitere strafbare Handlungen ergeben sollten. Seine ihm von der AB-BA übertragenen vorläufigen Ermittlungskompetenzen würden jedoch nur soweit reichen können, als ein Konnex zu möglichen Delikten bestehe, an denen alt Bundesanwalt B. in strafrechtlich relevanter Weise beteiligt gewesen sei und die in einem Zusammenhang mit dessen Amtsführung stünden. Andere möglicherweise strafbare Handlungen von Privatpersonen irgendwelcher Art würden nicht darunterfallen. Die funktionelle Unzuständigkeit von D. zur Vornahme von Beweiserhebungen, die mit dem ihm zur Untersuchung übertragenen Sachverhaltskomplex in keinem Zusammenhang stünden, führten zu deren Nichtigkeit.

2.2 D. bestreitet nicht, dass er einzig zur Untersuchungsführung betreffend den Sachverhalt der nicht protokollierten Treffen zwischen B., A. und weiteren Personen von der Vereinigten Bundesversammlung zum a.o. Bundesanwalt ernannt worden sei. Dies ergibt sich auch aus dem Amtlichen Bulletin der Vereinigten Bundesversammlung vom 23. September 2020 sowie aus dem Bericht der Gerichtskommission vom 9. September 2020. Er führt jedoch aus, dass er sein Mandat der Vereinigten Bundesversammlung als a.o. Bundesanwalt zu den nicht protokollierten Treffen parallel zum Mandat der AB-BA als a.o. Staatsanwalt des Bundes zur Prüfung verschiedener anderer Strafanzeigen, so unter anderem im Zusammenhang mit der Benutzung eines Privatjets durch den Beschwerdeführer, führe. Er habe im Zusammenhang mit dem letzteren Sachverhaltskomplex den ehemaligen Chauffeur des Beschwerdeführers befragt, wobei die Befragung

lediglich der Erhellung und Eingrenzung des betreffenden Sachverhaltskomplexes gedient habe. Die Prüfung der Strafanzeige im Zusammenhang mit der Benutzung des Privatjets sei am 10. Dezember 2020 abgeschlossen worden. In einer Medienmitteilung vom 10. Dezember 2020 hielt D. zudem fest, die Benützung eines Privatjets durch den Beschwerdeführer betreffe lediglich diesen selber sowie weitere Privatpersonen, nicht aber den früheren Bundesanwalt B. Dieser Sachverhaltskomplex falle daher nicht unter das Mandat der Bundesversammlung. Er habe das Ergebnis seiner Prüfung – nämlich, dass deutliche Anzeichen für ein strafbares Verhalten des Beschwerdeführers bestünden, – der Bundesanwaltschaft übermittelt, da das eigentliche Strafverfahren in die Kompetenz der Bundesanwaltschaft falle.

Ob die Überprüfung von Strafanzeigen betreffend die Benutzung eines Privatjets durch A. tatsächlich vom Mandat der AB-BA gedeckt ist, braucht an dieser Stelle nicht geprüft zu werden. Unbestritten ist nämlich, dass auf jeden Fall die *Eröffnung und Führung der Strafuntersuchung* in dieser Angelegenheit weder in der Kompetenz von D. als a.o. Bundesanwalt noch als a.o. Staatsanwalt des Bundes liegt. D. verkennt, dass eine Strafuntersuchung als eröffnet gilt, sobald sich die Staatsanwaltschaft mit dem Straffall zu befassen beginnt. Dies trifft etwa dann zu, wenn die Staatsanwaltschaft Zwangsmassnahmen anordnet (BGE 141 IV 20 E. 1.1.4; Urteile des Bundesgerichts 6B_995/2014 vom 1. April 2015 E. 5.1; 6B_962/2013 vom 1. Mai 2014 E. 2). Da die Vorladung als Zwangsmassnahme gilt, genügt es in aller Regel für die Eröffnung, wenn die Staatsanwaltschaft erste Untersuchungshandlungen, wie die Einvernahme der beschuldigten Person oder einer Auskunftsperson, selber vornimmt (BGE 141 IV 20 E. 1.1.4). Der Eröffnungsverfügung kommt insofern lediglich deklaratorische Wirkung zu (BGE 141 IV 20 E. 1.1.4; Urteile des Bundesgerichts 6B_995/2014 vom 1. April 2015 E. 5.1; 6B_962/2013 vom 1. Mai 2014 E. 2). Mit der förmlichen Vorladung und der anschliessenden Einvernahme von C. als Auskunftsperson zum Sachverhalt [«Privatflüge von A.»] vom 17. November 2020 hat sich D. klarerweise im Sinne der dargelegten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu befassen begonnen, sodass diesbezüglich die Strafuntersuchung als durch ihn eröffnet zu gelten hat. Der Ansicht von D., wonach es sich bei Befragungen von Auskunftspersonen lediglich um Abklärungen vor der formellen Eröffnung handle, die dazu dienen würden, den angezeigten Sachverhalt zu präzisieren und eingrenzen zu können, ist nicht zu folgen. Zwar war im Entwurf zur eidgenössischen Strafprozessordnung und in der

Botschaft noch die Möglichkeit eines eigentlichen Vorabklärungsverfahrens ausdrücklich vorgesehen (Art. 340 des Vorentwurfs des Bundesamts für Justiz für eine Schweizerische Strafprozessordnung; Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1085, 1264). In diesem Rahmen wäre die Staatsanwaltschaft zu formlosen Ermittlungen befugt gewesen, wie etwa das Einholen von schriftlichen oder mündlichen Auskünften bei Fachleuten, das Beschaffen allgemein zugänglicher Informationen, das Einladen von Personen zur Auskunftserteilung oder zur Herausgabe von Gegenständen und Papieren (ohne strafprozessuale Zwangsmassnahmen und ohne Einvernahmen). Dieses Vorabklärungsverfahren wurde im Zuge der parlamentarischen Beratungen jedoch gänzlich gestrichen. In der Lehre wird zum Teil die Ansicht vertreten, dass die Streichung des Vorabklärungsverfahrens im parlamentarischen Gesetzgebungsprozess nicht bedeute, dass es der Staatsanwaltschaft untersagt sei, nach Eingang einer Anzeige, eines Polizeirapports oder sonstiger Hinweise selbst erste bzw. ergänzende Ermittlungen vorzunehmen. In den eigenen Feststellungen der Staatsanwaltschaft widerspiegle sich das noch in der Botschaft vorgesehene und dann im Gesetzgebungsverfahren abgelehnte Vorabklärungsverfahren, in welchem die Staatsanwaltschaft *formlos* eigene Ermittlungen vor der Verfahrenseröffnung hätte durchführen können, um einen zunächst nur genügenden Tatverdacht abzuklären (OMLIN, Basler Kommentar, 2. Aufl. 2014, Art. 309 StPO N. 25; BRUNNER/HEIMGARTNER, Overture, Gedanken zum Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung gemäss Art. 309 StPO, in: Cavallo et al. [Hrsg.], Liber amicorum für Andreas Donatsch, 2012, S. 269 ff., 272 f.; DEL GIUDICE, Wann beginnt das polizeiliche Untersuchungsverfahren? Wann beginnt das staatsanwaltschaftliche Untersuchungsverfahren? ZStrR 2010, S. 116 ff., 128). Während LANDSHUT/BOSSHARD der Ansicht sind, dass die Staatsanwaltschaft auch vor der Untersuchungseröffnung «Einvernahmen im Sinne der StPO» durchzuführen befugt sei (LANDSHUT/BOSSHARD, Zürcher Kommentar, 3. Aufl. 2020, Art. 309 StPO N. 41), vertritt BÜRGE die Meinung, staatsanwaltschaftliche Vorabklärungen seien in der StPO nicht mehr vorgesehen und vom Gesetzgeber bewusst verworfen worden. Die Staatsanwaltschaft verstiesse durch die Vornahme von Vorabklärungen gegen das Legalitätsprinzip (BÜRGE, Polizeiliche Ermittlung und Untersuchung, 2018, S. 137). BÜRGE weist zudem darauf hin, dass «eigene Feststellungen» auf äusseren Informationen oder Geschehnissen beruhen würden, welche der Staatsanwaltschaft zugetragen werden bzw. diese zur

Kenntnis nehme. Aktive Handlungen seien im Begriff «Feststellung» nicht enthalten. Anders würde der Fall liegen, wenn der Gesetzgeber in Art. 309 Abs. 1 lit. a StPO nicht das Wort «Feststellung», sondern «Nachforschung» gewählt hätte (BÜRGE, a.a.O., S. 138).

Wie bereits ausgeführt, entspricht es der Auffassung des Bundesgerichts, dass die Untersuchung als eröffnet gilt, sobald sich die Staatsanwaltschaft mit dem Straffall zu befassen beginnt, worunter etwa die Anordnung von Zwangsmassnahmen, wie beispielsweise formelle Vorladungen, fallen. Ob daneben Raum für «informelle Ermittlungen» besteht, wie einzelne Autoren bejahen, kann vorliegend offenbleiben. Die Vorladung von C. als Auskunftsperson ist jedenfalls nicht als formlose Ermittlungshandlung, sondern bereits als Untersuchungshandlung zu qualifizieren, wozu D. jedoch unbestrittenermassen nicht zuständig ist. Die sachlich-funktionelle Unzuständigkeit stellt – wie oben dargelegt – einen schwerwiegenden Mangel und damit einen Nichtigkeitsgrund dar. Dies hat zur Folge, dass die Einvernahme der Auskunftsperson C. nichtig ist, was im Dispositiv festzustellen ist. Das entsprechende Einvernahmeprotokoll ist aus sämtlichen Akten zu entfernen.

Die Beschwerde ist in diesem Punkt gutzuheissen.

TPF 2021 141

18. Extrait de l'ordonnance de la Cour d'appel dans la cause A. et B. SA contre Département fédéral des finances et Ministère public de la Confédération du 29 mars 2021 (CN.2021.3)

Entrée en force; séquestre; confiscation; créance compensatrice

Art. 267 al. 3, 402 CPP, art. 46 DPA, art. 70 CP

Constatation de l'absence d'entrée en force partielle du jugement de première instance; lien étroit entre le séquestre et la confiscation, respectivement la créance compensatrice.

Eintritt der Rechtskraft; Beschlagnahme; Einziehung; Ersatzforderung

Art. 267 Abs. 3, 402 StPO, Art. 46 VStrR, Art. 70 StGB