

# **BStGer BB.2020.291 vom 10. März 2021**

Bundesstrafgericht, 2021-03-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bstger\\_BB.2020.291](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bstger_BB.2020.291)

FR: TPF BB.2020.291 du 10 mars 2021

IT: TPF BB.2020.291 del 10 marzo 2021

## **Regeste**

Verfahrenshandlung der Bundesanwaltschaft (Art. 20 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO).

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Bundesanwaltschaft kann bei der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts Beschwerde erhoben werden (Art. 393 Abs. 1 lit. a SPO 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, in: Donatsch/Lieber/Summers/Wohlens [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2020, N. 11 zu Art. 393 StPO). 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: Urteil des Bundesgerichts 6B\_1153/2016 vom 23. Januar 2018 E. 2.3.1). 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).

- 5 -

### **E. 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 festgesellt 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 schutzwürdigen 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. HAN-GARTNER, Die Anfechtung nichtiger Verfügungen und von Scheinverfügungen, AJP 2003, S. 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 verfügende 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. 1.2).

### **E. 1.3.1**

Hinsichtlich der Beschwerdeanträge 2 und 3 ist zunächst festzuhalten, dass die Beschwerdekammer nicht Aufsichtsbehörde der Bundesanwaltschaft ist. Grundsätzlich ist die Bundesanwaltschaft verantwortlich für die Verfahrensleitung, und es ist nicht Aufgabe der Beschwerdekammer, die Verantwortung für die Führung zu übernehmen (Beschlüsse des Bundesstrafgerichts BB.2017.92 vom 6. Juni 2017 E. 2.5; BB.2014.49-50 vom 28. März 2014 E. 1.3.3.; BB.2012.33 vom 13. Juni 2012 E. 1.2; BB.2005.4 vom 27. April 2005 E. 6). Es entspricht der bundesstrafgerichtlichen Rechtsprechung, dass die Beschwerdekammer vorbehältlich des (hier nicht relevanten) Art. 397 Abs. 3 StPO grundsätzlich keine Weisungen erteilen kann, weshalb

- 6 -

auf die Anträge 2 und 3 von vornherein nicht einzutreten ist (vgl. TPF 2012 80 E. 1.3).

### **E. 1.3.2**

Seinen Beschwerdeantrag 1 begründet der Beschwerdeführer sodann damit, dass es ihm ohne Einsicht in jene Unterlagen nicht möglich sei, zu überprüfen, ob sich Keller im Rahmen seiner Einsetzung bewege oder diese überschreite. Anders als bei einem ordentlichen Staatsanwalt werde nämlich die Befugnis Kellers alleine durch seine Einsetzung durch die zuständigen Stellen geschaffen (act. 1 S. 4 f.). Das Akteneinsichtsrecht der Parteien bezieht sich auf die Verfahrensakte eines hängigen Strafverfahrens im Sinne von Art. 100 StPO. Soweit – wie vorliegend – Einsicht in Akten beantragt wird, die nicht Teil der Verfahrensakte sind, hat der Beschuldigte keinen aus Art. 101 und Art. 107 Abs. 1 lit. a StPO fließenden Anspruch auf Einsicht in dieselben. Im Übrigen lässt sich – wie nachfolgend zu zeigen sein wird – die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Kompetenzüberschreitung Kellers mit Bezug auf den Sachverhaltskomplex «Privatflüge» auch ohne Einsicht in die fraglichen Dokumente, die dessen Ernennung als a.o. Staatsanwalt betreffen, feststellen. Auf den Antrag 1 ist daher nicht einzutreten.

### **E. 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. Keller hat am 17. November 2020 den ehemaligen Chauffeur des Beschwerdeführers, C., als Auskunftsperson zum Sachverhalt «Privatflüge des heutigen FIFA-[...] A.» einvernommen (vgl. act. 7.3), wobei Keller eigenen Angaben zufolge für die Untersuchungsführung diesen Sachverhaltskomplex betreffend nicht zuständig sei. Es bestehen damit Anhaltspunkte dafür, dass Keller Verfahrenshandlungen vorgenommen hat, ohne in sachlich-funktioneller Hinsicht dafür zuständig gewesen zu sein. Auf den Antrag 4 ist daher – wie ausgeführt – einzutreten.

### **E. 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. Keller habe sich in seinem Antrag auf Aufhebung der Immunität von alt Bundesanwalt B. zwar vorbehalten, allenfalls wegen weiterer Sachverhaltskomplexe

- 7 -

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 Kellers zur Vornahme von Beweiserhebungen, die mit dem ihm zur Untersuchung übertragenen Sachverhaltskomplex in keinem Zusammenhang stünden, führten zu deren Nichtigkeit (act. 1 S. 3 f.).

### **E. 2.2**

Keller 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 (act. 7 S. 2). 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 (act. 3

S. 3 f.; act. 7 S. 3 f.). In einer Medienmitteilung vom 10. Dezember 2020 hielt Keller 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

- 8 -

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 Kellers als a.o. Bundesanwalt noch als a.o. Staatsanwalt des Bundes liegt. Keller 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 a.a.O.; 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 des heutigen FIFA-[...] A.» vom 17. November 2020 (vgl. act. 7.3) hat sich Keller klarerweise im Sinne der dargelegten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu befassen begonnen, sodass diesbezüglich die Strafuntersuchung als durch ihn eröffnet zu gelten hat. Der Ansicht Kellers, 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 (vn-ve-1-d.pdf; BBl 2006 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 widerspiegeln 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 genügende

- 9 -

Tatverdacht abzuklären (OMLIN, Basler Kommentar, 2. Aufl. 2014, N. 25 zu Art. 309 StPO; BRUNNER/HEIMGARTNER, Ouverture, Gedanken zum Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung gemäss Art. 309 StPO, in Liber amicorum für Andreas Donatsch, 2012, S. 272 f.; DEL GIUDICE, Wann beginnt das polizeiliche Ermittlungsverfahren? Wann beginnt das staatsanwaltschaftliche Untersuchungsverfahren? in ZStrR 128/2010, S. 128). Während LANDSHUT/BOSSHARD der Ansicht sind, dass die Staatsanwaltschaft auch vor der Untersuchungseröffnung «Einvernahmen im Sinne der StPO» durchzuführen befugt sei (LANDSHUT/BOSSHARD, in: Donatsch/Lieber/Summers/Wohl-ers [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl. 2020, N. 41 zu Art. 309 StPO), 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 nehmen. 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 Zwangsnahmen, wie beispielsweise formelle Vorladungen, fallen. Ob daneben Raum für «informelle Ermittlungen» besteht, wie einzelne Autoren behaupten, kann vorliegend offenbleiben. Die Vorladung von C. als Auskunftsperson ist jedenfalls nicht als formlose Ermittlungshandlung, sondern bereits als Untersuchungshandlung zu qualifizieren, wozu Keller jedoch unbestrittenenmassen nicht zuständig ist. Die sachlich-funktionelle Unzuständigkeit stellt – wie oben dargelegt – einen schwerwiegenden Mangel und damit einen Nichtigkeitstypus dar (vgl. supra E. 1.2). 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.

- 10 -

### **E. 3**

Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde demnach als begründet, soweit darauf einzutreten ist.

#### **E. 4.1**

Die Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sind nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens der Parteien festzulegen (Art. 428 Abs. 1 Satz 1 StPO). Als unterliegend gilt auch die Partei, auf deren Rechtsmittel nicht eingetreten wird (Art. 428 Abs. 1 Satz 2 StPO). Der Beschwerdeführer obsiegt mit seinen Anträgen zu einem Viertel. Ihm ist daher eine reduzierte Gerichtsgebühr von Fr. 1'600.-- zur Bezahlung aufzuerlegen (Art. 73

StBOG und Art. 5 und 8 Abs. 1 BStKR).

**E. 4.2**

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend hat die Bundesanwaltschaft dem Beschwerdeführer eine Entschädigung für einen Teil seiner Aufwendungen im vorliegenden Beschwerdeverfahren auszurichten (Art. 436 Abs. 1 i.V.m. Art. 429 Abs. 1 lit. a StPO). Diese ist pauschal auf Fr. 800.-- festzusetzen (Art. 10 und 12 Abs. 2 BStKR).

- 11 -

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.