

persone oggetto della denuncia integrino *quale* fattispecie penale, sia sotto il profilo oggettivo che soggettivo. Non merita infine ulteriore disamina nemmeno il rimprovero mosso al MPC di avere rinunciato per le difficoltà legate ad eventuali atti istruttori da compiere all'estero mediante rogatoria, visto che si tratta di un argomento evocato dall'autorità precedente a titolo essenzialmente abbondanziale. Data l'assenza di sufficienti indizi di reato è ovvio che il MPC neghi non da ultimo l'opportunità di investire risorse investigative per acclarare le relative fattispecie all'estero.

TPF 2018 143

24. Auszug aus dem Entscheid der Beschwerdekammer in Sachen A. gegen Bundesanwaltschaft vom 13. November 2018 (RR.2018.75)

Internationale Rechtshilfe in Strafsachen; Schlussverfügung; Herausgabe von Protokollen der Einvernahmen beschuldigter Personen; Erklärungen im Hinblick auf das abgekürzte Verfahren

Art. 80a Abs. 1, 80h lit. b IRSG, Art. 362 Abs. 4 StPO

Zusammenfassung der Rechtsprechung zur Beschwerdelegitimation gegen die Herausgabe von Protokollen der Einvernahmen beschuldigter Personen ans Ausland (E. 2.2). Erklärungen im Hinblick auf das abgekürzte Verfahren können auch im Rahmen einer von der Staatsanwaltschaft an die Polizei delegierten Einvernahme abgegeben werden (E. 4.4.2). Erklärungen vor Einleitung des abgekürzten Verfahrens können jedenfalls so weit als im Hinblick auf ein solches abgegeben gelten, als sie nach dem Antrag um Durchführung desselben abgegeben worden sind (E. 4.4.3). Erklärungen im Hinblick auf das abgekürzte Verfahren können erst nach Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils im abgekürzten Verfahren rechtshilfweise herausgegeben werden (E. 4.5).

Entraide internationale en matière pénale; décision de clôture; remise de procès-verbaux d'interrogatoire du prévenu; déclarations en vue de la procédure simplifiée

Art. 80a al. 1, 80h let. b EIMP, art. 362 al. 4 CPP

Résumé de la jurisprudence sur la qualité pour recourir contre la remise à l'étranger de procès-verbaux d'interrogatoire du prévenu (consid. 2.2). Des déclarations en vue de la procédure simplifiée peuvent aussi être faites dans le cadre d'une audition déléguée par le Ministère public à la police (consid. 4.4.2).

Des déclarations précédant l'ouverture de la procédure simplifiée peuvent dans tous les cas être considérées comme faites en vue de celle-ci lorsqu'elles l'ont été après le dépôt d'une requête tendant à ce que soit menée une telle procédure (consid. 4.4.3). Des déclarations en vue de la procédure simplifiée ne peuvent être remises par voie d'entraide qu'après l'entrée en force d'un jugement rendu en procédure simplifiée (consid. 4.5).

Assistenza internazionale in materia penale; decisione di chiusura; consegna di verbali d'interrogatorio dell'imputato; dichiarazioni in considerazione della procedura abbreviata

Art. 80a cpv. 1, 80h lett. b AIMP, art. 362 cpv. 4 CPP

Riassunto della giurisprudenza in materia di legittimazione a ricorrere contro la consegna all'estero di verbali d'interrogatorio dell'imputato (consid. 2.2). Dichiarazioni in considerazione della procedura abbreviata possono essere fatte anche nel quadro di un interrogatorio delegato dal pubblico ministero alla polizia (consid. 4.4.2). Dichiarazioni precedenti all'avvio della procedura abbreviata possono in ogni caso essere ritenute fatte in considerazione di quest'ultima soltanto se deposte dopo la relativa richiesta (consid. 4.4.3). Dichiarazioni in previsione della procedura abbreviata possono essere consegnate per via rogatoria soltanto dopo che la stessa procedura abbreviata è sfociata in una sentenza passata in giudicato (consid. 4.5).

Zusammenfassung des Sachverhalts:

Die deutschen Behörden ersuchten die Schweiz u.a. um Übermittlung einer kompletten Mehrfertigung der Akten des in der Schweiz gegen A. geführten Ermittlungsverfahrens. Mit Schlussverfügung entschied die Bundesanwaltschaft insbesondere, die Protokolle zweier Einvernahmen von A., welche die Polizei im Auftrag der Staatsanwaltschaft durchgeführt hatte, und einen Teil eines Protokolls der durch die Staatsanwaltschaft durchgeführten Konfrontationseinvernahme von B. und A. als Mitbeschuldigte herauszugeben. Dagegen gelangte A. an die Beschwerdekammer namentlich mit dem Antrag, die Schlussverfügung sei in Bezug auf die Herausgabe der erwähnten Einvernahmeprotokolle aufzuheben.

Die Beschwerdekammer hiess die Beschwerde teilweise gut. Sie hob die angefochtene Schlussverfügung in Bezug auf die Herausgabe der erwähnten Einvernahmeprotokolle auf. Im Übrigen wies sie die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:**2.**

2.1 Die Schlussverfügung der ausführenden kantonalen oder der ausführenden Bundesbehörde unterliegt der Beschwerde an die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts (Art. 80e Abs. 1 IRSG). Die entsprechende Beschwerdefrist beträgt 30 Tage (Art. 80k IRSG).

Die vorliegende Beschwerde vom 8. März 2018 gegen die Schlussverfügung vom 5. Februar 2018 wurde form- und fristgerecht eingereicht.

2.2

2.2.1 Zur Beschwerdeführung ist berechtigt, wer persönlich und direkt von einer Rechtshilfemassnahme betroffen ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 80h lit. b IRSG).

Wer in der Ausführung eines internationalen Rechtshilfeersuchens als beschuldigte Person einvernommen wird, ist legitimiert, die Schlussverfügung anzufechten, mit welcher das Protokoll seiner Einvernahme herausgegeben wird (TPF 2016 129 E. 1.5.2; TPF 2013 84 E. 2.2; Entscheide des Bundesstrafgerichts RR.2018.112 vom 17. August 2018 E. 2.1; RR.2018.126 vom 7. Juni 2018 E. 1.5.2; RR.2016.153 vom 15. März 2017 E. 1.4; RR.2015.216 vom 5. November 2015 E. 3.2).

Wer in der Ausführung eines nationalen Verfahrens als beschuldigte Person einvernommen wird, ist grundsätzlich nicht legitimiert, die Schlussverfügung anzufechten, mit welcher das Protokoll seiner Einvernahme herausgegeben wird (TPF 2016 129 E. 1.5.2 m.w.H.; TPF 2013 84 E. 2.2; TPF 2007 79 E. 1.6.3). Eine Ausnahme zu diesem Prinzip besteht namentlich dann, wenn die Person zu Tatsachen einvernommen wird, die in einem engen Zusammenhang mit dem Rechtshilfeersuchen stehen (TPF 2016 129 E. 1.5.2; vgl. Urteil des Bundesgerichts 1A.243/2006 vom 4. Januar 2007 E. 1.2; TPF 2007 79 E. 1.6.4 m.w.H.; Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2014.29 vom 27. Februar 2014 E. 2.1; BOMIO/GLASSEY, *La qualité pour recourir dans le domaine de l'entraide judiciaire internationale en matière pénale*, Jusletter vom 13. Dezember 2010, N. 68).

2.2.2 Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen die Herausgabe von Protokollen über Einvernahmen des Beschwerdeführers. Der

Beschwerdeführer wurde in der Ausführung eines nationalen Verfahrens einvernommen. Er wurde zu Tatsachen einvernommen, die in einem engen Zusammenhang mit dem Rechtshilfeersuchen stehen. Er ist deshalb zur Beschwerde legitimiert. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

3. Da der Beschwerde schon von Gesetzes wegen die aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 21 Abs. 4 lit. b IRSG, Art. 80/ Abs. 1 IRSG), erweist sich der betreffende Antrag von vornherein als hinfällig (vgl. u.a. Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2016.75 vom 23. Mai 2016 E. 3 m.w.H.).

4.

4.1 Im Hinblick auf die Übermittlung der Einvernahmeprotokolle macht der Beschwerdeführer einmal geltend, dass alle seine Aussagen in den delegierten Einvernahmen vom 2. Juni 2017 und 22. Juni 2017 sowie in der Konfrontationseinvernahme vom 10. Juli 2017 [...] lediglich im Hinblick auf die Durchführung eines abgekürzten Verfahrens erfolgt seien. Im vorliegenden Fall sei das abgekürzte Verfahren am 2. Juni 2017 anlässlich der delegierten Einvernahme der Kantonspolizei Zürich vom 2. Juni 2017 beantragt worden. Der Entscheid der Verfahrensleitung, ob das abgekürzte Verfahren durchgeführt werde, sei heute noch ausstehend. [...]

4.2 Die beschuldigte Person kann der Staatsanwaltschaft bis zur Anklageerhebung die Durchführung des abgekürzten Verfahrens beantragen, wenn sie den Sachverhalt, der für die rechtliche Würdigung wesentlich ist, eingesteht und die Zivilansprüche zumindest im Grundsatz anerkennt (Art. 358 Abs. 1 StPO). Die Staatsanwaltschaft entscheidet über die Durchführung des abgekürzten Verfahrens endgültig. Die Verfügung muss nicht begründet werden (Art. 359 Abs. 1 StPO). Die Staatsanwaltschaft teilt den Parteien die Durchführung des abgekürzten Verfahrens mit und setzt der Privatklägerschaft eine Frist von zehn Tagen, um Zivilansprüche und die Forderung auf Entschädigung für notwendige Aufwendungen im Verfahren anzumelden (Art. 359 Abs. 2 StPO). Erklärungen, die von den Parteien im Hinblick auf das abgekürzte Verfahren abgegeben worden sind, sind nach der Ablehnung eines Urteils im abgekürzten Verfahren in einem folgenden ordentlichen Verfahren nicht verwertbar (Art. 362 Abs. 4 StPO). Art. 362 Abs. 4 StPO ist sinngemäss anwendbar, wenn das bereits eingeleitete abgekürzte Verfahren noch vor der gerichtlichen Beurteilung beendet wird (BGE 144 IV 189 E. 5.2.1 und E. 5.2.2). Art. 362 Abs. 4 StPO statuiert einen gesetzlichen Fall der

Unverwertbarkeit eines Beweises im Sinne von Art. 141 Abs. 1 Satz 2 StPO. In dieser Situation kommt auch Art. 141 Abs. 5 StPO zum Tragen. Demnach müssen die von Art. 362 Abs. 4 StPO betroffenen Aufzeichnungen aus den Strafakten entfernt, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss gehalten und danach vernichtet werden (BGE 144 IV 189 E. 5.2.3).

4.3 Vorliegend ist dem Einvernahmeprotokoll vom 2. Juni 2017 folgende «Protokollnotiz von RA Frauenfelder» zu entnehmen: «Die Verteidigung beantragt die Durchführung des abgekürzten Verfahrens[.] [D]ie folgende Einvernahme erfolgt vor dem Hintergrund von Art. 362 Abs. 4 StPO, wonach sie in einem ordentlichen Verfahren nicht verwertbar wäre. Das entsprechende Protokoll wäre in analoger Anwendung von Art. 141 Abs. 4 StPO aus den Akten zu entfernen und bis zum rechtskräftigen Verfahrensabschluss unter separatem Beschluss zu halten». Dem Einvernahmeprotokoll vom 22. Juni 2017 ist folgende Protokollnotiz zu entnehmen: «RA lic. iur. J. Frauenfelder wünscht folgende Protokollnotiz: Die folgende Einvernahme erfolgt vor dem Hintergrund von Art. 362 Abs. 4 StPO, wonach sie in einem ordentlichen Verfahren nicht verwertbar wäre. Das entsprechende Protokoll wäre in analoger Anwendung von Art. 141 Abs. 4 StPO aus den Akten zu entfernen und bis zum rechtskräftigen Verfahrensabschluss unter separatem Verschluss zu halten». Dem Protokoll der Konfrontationseinvernahme vom 10. Juli 2017 ist insbesondere folgende Protokollnotiz zu entnehmen: «RA Frauenfelder stellt zuhanden des Protokolls Antrag auf ein abgekürztes Verfahren. Alle Aussagen, die gemacht werden, sind Teil des abgekürzten Verfahrens in der jetzigen Einvernahme».

Die Einvernahmen vom 2. und 22. Juni 2017 erfolgten im Auftrag des zurzeit verfahrensleitenden Staatsanwalts durch die Polizei. Die Konfrontationseinvernahme vom 10. Juli 2017 erfolgte durch die zurzeit verfahrensleitende Staatsanwältin.

4.4

4.4.1 Die Beschwerde wirft zunächst die Frage auf, inwieweit die in den Protokollen gemachten Erklärungen als «im Hinblick auf das abgekürzte Verfahren abgegeben» zu gelten haben, und damit überhaupt erst ein Anwendungsfall von Art. 362 Abs. 4 StPO vorliegen könnte. Der Beschwerdeführer stützt sich auf den Standpunkt, nach seinem Antrag vom 2. Juni 2017 hätten sämtliche Aussagen als im Hinblick auf das abgekürzte

Verfahren abgegeben zu gelten. Die Beschwerdegegnerin kommt in der angefochtenen Verfügung demgegenüber zum Schluss, erst die nach dem Antrag vom 10. Juli 2017 gemachten Aussagen gälten als im Hinblick auf das abgekürzte Verfahren abgegeben.

4.4.2 Dabei ist vorliegend einmal fraglich, ob auch Erklärungen, die gegenüber der Polizei abgegeben worden sind, als im Hinblick auf das abgekürzte Verfahren abgegebene Erklärungen gelten können. Denn es ist zunächst davon auszugehen, dass die Art. 358–362 StPO grundsätzlich Absprachen *zwischen der beschuldigten Person und der Staatsanwaltschaft* regeln (vgl. GREINER/JAGGI, Basler Kommentar, 2. Aufl. 2014, Vor Art. 358–362 StPO N. 25; vgl. auch JAGGI, Die prototypische Absprache, Legitimität im Lichte des Strafzumessungsrechts, 2006, S. 33 f., wonach sich an einer Absprache im abgekürzten Verfahren *nur die Staatsanwaltschaft und die beschuldigte Person* bzw. deren Verteidigung beteiligen dürfen; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl. 2017, N. 1388, wonach Zugeständnisse *vor Staatsanwaltschaft* oder Gericht mit der Verwerfung der Anklage hinfällig werden; DIES., Praxiskommentar, 3. Aufl. 2018, Art. 362 StPO N. 12, wonach Geständnisse usw. der beschuldigten Person, die ausserhalb der Verhandlungen *zwischen der Staatsanwaltschaft und der beschuldigten Person* erfolgen, verwertbar bleiben).

Vorliegend handelt es sich zwar nicht nur um Erklärungen direkt vor der Staatsanwaltschaft. Aber die Erklärungen gegenüber der Polizei erfolgten im Rahmen einer delegierten Einvernahme (vgl. Art. 312 StPO), sodass die Erklärungen als gegenüber der Staatsanwaltschaft abgegeben zu gelten haben. Demnach kann es sich auch bei den Erklärungen des Beschwerdeführers, die in den zur Herausgabe bestimmten Einvernahmeprotokollen vom 2. und 22. Juni 2017 enthalten sind, grundsätzlich um im Hinblick auf das abgekürzte Verfahren abgegebene Erklärungen handeln.

4.4.3 Vorliegend ist weiter fraglich, ab welchem Zeitpunkt Erklärungen als im Hinblick auf das abgekürzte Verfahren abgegeben gelten können.

Der Gesetzgeber wählte in Art. 362 Abs. 4 StPO die Wendung «im Hinblick auf das abgekürzte Verfahren» («dans la perspective de la procédure simplifiée», «in considerazione del rito abbreviato»). Denkbar gewesen wäre zum Beispiel auch die Formulierung «Erklärungen, die von den Parteien *im* abgekürzten Verfahren abgegeben worden sind», die dafür

sprechen würde, darunter nur Erklärungen *nach Einleitung des abgekürzten Verfahrens* zu subsumieren. Demgegenüber spricht die vom Gesetzgeber gewählte, relativ unbestimmte Wendung dafür, die Erklärungen, die unter Art. 362 Abs. 4 StPO fallen, weiter zu fassen (vgl. Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2006 1297, wo die Rede ist von Zugeständnissen der Parteien, die *im Zusammenhang* mit dem abgekürzten Verfahren abgegeben worden sind; vgl. auch LAUBE, Zu Tendenzen der schnellen Verfahrenserledigung, Das abgekürzte Verfahren gemäss Art. 358–362 der eidgenössischen Strafprozessordnung im Zuge des Beschleunigungsgebotes, 2016, N. 641, wonach die gesetzliche Bestimmung *zumindest* Erklärungen nach einer erfolgten Mitteilung des Bewilligungsentscheids zur Einleitung eines abgekürzten Verfahrens gemäss Art. 359 StPO durch die Staatsanwaltschaft erfasst).

Als massgeblicher Zeitpunkt *vor Einleitung des abgekürzten Verfahrens*, nach dem die Erklärungen als im Hinblick auf das abgekürzte Verfahren abgegeben zu gelten haben, bietet sich der Zeitpunkt des Antrags um Durchführung des abgekürzten Verfahrens an. Mit der Stellung des Antrags bringt die beschuldigte Person zum Ausdruck, dass sie die Durchführung des abgekürzten Verfahrens anstrebt. Dazu muss sie den Sachverhalt, der für die rechtliche Würdigung wesentlich ist, eingestehen und die Zivilansprüche zumindest im Grundsatz anerkennen (Art. 358 Abs. 1 StPO) – beides Erklärungen, zu denen sie im ordentlichen Verfahren nicht verpflichtet ist. Die beschuldigte Person muss mithin darauf vertrauen dürfen, dass diese Erklärungen bei einem Scheitern der Verhandlungen nicht verwertet werden (vgl. BGE 144 IV 189 E. 5.2.2 in fine). Entsprechend müssen Erklärungen vor Einleitung des abgekürzten Verfahrens jedenfalls soweit als im Hinblick auf das abgekürzte Verfahren gelten, als sie nach dem Antrag um Durchführung des abgekürzten Verfahrens abgegeben worden sind (vgl. GREINER/JAGGI, a.a.O., Art. 358 StPO N. 22; JEANNERET, Les procédures spéciales dans le Code de procédure pénale suisse, in: Pfister-Liechti [Hrsg.], La procédure pénale fédérale, 2010, S. 137 ff., 180; MAZOU, La procédure simplifiée dans le nouveau Code de procédure pénale: principes et difficultés, ZStrR 2011, S. 1 ff., 17; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, a.a.O., N. 1388 Fn. 100; DIES., Praxiskommentar, a.a.O., Art. 362 StPO N. 12; SCHWARZENEGGER, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2014, Art. 362 StPO N. 9).

Vorliegend hat der Beschwerdeführer gleich zu Beginn der Einvernahme vom 2. Juni 2017 die Durchführung des abgekürzten Verfahrens beantragt. Damit haben sämtliche nachfolgenden Erklärungen als im Hinblick auf das abgekürzte Verfahren abgegeben zu gelten. Im Falle des Scheiterns des abgekürzten Verfahrens sind die betroffenen Aufzeichnungen aus den Strafakten zu entfernen, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss zu halten und danach zu vernichten.

4.5

4.5.1 Das wirft nunmehr die Frage auf, inwiefern sich dieser Umstand im Verfahren betreffend Rechtshilfe in Strafsachen auswirkt.

4.5.2 Gemäss Wortlaut sind von Art. 362 Abs. 4 StPO betroffene Aufzeichnungen «in einem folgenden ordentlichen Verfahren» («dans la procédure ordinaire qui pourrait suivre», «nella successiva procedura ordinaria») nicht verwertbar. Gestützt darauf lässt sich argumentieren, das Verwertungsverbot beschränke sich ausschliesslich auf das folgende ordentliche Strafverfahren, nicht aber auf andere (straf-, zivil- oder verwaltungsrechtliche) Verfahren (vgl. REYES, Le «plea bargain» suisse et l'utilisation des confessions consenties par le prévenu: risques et propositions de solutions, *forum poenale* 2017, S. 178 ff., 179 m.w.H.; vgl. auch MAZOU, a.a.O., S. 16). Indes dürfen nach der Rechtsprechung des Bundesstrafgerichts unverwertbare Beweise nicht rechtshilfeweise herausgegeben werden (vgl. *Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2013.203 vom 28. Februar 2014 E. 3.2*; vgl. auch – implizit – *Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2017.309 vom 9. Februar 2018 E. 6 und E. 7*). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts statuiert Art. 362 Abs. 4 StPO einen gesetzlichen Fall der Unverwertbarkeit eines Beweises im Sinne von Art. 141 Abs. 1 Satz 2 StPO (BGE 144 IV 189 E. 5.2.3), weshalb eine Abwägung der Interessen des Beschwerdeführers und des ersuchenden Staats entfällt (vgl. – zur Unverwertbarkeit eines Beweises im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO – *Entscheid des Bundesstrafgerichts RR.2013.203 vom 28. Februar 2014 E. 3.2*).

4.5.3 Folglich ist zusammenfassend festzuhalten, dass die betroffenen Einvernahmeprotokolle im Falle des Scheiterns des abgekürzten Verfahrens unverwertbar im Sinne von Art. 141 Abs. 1 StPO sind und deshalb auch nicht rechtshilfeweise herausgegeben werden dürfen. Solange nicht feststeht, dass die betroffenen Einvernahmeprotokolle verwertbar sind, ist über ihre rechtshilfeweise Herausgabe nicht zu entscheiden. Dass die

betroffenen Einvernahmeprotokolle verwertbar sind, kann erst nach Vorliegen eines rechtskräftigen richterlichen Urteils im abgekürzten Verfahren feststehen. Die angefochtene Schlussverfügung der Beschwerdegegnerin erging mithin verfrüht, soweit die Herausgabe der delegierten Einvernahme der Kantonspolizei Zürich vom 2. Juni 2017, der delegierten Einvernahme der Kantonspolizei Zürich vom 22. Juni 2017 und der Konfrontationseinvernahme der Bundesanwaltschaft vom 10. Juli 2017 verfügt wird.

4.6 Im Ergebnis ist die Beschwerde in diesem Punkt gutzuheissen und die angefochtene Schlussverfügung vom 5. Februar 2018 ist insoweit aufzuheben, als sie die Herausgabe der delegierten Einvernahme der Kantonspolizei Zürich vom 2. Juni 2017, der delegierten Einvernahme der Kantonspolizei Zürich vom 22. Juni 2017 und der Konfrontationseinvernahme von B. und dem Beschwerdeführer als Mitbeschuldigte durch die Beschwerdegegnerin vom 10. Juli 2017 vorsieht.

Auf die weiteren Rügen hinsichtlich der Herausgabe der betroffenen Einvernahmeprotokolle braucht bei diesem Ergebnis nicht weiter eingegangen zu werden.

TPF 2018 151

25. Extrait de la décision de la Cour des plaintes dans la cause A. contre Ministère public de la Confédération et Rifaat Al-Assad du 14 novembre 2018 (BB.2018.167)

Crimes de guerre; classement de la procédure; présence de l'auteur en Suisse

Art. 264m CP

La condition de la présence de l'auteur sur sol suisse ne doit pas être interprétée trop restrictivement au regard de la *ratio legis* de l'art. 264m CP. Il suffit que la présence de l'auteur en Suisse ait été réalisée à l'ouverture de l'action pénale. De plus, si sa présence est attendue ou annoncée, l'autorité de poursuite devrait déjà pouvoir ouvrir une instruction (consid. 2.3).

Kriegsverbrechen; Einstellung des Verfahrens; Anwesenheit des Täters in der Schweiz