

Speichergasse 8
3011 Bern
Telefon +41 (0)31 636 24 40
Fax +41 (0)31 634 50 94
Wirtschaftsstrafgericht.Bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/wirtschaftsstrafgericht

Beschluss

WSG 20 16-21

Bern, 18. Dezember 2020

Strafverfahren

Bundesamt für Polizei, fedpol, Guisanplatz 1A, 3003 Bern
handelnd durch die Direktorin, A. _____

Anklagebehörde

gegen

B. _____

verteidigt durch Rechtsanwalt C. _____ und Rechtsanwalt Dr. D. _____

Beschuldigter 1

E. _____

verteidigt durch Fürsprecher F. _____

Beschuldigter 2

G. _____

verteidigt durch Rechtsanwältin H. _____ und Rechtsanwalt Dr. I. _____

Beschuldigter 3

J. _____

verteidigt durch Rechtsanwalt K. _____

Beschuldigter 4

L. _____

verteidigt durch Maître M. _____

Beschuldigter 5

N. _____

verteidigt durch Rechtsanwalt O. _____

Beschuldigter 6



betreffend aller Beschuldigten wegen mehrfachen (teils versuchten) Leistungsbetrugs (Art. 14 VStrR)

Das Gericht beschliesst:

1. Das Verwaltungsstrafverfahren gegen die Beschuldigten B._____, E._____, G._____, J._____, L._____ und N._____ gemäss den Schlussprotokollen vom 29. Juni 2020 (Aktenzeichen 18-0055) wird gestützt auf Art. 329 Abs. 2 StPO an die Staatsanwaltschaft des Kantons Bern, Wirtschaftsdelikte, **zurückgewiesen**.
2. Die Rechtshängigkeit des Verfahrens wird an die Staatsanwaltschaft des Kantons Bern, Wirtschaftsdelikte, zurückübertragen (Art. 329 Abs. 3 StPO).
3. Die Ergebnisse sämtlicher durch den Verfahrensleiter Hans Mathys und seinen Stellvertreter Pierre Cornu selbst durchgeführten oder direkt angeordneten Verfahrenshandlungen sind aus den Akten des Verfahrens 18-0055 zu entfernen, bis zum rechtskräftigen Abschluss dieses Verfahrens unter Verschluss zu halten, und anschliessend zu vernichten.
4. Das Gericht wird den Medien am 18. Dezember 2020, **14:00 Uhr**, beiliegende Medienmitteilung zukommen lassen. Die Parteien haben die Möglichkeit, bis am 18. Dezember 2020, **11.00 Uhr**, Einwände gegen den Text der Medienmitteilung vorzubringen.
5. Dieser Entscheid ist nicht anfechtbar.
6. Zu eröffnen:
 - dem Beschuldigten 1, B._____, v.d. Rechtsanwälte C._____ und Dr. D._____ (**Einschreiben**, vorab per Fax);
 - dem Beschuldigten 2, E._____, v.d. Fürsprecher F._____ (**Einschreiben**, vorab per Fax);
 - dem Beschuldigten 3, G._____, v.d. Rechtsanwältin H._____ und Rechtsanwalt Dr. I._____ (**Einschreiben**, vorab per Fax);
 - dem Beschuldigten 4, J._____, v.d. Rechtsanwalt K._____ (**Einschreiben**, vorab per E-Mail);
 - dem Beschuldigten 5, L._____, v.d. Maître M._____ (**Einschreiben**, vorab per Fax);
 - dem Beschuldigten 6, N._____, v.d. Rechtsanwalt O._____ (**Einschreiben**, vorab per E-Mail);
 - dem fedpol, Direktorin A._____ (**Einschreiben**, vorab per E-Mail);
 - dem Leitenden Staatsanwalt der Staatsanwaltschaft Wirtschaftsdelikte, Dr. P._____ (**interne Post**, vorab per E-Mail).

Begründung:

Prozessuales

1. Mit Verfügung der Staatsanwaltschaft Wirtschaftsdelikte vom 10. September 2020 wurden die Schlussprotokolle im Verfahren "fedpol 18-0055", geführt gegen B._____, E._____, G._____, J._____, L._____ und N._____, sowie sämtliche Verfahrensakten gestützt auf Art. 73 VStrR dem Kantonalen Wirtschaftsstrafgericht als Kollegialgericht zur Beurteilung überwiesen (pag. WSG 18 001 ff.).
2. Die Verfahrensleitung forderte die Parteien nach einer ersten summarischen Prüfung der Schlussprotokolle und der Akten mit Verfügung vom 29. September 2020 gestützt auf Art. 329 StPO auf, zur Frage der Zulässigkeit der Delegation der Verfahrensleitung an verwaltungsfremde Personen, zur Frage der Folgen einer allfälligen Ungültigkeit derselben, sowie zur Frage, ob die Schlussprotokolle dem Akkusationsprinzip standhalten, Stellung zu nehmen (pag. WSG 18 197 ff.).
3. Bereits vor der ersten Verfügung der Verfahrensleitung hatten die Verteidigerinnen und Verteidiger der Beschuldigten B._____, J._____, G._____ und N._____ mit unaufgefordert eingereichten Eingaben vom 23. bzw. 24. September 2020 unter anderem geltend gemacht, die Anklagen (bzw. die Schlussprotokolle) seien zurückzuweisen, zusammengefasst deswegen, weil eine gesetzliche Grundlage für die Delegation der Verfahrensleitung des Verwaltungsstrafverfahrens an verwaltungs-externe Personen fehle und daher sämtliche Verfahrenshandlungen der Verfahrensleitung und namentlich die Schlussprotokolle nichtig seien (vgl. pag. WSG 18 109 ff.).
4. Mit Eingabe vom 16. Oktober 2020 nahm der Verteidiger des Beschuldigten E._____ fristgerecht zu den mit Verfügung vom 29. September 2020 aufgeworfenen Fragen Stellung (pag. WSG 18 207 ff.). Die Verteidigerinnen und Verteidiger der Beschuldigten J._____, G._____, B._____ und N._____ verwiesen mit Schreiben vom 19. respektive 20. Oktober 2020 primär auf ihre Eingaben vom 23. respektive 24. September 2020 und bestätigten die gestellten Anträge (pag. WSG 18 214 ff. / 18 244).
5. Die Direktorin des fedpol nahm mit elektronischer Eingabe vom 20. Oktober 2020 zur Frage der Delegation der Verfahrensleitung an verwaltungsfremde Personen Stellung (pag. WSG 18 231 ff.), während der Verfahrensleiter Hans Mathys mit elektronischer Eingabe vom 20. Oktober 2020 zur Frage der allfälligen Verletzung des Akkusationsprinzips Stellung nahm (pag. WSG 18 222 ff.).
6. Der Verteidiger des Beschuldigten L._____ ersuchte mit Eingabe vom 20. Oktober 2020 wegen eines Todesfalls in der Familie um Fristerstreckung bis am 9. November 2020, welche ihm mit Verfügung vom 22. Oktober 2020 gewährt wurde (pag. WSG 18 245 f.). Mit Eingabe vom 9. November 2020 erbat der Verteidiger eine weitere Fristerstreckung, welche mit Verfügung vom 10. November 2020 gewährt wurde (pag. WSG 18 255 ff.). Am 30. November 2020 nahm Maître M._____ namens des Beschul-

digten L._____, fristgerecht sowohl zu den mit Verfügung vom 29. September 2020 aufgeworfenen Fragen als auch zu den Eingaben des fedpol vom 20. Oktober 2020 Stellung (pag. WSG 18 322 ff.).

7. Mit Verfügung vom 22. Oktober 2020 setzte die Verfahrensleitung den Parteien Frist bis am 16. November 2020, um im Sinne eines zweiten Schriftenwechsels zu den bis dato eingegangenen Eingaben der jeweiligen Gegenparteien Stellung zu nehmen und stellte in Aussicht, anschliessend werde das Kollegialgericht schriftlich entscheiden (pag. WSG 18 245 ff.). Diese Frist wurde mit Verfügung vom 10. November 2020 bis am 30. November 2020 verlängert (pag. WSG 18 256 f.). Innert Frist gingen Stellungnahmen der Verteidigerinnen und Verteidiger der Beschuldigten G._____, B._____, J._____ und N._____ (pag. WSG 18 258 ff. bzw. 18 302 ff. bzw. 18 334 ff.) sowie des fedpol ein (pag. WSG 18 294 ff.). Diese Stellungnahmen wurden den übrigen Parteien am 18. November 2020 bzw. 1. und 3. Dezember 2020 zur Kenntnis gebracht.

Formelles

1. Gemäss Art. 329 Abs. 1 StPO prüft die Verfahrensleitung, ob die Anklageschrift und die Akten ordnungsgemäss erstellt sind, die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob Verfahrenshindernisse bestehen. Die summarische Prüfung der Anklage ist auch im Gerichtsverfahren nach Verwaltungsstrafrecht durchzuführen (vgl. HANS VEST in: Frank/Eicker/Markwalder/Achermann (Hrsg.): Basler Kommentar Verwaltungsstrafrecht, Art. 73 N 20; nachfolgend zitiert Autor BSK-VStr).
2. Art. 329 Abs. 2 StPO bestimmt, dass dann, wenn sich aufgrund dieser Prüfung oder später im Verfahren ergibt, dass ein Urteil zurzeit nicht ergehen kann, das Gericht das Verfahren sistiert. Falls erforderlich, weist es die Anklage zur Ergänzung oder Berichtigung an die Staatsanwaltschaft zurück. Die Rückweisung der Anklage und die Sistierung des Verfahrens können auch in Fällen offensichtlicher Mängel nur vom Kollegialgericht und nicht von der Verfahrensleitung allein beschlossen werden (JEREMY STEPHENSON / ROBERTO ZALUNDARO-WALSER in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.): Basler Kommentar zur StPO, 2. Aufl., Art. 329 N 8 mit Hinweis auf die Botschaft; nachfolgend zitiert Autor BSK-StPO).
3. Mit Verfügung vom 29. September 2020 wurde den Parteien die Gerichtszusammensetzung bekannt gegeben. Innert Frist wurden keine Ablehnungsgründe geltend gemacht. Da weder das VStrR noch die StPO für die Anklageprüfung ein mündliches Verfahren vorsehen, fällt das Gericht seinen Entscheid im Zirkulationsverfahren.

Materielles

Ausgangslage

1. Am 14. Februar 2018 erstattete das Bundesamt für Verkehr (nachfolgend BAV) bei der Bundesanwaltschaft sowie der Staatsanwaltschaft Bern-Mittelland Anzeige gegen Unbekannt, die Schweizerische Post AG, PostAuto Schweiz AG, sowie die handelnden Organe der genannten Firmen (pag. 04.101.0001 ff.). Sowohl die Bundesanwaltschaft als auch die Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern erklärten sich für nicht zuständig, basierend auf dieser Anzeige ein Strafverfahren zu eröffnen. Aufgrund des in der Strafanzeige des BAV Ausgeführten bestand jedoch der Verdacht auf Widerhandlungen gegen Art. 37 f. des Subventionsgesetzes (SuG; SR 616.1) i.V.m. Art. 14 ff. des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR; SR 313.0). Am 27. Februar 2018 beschloss der Bundesrat daher unter anderem: *"1. Das EJPD (fedpol) wird in Sachen PostAuto Schweiz AG (bzw. PostAuto AG, Die Schweizerische Post) in Zusammenhang mit dem subventionierten regionalen Personenverkehr als zuständig bezeichnet, Widerhandlungen nach den Art. 14 bis 18 VStrR und Art. 38 SuG ab sofort zu verfolgen und zu beurteilen. 2. Das EJPD (fedpol) wird ermächtigt, ein Mitglied aus dem Staatsanwältepool der Schweizerischen Staatsanwälte Konferenz (SSK) mit der Verfahrensleitung zu beauftragen."* (pag. 16.001.0151).
2. Mit Verfügung vom 2. März 2018 eröffnete das Bundesamt für Polizei (nachfolgend fedpol) eine verwaltungsstrafrechtliche Untersuchung wegen des Verdachts des Leistungs- und Abgabebetrugs und allfälliger weiterer Delikte im Zusammenhang mit der Erbringung von Leistungen im subventionierten regionalen Personenverkehr (RPV-Leistungen) durch die PostAuto Schweiz AG (pag. 01.100.0002 ff.). Mit Dienstleistungsaufträgen vom 12./13. bzw. 15. März 2018 beauftragte das fedpol alt Bundesrichter Hans Mathys und Kantonsrichter Pierre Cornu damit, *"die Rolle des untersuchenden Beamten gemäss VStrR zu übernehmen."* (pag. 16 001 0114 ff. / 16 001.0130 ff.). In der Folge eröffnete Hans Mathys die Strafverfolgung gegen alle oben genannten Beschuldigten und führten er und Pierre Cornu massgebliche Ermittlungshandlungen (insbesondere wesentliche Einvernahmen) selbst durch und leiteten die gesamte Untersuchung. Hans Mathys erstellte und unterzeichnete schliesslich sämtliche ergänzten Schlussprotokolle vom 29. Juni 2020.
4. Von allen Beschuldigten wird geltend gemacht, es bestehe für die Delegation der Verfahrensleitung an Hans Mathys und Pierre Cornu als verwaltungsexterne Personen keine gesetzliche Grundlage, woraus folge, dass sämtliche Verfahrenshandlungen der Verfahrensleitung und insbesondere die Schlussprotokolle nichtig seien. Das fedpol als Anklagebehörde stellt sich dagegen auf den Standpunkt, es liege gar keine Übertragung von Verwaltungsaufgaben an verwaltungsexterne Dritte vor, die Einsetzung der Verfahrensleiter sei daher durch das VStrR legitimiert, es bedürfe folglich keiner zusätzlichen gesetzlichen Regelung. Das Gericht kommt aus den nachfolgend darzulegenden Gründen zum Schluss, dass es für die Einsetzung verwaltungsexterner Personen als Verfahrensleiter einer formell-gesetzlichen Grundlage bedurft hätte, die in concreto nicht existiert. Weiter kommt es zum Schluss, dass es sich bei Hans Mathys und Pierre Cornu entgegen den Vorbringen des fedpol um verwaltungsexterne Personen handelt, da der zwischen diesen und dem fedpol abgeschlossene Vertrag als Auf-

trag und nicht als Arbeitsvertrag zu qualifizieren ist. Als Folge davon erachtet das Gericht sämtliche von diesen beiden Personen selbst durchgeführten oder direkt angeordneten Verfahrenshandlungen als nichtig, so dass in Folge davon die Anklagen bzw. die Schlussprotokolle zurückzuweisen sind.

Fehlende gesetzliche Grundlage für die Delegation der Verfahrensleitung an verwaltungs-externe Personen

5. Gemäss Art. 39 Abs. 1 SuG sind Widerhandlungen nach den Art. 37 f. SuG vom zuständigen Bundesamt zu verfolgen. In casu wäre dies, da der Vorwurf von unrechtmässig erlangten Abgeltungen im regionalen Personenverkehr (RPV) erhoben wurde, gestützt auf Art. 37 des Personenbeförderungsgesetzes (PBG; SR 745.1) das BAV. Der Bundesrat kann jedoch gemäss Art. 39 Abs. 1, 2. Satz SuG eine andere Verwaltungseinheit als zuständig bezeichnen, was er vorliegend mit Bundesratsbeschluss vom 27. Februar 2018 auch getan hatte. Die Führung des Verwaltungsstrafverfahrens durch das fedpol basiert folglich auf einer formell-gesetzlichen Grundlage und ist nicht zu beanstanden, was im Übrigen durch die Beschuldigten auch nicht vorgebracht wird.
6. Gemäss Art. 178 Abs. 3 der Bundesverfassung können Verwaltungsaufgaben durch Gesetz Organisationen und Personen übertragen werden, die ausserhalb der Bundesverwaltung stehen. Gemäss Rechtsprechung und Lehre verlangt Art. 178 Abs. 3 BV dafür eine formell-gesetzliche Grundlage (vgl. Urteil 2C_39/2018 vom 18.06.2019, E. 2.4. mit weiteren Hinweisen; MARKUS MÜLLER in: Basler Kommentar Bundesverfassung, Art. 178 N 34 f. mit Hinweisen auf die Entstehungsgeschichte der Norm). Auch Art. 2 Abs. 4 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG, SR 172.010) hält fest, dass Organisationen und Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, die nicht der Bundesverwaltung angehören, durch die Bundesgesetzgebung mit Verwaltungsaufgaben betraut werden können. Es stellt sich folglich die Frage, ob es in der Schweizerischen Rechtsordnung eine formell-gesetzliche Grundlage gibt, welche dem fedpol die Kompetenz einräumen würde, in einem Verwaltungsstrafverfahren Verfügungsbefugnisse an Private auszugliedern.
7. Eine entsprechende "Vorbildnorm" ist z.B. in Art. 36 Abs. 1 FINMAG zu finden. Sie lautet wie folgt: *"Die FINMA kann eine unabhängige und fachkundige Person damit beauftragen, bei einer oder einem Beaufsichtigten einen aufsichtsrechtlich relevanten Sachverhalt abzuklären oder von ihr angeordnete aufsichtsrechtliche Massnahmen umzusetzen (Untersuchungsbeauftragte oder Untersuchungsbeauftragter)."* Eine solche oder auch nur vergleichbare Norm findet sich weder im SuG noch im PBG. Das Gericht prüfte weiter, ob Art. 20 Abs. 1 VStrR als Delegationsnorm in Frage kommt. Dieser lautet wie folgt: *"Für die Untersuchung ist die beteiligte Verwaltung zuständig. Mit der Durchführung von Einvernahmen, Augenscheinen und Zwangsmassnahmen sind besonders ausgebildete Beamte zu betrauen."* Gemäss HANS VEST wird mit dieser Bestimmung klargestellt, was sich schon aus dem Wortlaut ergibt: Die Bundesverwaltungsstellen müssen selbst über Personal verfügen, welches fähig ist, die ihnen durch das Gesetz übertragenen polizeilichen Funktionen auch wahrnehmen zu können (VEST BSK-VStrR, Art. 20 N 8 mit weiteren Hinweisen). Auch aus dieser Norm ergibt sich folglich keine formell-gesetzliche Grundlage für die Einsetzung verwaltungsexterner Personen. Andere Gesetze oder

Verordnungen, die in concreto Anwendung finden könnten, sind nicht ersichtlich. Zusammenfassend kommt das Gericht daher zum Schluss, dass eine formell-gesetzliche Grundlage zur Einsetzung von verwaltungsexternen Personen für die Untersuchungsführung fehlt.

Hans Mathys und Pierre Cornu als verwaltungsexterne Personen

8. Das fedpol bestreitet in seiner Eingabe vom 20. Oktober 2020 nicht, dass es einer formell-gesetzlichen Grundlage bedarf, um verwaltungsexterne Personen mit der Untersuchungsführung betrauen zu können. Auch wird faktisch nicht bestritten, dass es in concreto an einer solchen fehlt. Hingegen wird in der Eingabe des fedpol sinn-gemäss geltend gemacht, es handle sich bei Hans Mathys und Pierre Cornu gar nicht um verwaltungsexterne Personen. Hans Mathys [gleiches muss auch für Pierre Cornu gelten] sei zwar "eine Person von ausserhalb", sei jedoch vollständig in die Organisation des fedpol integriert worden. Das Vertragsverhältnis zwischen ihm und fedpol weise wesentliche Elemente eines Arbeitsverhältnisses auf und die Beschuldigten seien daher gleichgestellt, wie wenn es sich bei ihm um einen ständigen Mitarbeiter des fedpol handeln würde. Durch die Einsetzung von Hans Mathys, der über die notwendigen Qualifikationen für die Führung eines komplexen Strafverfahrens verfüge, sei die korrekte Durchführung der Untersuchung sichergestellt worden.
9. An den Fähigkeiten von Alt-Bundesrichter Hans Mathys und Kantonsrichter Pierre Cornu zur Führung des vorliegenden Verfahrens besteht nicht der geringste Zweifel. Jedoch erstaunt die Darstellung des fedpol, es verfüge selbst nicht über genügend qualifiziertes Personal, das fähig wäre, die Leitung des vorliegenden Verfahrens zu übernehmen, daher habe ein externer Verfahrensleiter [und ein französischsprachiger Stellvertreter] eingesetzt werden müssen. Es sei darauf hingewiesen, dass das fedpol zu seinen Aufgaben selbst auch die Führung von Ermittlungsverfahren in komplexen Fällen von Wirtschaftskriminalität zählt und über mehr als 900 Mitarbeitende verfügt (vgl. www.fedpol.admin.ch). Es ist davon auszugehen, dass sich in diesem grossen Pool an Mitarbeitenden diverse Personen befinden, die fähig sind bzw. gewesen wären, das vorliegende Verfahren zu leiten.
10. Insbesondere kann dem fedpol jedoch nicht gefolgt werden, wenn es geltend macht, der Verfahrensleiter und sein Stellvertreter seien keine verwaltungsexternen Personen, da diese vollständig in die Organisation von fedpol eingegliedert gewesen seien und das Vertragsverhältnis zwischen diesen und dem fedpol wesentliche Elemente eines Arbeitsverhältnisses aufweise. Unter Hinweis auf die zutreffenden, ausführlichen Darlegungen der Verteidigungen der Beschuldigten kann zusammenfassend festgehalten werden, dass der Vertrag zwischen Alt-Bundesrichter Mathys und dem fedpol bzw. Kantonsrichter Cornu und dem fedpol klar als Dienstleistungsauftrag bezeichnet wurde (sogar verbunden mit der bei Bundesaufträgen typischen Bestellnummer). Die Vertragsparteien wurden als "Auftraggeberin" (fedpol) und "Beauftragter" (Hans Mathys bzw. Pierre Cornu) bezeichnet und es wurde explizit auf Art. 394 ff. OR verwiesen. Auch im weiteren Vertragstext wurden stets die Bezeichnungen "Auftrag", "Auftraggeberin" bzw. "Beauftragter" verwendet. Es ist bereits gestützt darauf davon auszugehen, dass die Unterzeichnenden, die allesamt hoch qualifizierte Juristen sind, auch tatsächlich ein Auftragsverhältnis eingehen wollten. Andernfalls hätten sie den

Vertrag nicht als "Auftrag" bezeichnet und nicht explizit auf die entsprechenden Normen des Obligationenrechts verwiesen. Die Verträge weisen denn auch inhaltlich überwiegend auftragsrechtliche Elemente auf (vgl. pag. 20.001.0003 ff. bzw. 20.001.0019 ff.):

- So wird ein Stundenhonorar von CHF 250.00 inkl. MWST und nicht ein Lohn vereinbart. Hätten die Vertragsparteien einen Lohn abmachen wollen, so hätte zwingend die Lohnklasse geregelt werden müssen. Insbesondere der Hinweis auf die MWST ergibt zudem nur Sinn, wenn der Abschluss eines Auftrags mit entsprechendem Honorar und nicht der Abschluss eines Arbeitsvertrags gewollt war.
- Es wird im "Dienstleistungsauftrag" zudem stark die Selbständigkeit und Eigenverantwortlichkeit der Verfahrensleiter betont: Die Beauftragten waren in Bezug auf die Durchführung der Untersuchung frei, sie konnten insbesondere frei darüber entscheiden, gegen wen [und gegen wen nicht] sie eine Untersuchung eröffnen und führen wollten. Dürfte dies mindestens teilweise auch für fedpol-interne Verfahrensleiter gelten, so wären diese jedoch nicht frei gewesen in der Wahl ihres Arbeitsorts, ihrer Arbeitszeit oder der Wahrnehmung allfälliger weiterer Aufträge / Nebenbeschäftigungen. Die vorliegenden Verträge machen jedoch keinerlei Vorgaben in Bezug auf die Arbeitszeit, den Arbeitsumfang oder den Arbeitsort; die Beauftragten konnten frei entscheiden, wann und wo sie den Auftrag ausführen wollten. Es fehlt folglich an einem für einen Arbeitsvertrag typischen Subordinationsverhältnis.
- Im "Dienstleistungsauftrag" wird zudem unter ausdrücklichem Hinweis auf Art. 404 OR eine jederzeitige Widerrufs- und Kündigungsmöglichkeit vereinbart, was beim Vorliegen eines Arbeitsvertrags unzulässig wäre. Es fehlt folglich an einer für einen Arbeitsvertrag typischen Probezeit und einer Kündigungsfrist.

Am Vorliegen eines Auftrags- und nicht eines Arbeitsverhältnisses ändert auch der Umstand nichts, dass die Beauftragten vom fedpol Räumlichkeiten und technische Hilfsmittel zur Verfügung gestellt erhielten. Da es sich bei ihnen um Einzelpersonen handelt, die selbst nicht über die entsprechenden Einrichtungen verfügten, waren sie zur Erfüllung des Auftrags auf die Infrastruktur der Auftraggeberin mindestens teilweise angewiesen. Auch der Umstand, dass der Verfahrensleiter und sein Stellvertreter gegen aussen mit dem Briefpapier des fedpol und unter einer E-Mailadresse des fedpol auftraten, macht sie nicht zu Mitarbeitenden desselben, zumal die direkte Stellvertretung (d.h. Handeln im Namen des Auftraggebers) im Auftragsverhältnis nicht selten ist (vgl. Art. 396 Abs. 2 OR).

11. Hinzuzufügen ist, dass – würde man der Argumentation des fedpol folgen - das Erfordernis der formell-gesetzlichen Grundlage für die Einsetzung verwaltungsexterner Personen mittels "ad-hoc-Aufträgen bzw. ad-hoc-Arbeitsverträgen" umgangen werden könnte. Dieses Erfordernis soll aber gerade sicherstellen, dass es nicht vom Willen der konkreten Verwaltungseinheit bzw. der konkreten mit der Sache befassten Personen abhängig ist, ob für ein bestimmtes Verfahren eine externe Person mit der Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe betraut werden kann oder nicht. Zu Recht wird denn auch von der Verteidigung des Beschuldigten N. _____ auf die Wichtigkeit der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nicht nur der urteilenden Richterinnen und Richter, sondern auch der untersuchenden Behörden hingewiesen. Zusammenfassend ist da-

her festzuhalten, dass mit Hans Mathys und Pierre Cornu zwei verwaltungsexterne Personen die Untersuchung führten, ohne dass dafür eine gesetzliche Grundlage bestand.

Folgen der fehlenden gesetzlichen Grundlage für die Delegation der Verfahrensleitung

12. Die Verteidigerinnen und Verteidiger aller Beschuldigten machen geltend, wegen der fehlenden formell-gesetzlichen Grundlage für die Einsetzung verwaltungsexterner Personen zur Untersuchungsführung seien sämtliche Verfahrenshandlungen der Verfahrensleitung und namentlich die Schlussprotokolle nichtig und das Verfahren daher zurückzuweisen. Das fedpol dagegen macht sinngemäss geltend, selbst wenn der Argumentation der Beschuldigten gefolgt werden sollte, wonach die Verfahrensleiter nicht auf korrekte Art und Weise eingesetzt worden seien, liege kein schwerwiegender bzw. kein offensichtlicher Mangel vor, die Verfahrenshandlungen seien daher nicht nichtig, es sei keine Unverwertbarkeit der Beweise gegeben und das Verfahren sei daher nicht zurückzuweisen.
13. Nichtigen Verwaltungsverfügungen geht jede Verbindlichkeit und Rechtswirksamkeit ab. Die Nichtigkeit ist jederzeit und von sämtlichen staatlichen Instanzen von Amtes wegen zu beachten. Die Nichtigkeit einer Verfügung wird indessen meist nur angenommen, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer ist, wenn er offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird (sog. "Evidenztheorie", vgl. statt vieler BGE 129 I 361, E. 2.1.). Die Evidenztheorie ist jedenfalls nach einem Teil der Lehre auch in Bezug auf strafprozessuale Verfahrenshandlungen zu beachten (so z.B. BGE 118 Ia 336, E. 2.a; vgl. auch HEIMGARTNER in BSK-StGB II, 4. Aufl., vor Art. 285 N 18). Als Nichtigkeitsgründe fallen hauptsächlich schwerwiegende Verfahrensfehler sowie die funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der verfügenden Behörde bzw. der handelnden Person in Betracht; dagegen haben inhaltliche Mängel nur in Ausnahmefällen die Nichtigkeit einer Verfügung zur Folge.
14. Die Tatsache, dass mit Hans Mathys und Pierre Cornu zwei verwaltungsexterne Personen ohne gesetzliche Grundlage und damit ohne Verfügungskompetenz die Untersuchung führten, stellt nach Ansicht des Gerichts klar einen besonders schweren Verfahrensfehler dar: So stellte das Bundesgericht in BGE 6B_1304/2018 vom 05.02.2019 fest, Zuständigkeitsvorschriften hätten insbesondere den in ein Strafverfahren verwickelten Bürger vor Übergriffen unzuständiger Behörden zu bewahren. Die Regeln über die Zuständigkeit seien daher zwingender Natur. Bei Verfahrenshandlungen nicht zuständiger Behörden stelle sich unmittelbar die Frage einer Nichtigkeit. Die Argumentation des fedpol, den Beschuldigten seien aus der Einsetzung von Hans Mathys und Pierre Cornu keine konkreten Nachteile entstanden, geht daher ins Leere: Die Verletzung von Verfahrensvorschriften hat regelmässig zur Folge, dass der angefochtene Akt aufzuheben ist, ohne dass ein tatsächlicher Nachteil nachgewiesen werden muss (vgl. z.B. den im Rahmen eines Strafverfahrens ergangenen Entscheid 1P.14/2005 vom 28.02.2005, E. 3.4.). Den Beschuldigten wäre es denn auch nicht möglich darzulegen, wie ihre strafprozessuale Stellung wäre, wenn das Verfahren durch fedpol-Mitarbeitende geführt worden wäre, sie könnten also gar nicht belegen,

dass sie wegen der Führung der Untersuchung durch verwaltungsexterne Personen einen tatsächlichen Nachteil erlitten hätten.

15. Auch ist der Mangel offensichtlich: Wie die Verteidigungen zu Recht geltend machen, gehört es zu den Grundlagen des Verwaltungsrechts, dass die Übertragung hoheitlicher Befugnisse an Private einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Beim Kriterium der Offensichtlichkeit ist zudem nicht in erster Linie auf die Wahrnehmung der Betroffenen abzustellen bzw. ob diese den Mangel sofort hätten erkennen können. Offensichtlichkeit bedeutet objektive Wahrnehmbarkeit, welche in concreto in dem Zeitpunkt vorlag, in dem das fedpol den Beschuldigten die Dienstleistungsaufträge offenlegte. Dies geschah erst im April 2020, nachdem den Beschuldigten Ende Februar 2020 Frist zur Stellungnahme zum (ersten) Schlussprotokoll vom 26.02.2020 angesetzt worden war (vgl. z.B. pag. 02.00.0002 ff. und 16.001.0101 ff.). In der Folge rügten die Verteidiger der Beschuldigten schon in ihren Eingaben zu den (ergänzten) Schlussprotokollen vom 28.06.2020, es liege keine gesetzliche Grundlage für die Einsetzung verwaltungsexterner Personen vor. Es kann folglich seitens des fedpol nicht argumentiert werden, die entsprechenden Rügen seien verspätet erfolgt bzw. der Mangel eben nicht offensichtlich. Stellt sich folglich noch die Frage, ob die Annahme der Nichtigkeit der Handlungen der beiden Verfahrensleiter die Rechtssicherheit gefährden würde. Angesichts dessen, dass noch keine verfahrenserledigenden Entscheide gefällt wurden, ist nicht davon auszugehen, zumal auch die Verjährung der vorgeworfenen Handlungen nicht unmittelbar droht.
16. Zusammenfassend liegt ein offensichtlicher, besonders schwerer Verfahrensmangel vor, so dass sämtliche durch den Verfahrensleiter Hans Mathys und seinen Stellvertreter Pierre Cornu selbst durchgeführten oder direkt angeordneten Verfahrenshandlungen inklusive der ergänzten Schlussprotokolle vom 29.06.2020 als nichtig zu betrachten sind. Die Aufzeichnungen dieser Verfahrenshandlungen sind aus den Akten zu entfernen, bis zum Abschluss dieses Verfahrens unter separatem Verschluss zu halten und anschliessend zu vernichten. Zum gleichen Schluss kommt man im Übrigen auch in Anwendung von Art. 141 Abs. 2 StPO: Dieser besagt, dass Beweise, die Strafbehörden in Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, nicht verwertet werden dürfen, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich. Zuständigkeitsvorschriften in Bezug auf die Verfahrensführung sind als solche Gültigkeitsvorschriften zu qualifizieren. Schwere Straftaten im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO liegen in casu nicht vor: Zwar definiert die StPO den Begriff der "schweren Straftat" nicht, in der Praxis wird eine Beschränkung auf Verbrechenstatbestände bzw. eine Beschränkung auf Taten, die ausschliesslich mit Freiheitsstrafe bedroht sind, befürwortet (vgl. BGE 146 I 11). Auch wird zuweilen auf den Katalog von Art. 269 StPO abgestellt (vgl. zum Ganzen: WOLFGANG WOHLERS in Donatsch / Lieber / Summers / Wohlers (Hrsg.): Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 3. Aufl., Art 141 N 29). Den Beschuldigten wird eine Verletzung von Art. 37 f. SuG i.V.m. Art. 14 VStrR vorgeworfen. Dabei handelt es sich um Vergehen, die mit Freiheitsstrafe oder Busse bedroht sind, und die nicht im Katalog gemäss Art. 269 StPO aufgeführt sind.

17. Wie bereits festgehalten, führt die mangels gesetzlicher Grundlage unzulässige Delegation der Untersuchung an verwaltungsexterne Dritte zur Nichtigkeit der von ihnen vorgenommenen Untersuchungshandlungen und Verfügungen. Aus diesem Grund liegen keine gültig erstellten Anklagen vor, über die das Gericht urteilen könnte. Es hat das Verfahren daher gestützt auf Art. 329 Abs. 2 StPO zurückzuweisen. Angesichts der Tatsache, dass die neu zuständige Behörde einen Grossteil der Untersuchung wiederholen müssen, was einige Zeit in Anspruch nehmen wird, ist die Rechtshängigkeit nicht beim Kantonalen Wirtschaftsstrafgericht zu belassen, sondern an die Kantonale Staatsanwaltschaft, Wirtschaftsdelikte, zurück zu übertragen. Bei diesem Ausgang der Prüfung gemäss Art. 329 StPO erübrigt es sich, auf die Frage der allfälligen Verletzung des Akkusationsprinzips näher einzugehen.
18. Das Gericht weist darauf hin, dass die Staatsanwaltschaft Wirtschaftsdelikte zu prüfen haben wird, ob es überhaupt sachgerecht ist, die Untersuchung dem fedpol zurück zu übertragen; oder ob es nicht angebrachter wäre, diese neu durch die Bundesanwaltschaft oder die Staatsanwaltschaft Wirtschaftsdelikte selbst führen zu lassen: Wie die Verteidigung des Beschuldigten G. _____ zurecht feststellte, werden den Beschuldigten durch das BAV Subventionsbetrug im Bestellprozess des Regionalen Personenverkehrs vorgeworfen. Im Regionalen Personenverkehr bestellen und subventionieren Bund und Kantone das Verkehrsangebot gemeinsam, während der Ortsverkehr gar Sache der Kantone und Gemeinden ist (vgl. pag. 15.022.0494 ff.). Die Postauto Schweiz AG verpflichtete sich in der Rahmenvereinbarung vom 21.09.2018 denn auch, mehr als die Hälfte des zurückzuerstattenden Betrags den Kantonen und nicht dem Bund zukommen zu lassen. Daraus folgt, dass Opfer mutmasslicher Subventionsbetrüge mindestens teilweise (auch) die Kantone sein könnten. STEFAN MAEDER stellt sich im BSK-VStrR auf den Standpunkt, dass kantonale oder kommunale Leistungen oder Abgaben nicht in den Anwendungsbereich von Art. 14 VStrR fallen. Er hält wörtlich fest: *"Als Gemeinwesen, dem die Täuschungsadressaten im eben beschriebenen Sinn angehören müssen, kommt nur der Bund in Frage."* Soweit es um die betrügerische Erschleichung von kantonalen oder kommunalen Leistungen gehe, falle Art. 14 VStrR mangels Anwendbarkeit von vornherein ausser Betracht. Bei einer Schädigung von Kantonen und Gemeinden komme Art. 146 StGB zur Anwendung (a.a.O., Art. 14 N 28, N 37, N 179 ff.; jeweils mit Hinweisen auf Rechtsprechung und weitere Literatur). In Fällen, in denen sowohl gemeinrechtliche Delikte (in casu mutmasslicher Subventionsbetrug zum Nachteil der Kantone, allenfalls Urkundendelikte nach Art. 251 ff. StGB) als auch verwaltungsstrafrechtliche Vorwürfe (mutmassliche Widerhandlungen gegen Art. 37 f. SuG i.V.m. Art. 14 VStrR) abgeklärt werden müssen, kann das Verfahren gestützt auf Art. 20 Abs. 3 VStrR auch durch die Kantonalen Strafverfolgungsbehörden (oder allenfalls Bundesstrafverfolgungsbehörden, sofern die Voraussetzungen von Art. 24 StPO gegeben sind) geführt werden (vgl. dazu auch HANS VEST, BSK-VStrR, Art. 20 N 10 ff.).
19. Der vom erstinstanzlichen Gericht in Anwendung von Art. 329 Abs. 2 StPO ergangene Entscheid betreffend die Sistierung und die Rückweisung zur Ergänzung der Untersuchung ist ein verfahrensleitender Entscheid (vgl. BGE 143 IV 175). Damit ist die Beschwerde nur beim Vorliegen eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils zulässig. Ein solcher ist in concreto nicht zu erkennen, zumal sämtliche Beschuldigte diese

Rückweisung beantragten. Eine Rückweisung des Strafverfahrens zur weiteren Untersuchung bewirkt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts für die Staatsanwaltschaft in der Regel keinen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG. Gleiches muss in concreto für das fedpol gelten, insbesondere da in Bezug auf die in Betracht kommenden Straftaten die Verjährung nicht unmittelbar droht.

20. Angesichts der diversen Medienanfragen an das Gericht in den letzten Wochen beabsichtigt dieses, die beiliegende Medienmitteilung zu verbreiten. Mündliche Auskünfte, die über das in der Medienmitteilung Ausgeführte hinausgehen, werden nicht erteilt, insbesondere wird der vorliegende Beschluss den Medien durch das Gericht nicht zugestellt. Die Parteien haben die Möglichkeit, bis drei Stunden vor der geplanten Veröffentlichung Einwände gegen den Text der Medienmitteilung vorzubringen. Das geplante Vorgehen soll es den Parteien ermöglichen, sich ihrerseits auf entsprechende Medienanfragen an sie vorzubereiten.

Kantonales Wirtschaftsstrafgericht

Die Gerichtspräsidentin:

Lips

Der Gerichtsschreiber

Q. _____

Hinweise:

Eingaben per Fax und E-Mail sind nicht rechtsgültig und haben keine fristwahrende Wirkung.

Unter bestimmten Voraussetzungen können Eingaben elektronisch erfolgen. Genauere Angaben hierzu finden Sie auf der Internetseite der Berner Justiz (<http://www.justice.be.ch/elektronische-eingaben>).

Bei Eingaben ist jeweils die Dossienummer (WSG 20 16-21) anzugeben.