

# Obergericht des Kantons Zürich

III. Strafkammer



---

Geschäfts-Nr.: UH170243-O/U/BEE

Mitwirkend: Oberrichter lic. iur. Th. Meyer, Präsident, die Ersatzoberrichter lic. iur. A. Schärer und lic. iur. Th. Vesely sowie Gerichtsschreiber Dr. A. Brüscheiler

## Beschluss vom 2. Oktober 2017

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Beschwerdeführer

amtlich verteidigt durch Rechtsanwältin MLaw X. \_\_\_\_\_

gegen

**Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich**, Betäubungsmitteldelikte und organisierte Kriminalität,

Beschwerdegegnerin

betreffend **Entfernung aus den Akten**

**Beschwerde gegen die Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 26. Juli 2017, C-7/2017/10014698**

## **Erwägungen:**

### **I. Prozessgeschichte**

Die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich führt eine Strafuntersuchung gegen den Beschwerdeführer wegen qualifizierter Widerhandlungen gegen das BetmG. Am 21. April 2017 wurde er von der Stadtpolizei Zürich als Auskunftsperson polizeilich einvernommen (Urk. 9/5) und am 17. Mai 2017 als Beschuldigter (Urk. 9/3). Die Hafteinvernahme des Beschwerdeführers erfolgte am 24. Mai 2017 (Urk. 9/4). Nachdem seine amtliche Verteidigerin mit Eingabe an die Staatsanwaltschaft vom 21. Juli 2017 ein Gesuch um Entfernung der Einvernahmeprotokolle vom 17. und 24. Mai 2017 aus den Akten gestellt hatte (Urk. 9/10/9), wies die Staatsanwaltschaft dieses Gesuch mit Verfügung vom 26. Juli 2017 ab (Urk. 5). Gegen diese Verfügung liess der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 2. August 2017 innert Frist Beschwerde erheben und die folgenden Anträge stellen (Urk. 2 S. 2):

- "1. Es sei die Verfügung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich vom 26. Juli 2017 aufzuheben.
2. Es seien die Einvernahmen des Beschuldigten vom 23. Mai 2017 (polizeiliche Einvernahme) und vom 24. Mai 2017 (Hafteinvernahme) aus den Akten zu entfernen, unter separatem Verschluss zu halten und nach rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens zu vernichten."

Nachdem der Staatsanwaltschaft mit Präsidialverfügung vom 4. August 2017 Frist zur Stellungnahme angesetzt worden war (Urk. 6), beantragte sie in ihrer Vernehmlassung vom 14. August 2017 die Abweisung der Beschwerde (Urk. 8). Der Beschwerdeführer replizierte mit Eingabe vom 30. August 2017 (Urk. 13) innert der mit Präsidialverfügung vom 16. August 2017 angesetzten Frist (Urk. 12). Am 7. September 2017 verzichtete die Staatsanwaltschaft nach entsprechender Fristansetzung auf eine Duplik (Urk. 15 und Urk. 16). Das Verfahren erweist sich damit als spruchreif.

## II. Materielle Beurteilung

### 1. Begründung der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich zur Abweisung des Gesuches um Entfernung der Einvernahmeprotokolle

Die Staatsanwaltschaft führte zur Begründung ihrer Verfügung vom 26. Juli 2017 im Wesentlichen aus, es treffe zwar zu, dass Beweiserhebungen in Fällen, in welchen die Verteidigung erkennbar notwendig gewesen wäre, nur gültig seien, wenn die beschuldigte Person auf ihre Wiederholung verzichte (Art. 131 Abs. 3 StPO). Solche Beweiserhebungen seien jedoch nicht unverwertbar im Sinne von Art. 141 Abs. 5 StPO. Beweise, welche die Strafbehörden unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben hätten, dürften verwertet werden, soweit sie zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich seien (Art 141 Abs. 2 StPO). Im vorliegenden Fall sei von einer solchen schweren Straftat auszugehen. Letztlich obliege dem Sachgericht der Entscheid über die Verwertbarkeit der Einvernahmeprotokolle (Urk. 5 S. 1).

### 2. Begründung der Beschwerde

Zur Begründung seiner Beschwerde liess der Beschwerdeführer im Wesentlichen vorbringen, das gegen ihn wegen qualifizierter Widerhandlungen gegen das BetmG geführte Strafverfahren sei mittels der direkten Anordnung von Zwangsmassnahmen (Vorführungs- sowie Haus- und Durchsuchungsbefehl) am 8. Mai 2017 eröffnet worden. Seit dem Zeitpunkt der Anordnung der Zwangsmassnahmen sei der Bedarf einer notwendigen Verteidigung angesichts der drohenden Sanktion erkennbar gewesen. Dennoch hätten die polizeiliche Einvernahme vom 23. Mai 2017 und die Hafteinvernahme vom 24. Mai 2017 in Abwesenheit einer notwendigen Verteidigung stattgefunden. In solchen Fällen statuiere der deutsche Wortlaut von Art. 131 Abs. 3 StPO zwar - entgegen dem klaren französischen Gesetzestext - keine absolute Unverwertbarkeit, jedoch gehe eine solche aus den Materialien, der Literatur und der Rechtsprechung hervor. Das Bundesgericht sei gestützt auf den französischen Wortlaut des Gesetzes von einem Fall der Unverwertbarkeit ausgegangen (BGE 141 IV 289), und im Urteil 6B\_273/2017 habe es

festgehalten, dass Beweismittel aus den Akten zu entfernen seien, falls sie rechtswidrig beschafft worden seien. Das Obergericht des Kantons Bern habe in seinem Urteil vom 21. März 2016 festgehalten, dass die Unverwertbarkeit gemäss Art. 141 Abs. 1 StPO erst recht zu greifen habe, wenn der beschuldigten Person trotz erkennbarer notwendiger Verteidigung kein Verteidiger zur Seite gestellt werde (BK 2016 44, E. 4.4). Gleichermassen hätten sich das freiburgische Kantonsgericht und das Obergericht des Kantons Thurgau geäussert.

Die Staatsanwaltschaft bestreite nicht, dass die notwendige Verteidigung zu spät angeordnet worden sei, versuche nun aber diesen Mangel über Art. 141 Abs. 2 StPO zu umgehen. Ein solches Verhalten sei rechtsmissbräuchlich und dürfe nicht geschützt werden, ziele es doch gerade auf die Aushebelung der vom Gesetzgeber gewollten Verteidigung der ersten Stunde und der notwendigen Verteidigung ab.

Auch wenn nicht von einem absoluten Verwertungsverbot ausgegangen, sondern die Bestimmung von Art. 141 Abs. 2 StPO für anwendbar erachtet würde, so mangle es im vorliegenden Fall an der Voraussetzung der Unerlässlichkeit. Unerlässlich sei die Verwertung nur dann, wenn ohne den Beweis eine Verurteilung nicht möglich sei. Im vorliegenden Fall läge jedoch bereits eine Einvernahme einer Drittperson vor, gegen welche ebenfalls ein Strafverfahren wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz geführt worden sei und aufgrund von deren Aussagen grundsätzlich bereits eine Verurteilung erfolgen könnte. Ebenso sei beim Beschwerdeführer am 23. Mai 2017 eine Hausdurchsuchung durchgeführt worden, anlässlich welcher gewisse Mengen an Betäubungsmitteln hätten sichergestellt werden können. Die Einvernahmeprotokolle seien daher sowohl nach Art. 141 Abs. 1 StPO als auch nach Art. 141 Abs. 2 StPO unverwertbar (Urk. 2 S. 4 ff.).

### 3. Stellungnahme der Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich

Zur Begründung ihres Antrages auf Abweisung der Beschwerde führte die Staatsanwaltschaft im Wesentlichen aus, der von der amtlichen Verteidigerin zitierte BGE 141 IV 289 halte in Bezug auf Art. 131 Abs. 3 StPO zwar fest, dass der deutsche und italienische Wortlaut vom französischen Gesetzestext markant abweichen würden und in einem früheren Bundesgerichtsurteil (6B\_883/2013 vom 17. Februar 2014) gestützt auf den französischen Wortlaut im Ergebnis von einem Fall der Unverwertbarkeit ausgegangen worden sei. Gleichermassen werde im zitierten Bundesgerichtsentscheid festgehalten, dass in diesem früheren Urteil die divergierenden Gesetzestexte weder angesprochen noch thematisiert worden seien, und im Ergebnis habe das Bundesgericht offengelassen, wie es sich mit den materiellrechtlichen Fragen zur Auslegung von Art. 131 Abs. 3 StPO und Art. 141 StPO verhalte. Entgegen der Meinung der amtlichen Verteidigerin werde die Auffassung der Staatsanwaltschaft, die sich auf den klaren Wortlaut des Gesetzes stütze, sehr wohl auch in der Literatur vertreten, so beispielsweise im Zürcher Kommentar zu Art. 141 Abs. 1 StPO, in welchem ausgeführt werde, dass streitig sei, ob sich die Einordnung als absolute Gültigkeitsvorschriften auch ohne eine ausdrückliche Anordnung im Gesetz ergeben könne (Wolfgang Wohlers, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber, Kommentar zur StPO, 2. Auflage, Zürich 2014, Art. 141 N 19).

Im vorliegenden Fall seien die in Art. 141 Abs. 2 StPO aufgeführten Voraussetzungen aus den folgenden Gründen erfüllt: Mit ihren Aussagen habe B.\_\_\_\_\_ den Beschwerdeführer zwar mit dem Verkauf von 30-40 Gramm Crystal-Meth belastet. Ob sie diese Belastungen in einer Konfrontationseinvernahme aufrechterhalten werde und ob diese Belastung letztlich auch für eine Verurteilung ausreiche, könne derzeit nicht mit Sicherheit gesagt werden. Hinzu komme, dass sich der Beschwerdeführer selbst mit weitaus mehr Verkäufen belastet habe, als effektiv Belastungen von Drittpersonen vorhanden seien. So habe er sich anlässlich seiner polizeilichen Befragung vom 23. Mai 2017 geständig gezeigt, in den letzten 12 bis 18 Monaten insgesamt vier Lieferungen von ungefähr 60 Gramm Crystal-Meth an B.\_\_\_\_\_ und auch vereinzelt Methamphetamin an Kollegen verkauft zu haben,

insgesamt 10 oder 12 Gramm. Damit habe er sich selbst mit dem Verkauf von mindestens 70 Gramm Crystal-Meth belastet, wobei weniger als die Hälfte dieser Menge effektiv durch Aussagen von Drittpersonen gestützt würden. Insofern würden sich seine Aussagen als unerlässliche Beweismittel für eine Verurteilung wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das BetmG erweisen. Der Einwand der amtlichen Verteidigerin, dass am Wohnort des Beschwerdeführers gewisse Mengen an Betäubungsmitteln hätten sichergestellt werden können, vermöge an diesem Umstand nichts zu ändern, denn daraus könne nicht zwangsläufig auf einen Handel geschlossen werden und schon gar nicht im Umfang, in welchem der Beschwerdeführer den Handel eingestanden habe (Urk. 8 S. 2 f.).

#### 4. Replik des Beschwerdeführers

Replicando liess der Beschwerdeführer im Wesentlichen geltend machen, es könne nicht ohne Weiteres auf den deutschen Gesetzestext von Art. 131 Abs. 3 StPO abgestellt werden, wenn der französische und italienische Gesetzestext einen markant abweichenden Wortlaut aufweisen würden. Der Gesetzgeber habe mit Art. 141 Abs. 2 StPO nicht beabsichtigt, eine uneingeschränkte Ausnahmeklausel zu erlassen, welche den Zweck der notwendigen Verteidigung, der beschuldigten Person unter gewissen Umständen zwingend und sogar gegen deren Willen eine Rechtsvertretung zu besorgen, vollständig ausheble. Die von der Staatsanwaltschaft aufgeführten Gründe, weshalb die Einvernahmeprotokolle unerlässlich seien, vermöchten nicht darzulegen, dass ohne deren Vorhandensein eine Verurteilung nicht möglich sein solle. Es lägen Einvernahmen von Drittpersonen vor, gestützt auf welche grundsätzlich eine Verurteilung erfolgen könne (Urk. 13 S. 2 ff.).

#### 5. Rechtliches und Folgerungen

a) In Lehre und Rechtsprechung ist die Frage der Justiziabilität von Entscheidungen über Beweisverwertungsverbote im kantonalen Beschwerdeverfahren

noch nicht abschliessend geklärt. Die hiesige Kammer erachtete sich in früheren Entscheiden betreffend die Frage, ob die Staatsanwaltschaft in Verletzung von Art. 131 Abs. 3 StPO Beweise erhoben hatte, grundsätzlich als zuständig zur Prüfung entsprechender Rügen. Namentlich bejahte sie ein unmittelbares rechtlich geschütztes Interesse der beschuldigten Person, gegen die Weigerung der Staatsanwaltschaft, das umstrittene Beweismittel aus den Akten zu entfernen, vorgehen zu können (Beschlüsse der hiesigen Kammer UH150031-O vom 17. März 2015 E. 2 sowie UH150353-O vom 14. März 2016 E. II). In neueren Entscheiden bestätigte die hiesige Kammer die grundsätzliche Zulässigkeit der Beschwerde gegen einen Entscheid der Staatsanwaltschaft betreffend Beweisverwertungsverbote und im Grundsatz auch das unmittelbare rechtlich geschützte Interesse der beschuldigten Person an der Aufhebung oder Änderung solcher Verfügungen der Staatsanwaltschaft. Präzisierend erwog die Kammer jedoch, es bleibe trotzdem zu beachten, dass die Beschwerdeinstanz nicht Sachgericht sei und ihren Entscheid aufgrund der momentanen Aktenlage einer noch nicht abgeschlossenen und allenfalls noch zu vervollständigenden Strafuntersuchung zu treffen habe. Die Beschwerdeinstanz habe deshalb nicht ohne Not der Beweiswürdigung des Sachgerichts vorzugreifen. Sofern ein Beweismittel nicht eindeutig unverwertbar sei, sei es in den Akten zu belassen und auch nicht im Sinne von Art. 141 Abs. 5 StPO unter Verschluss zu halten (Beschlüsse der hiesigen Kammer UH150296-O vom 2. Dezember 2015 E. 3, UH160330-O vom 1. Februar 2017 E. II.2.1 [publiziert in der Entscheidsammlung der Gerichte Zürich; [www.gerichte-zh.ch](http://www.gerichte-zh.ch)] und UH160360-O vom 30. Januar 2017 E. II.1.4 je m. w. H.; vgl. dazu auch GUIDON, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 393 N 19).

Im Ergebnis bedeuten die letztgenannten Entscheide eine Annäherung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Zulässigkeitsvoraussetzung nach Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG, wonach das Bundesgericht grundsätzlich keinen Nachteil rechtlicher Natur darin erblickt, dass Beweismittel, deren Verwertbarkeit bestritten wird, in den Akten verbleiben, da die beschuldigte Person ihren Einwand bis zum Abschluss des Strafverfahrens erneut vorbringen und die Frage der Verwertbarkeit des Beweismittels namentlich dem Sachgericht unterbreiten kann. Vorbehalten

bleiben aber nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung diejenigen Fälle, in denen das Gesetz ausdrücklich die sofortige Rückgabe aus den Akten beziehungsweise Vernichtung rechtswidriger Beweise vorsieht oder wenn aufgrund des Gesetzes oder der Umstände des Einzelfalls die Rechtswidrigkeit des Beweismittels ohne Weiteres feststeht (BGE 141 IV 289 E. 1.3).

Die Voraussetzungen der Beschwerde in Strafsachen ans Bundesgericht richten sich zwar nach den Vorschriften des BGG und sind nicht mit den Zulässigkeitsvoraussetzungen der Beschwerde nach Art. 393 ff. StPO zu verwechseln. Dennoch haben die grundsätzlichen Überlegungen des Bundesgerichts zur institutionellen Aufgabenteilung auch für das (kantonale) Beschwerdeverfahren ihre Berechtigung. Zum einen bleibt es dabei, dass die Frage der Verwertbarkeit des Beweismittels der Beschwerdeinstanz unterbreitet werden kann, und zum anderen verhält es sich so, dass dem Sachgericht grundsätzlich auch die Würdigung der im Strafverfahren erhobenen Beweise und damit auch die Beurteilung deren Verwertbarkeit obliegt. Nachfolgend ist demzufolge lediglich zu prüfen, ob die Unverwertbarkeit der Einvernahmen des Beschwerdeführers vom 23. Mai 2017 und vom 24. Mai 2017 ohne Weiteres feststeht.

b) Die von der amtlichen Verteidigerin des Beschwerdeführers vertretene Auffassung, wonach das Bundesgericht in BGE 141 IV 289 gestützt auf den französischen Wortlaut von Art. 131 Abs. 3 StPO von einem Fall der Unverwertbarkeit ausgegangen sei, trifft nicht zu. Vielmehr hielt das Bundesgericht in E. 2.3 und 2.4 Folgendes fest:

"Es fällt auf, dass der deutsche und der italienische Wortlaut von Art. 131 Abs. 3 StPO vom französischen Gesetzestext markant abweichen. Während nach deutschem und italienischem Text eine Ungültigkeitsfolge vorgesehen ist ("nur gültig", "valido soltanto"), spricht der französische Wortlaut von Unverwertbarkeit ("ne sont pas exploitables"). Nach dem deutschen und dem italienischen Gesetzestext läge somit kein Fall von Art. 141 Abs. 1 Satz 2 StPO vor: Unverwertbarkeit (im Sinne von Satz 2) wäre nur gegeben, "wenn dieses Gesetz einen Beweis als unverwertbar bezeichnet". Weder der deut-



sche noch der italienische Wortlaut bezeichnen die Beweiserhebung in den Fällen von Art. 131 Abs. 3 StPO als unverwertbar.

Im Bundesgerichtsurteil 6B\_883/2013 vom 17. Februar 2014 E. 2.3 [in französischer Sprache] wurde gestützt auf den französischen Wortlaut im Ergebnis von einem Fall der Unverwertbarkeit ausgegangen. In diesem Urteil werden die divergierenden Gesetzestexte allerdings weder angesprochen noch thematisiert. Wie es sich mit den materiellrechtlichen Fragen zur Auslegung von Art. 131 Abs. 3 und Art. 141 StPO verhält, kann im vorliegenden Fall offenbleiben."

Das Bundesgericht hat somit die Frage offengelassen, ob Art. 131 Abs. 3 StPO eine Unverwertbarkeit von Beweiserhebungen in Fällen vorsieht, in denen die Verteidigung erkennbar notwendig gewesen wäre und Beweise erhoben wurden, bevor eine Verteidigung bestellt wurde. Damit steht gestützt auf Art. 131 Abs. 3 StPO eine Unverwertbarkeit der Einvernahmen des Beschwerdeführers vom 23. Mai 2017 und vom 24. Mai 2017 nicht ohne Weiteres fest. Es bleibt zu prüfen, ob gestützt auf Art. 141 Abs. 2 StPO ohne Weiteres von deren Unverwertbarkeit auszugehen ist.

c) Gemäss Art. 141 Abs. 2 StPO dürfen Beweise, die Strafbehörden in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich. In der Lehre wird bemängelt, dass der Gesetzgeber nicht erläutert, wann ein Beweismittel als *unerlässlich* zur Aufklärung einer schweren Straftat im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO anzusehen ist bzw. wie eine solche Unerlässlichkeit festzustellen ist (BSK StPO-Gless, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 141 N 73 m.w.H.).

Die Staatsanwaltschaft hat im Rahmen ihrer Vernehmlassung vom 14. August 2017 dargelegt, weshalb nach ihrer Auffassung die Protokolle der Einvernahmen des Beschwerdeführers vom 23. Mai 2017 und vom 24. Mai 2017 zumindest angesichts des gegenwärtigen Standes der Ermittlungen als unerlässliche Beweismittel für eine Verurteilung wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das BetmG

zu qualifizieren sind (insbesondere wegen der Unsicherheit, ob B.\_\_\_\_\_ ihre Belastung des Beschwerdeführers in einer Konfrontationseinvernahme aufrechterhalten wird und ob diese Belastung letztlich auch für eine Verurteilung ausreicht). Mangels einer Definition der in Art. 141 Abs. 2 StPO verwendeten Formulierung "unerlässlich zur Aufklärung einer schweren Straftat" durch den Gesetzgeber und einer entsprechenden gefestigten, höchstrichterlichen Rechtsprechung steht in der vorliegenden Konstellation die Unverwertbarkeit der Einvernahmeprotokolle gestützt auf Art. 141 Abs. 2 StPO nicht ohne Weiteres fest.

d) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im vorliegenden Fall weder gestützt auf Art. 131 Abs. 3 StPO noch auf Art. 141 Abs. 2 StPO ohne Weiteres die Unverwertbarkeit der Einvernahmen des Beschwerdeführers vom 23. Mai 2017 und vom 24. Mai 2017 feststeht. Es steht dem Sachgericht frei, aufgrund der Aktenlage, wie sie sich im Zeitpunkt seines Entscheids darstellt, einen eigenständigen Entscheid bezüglich der Verwertbarkeit zu treffen. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

### **III. Kosten- und Entschädigungsfolgen**

Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen hat im Endentscheid zu erfolgen (Art. 421 Abs. 1 StPO). Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren ist zuhanden des urteilenden Gerichts in Beachtung der Bemessungskriterien von § 2 Abs. 1 lit. b-d GebV OG (Bedeutung des Falls, Zeitaufwand des Gerichts, Schwierigkeit des Falls) und gestützt auf § 17 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 1'000.– festzusetzen.

Die Entschädigung der amtlichen Verteidigung für ihre im Beschwerdeverfahren getätigten Aufwendungen wird durch das urteilende Gericht am Ende des Strafverfahrens festzusetzen sein (Art. 135 Abs. 2 StPO).

**Es wird beschlossen:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren wird auf Fr. 1'000.– festgesetzt.
3. Die Regelung der Kostenaufgabe und allfälliger Entschädigungen wird dem Endentscheid vorbehalten.
4. Schriftliche Mitteilung an:
  - RA MLaw X.\_\_\_\_\_, zweifach für sich und zuhanden des Beschwerdeführers (per Gerichtsurkunde)
  - die Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich ad C-7/2017/10014698 unter gleichzeitiger Rücksendung der beigezogenen Akten (Urk. 9; gegen Empfangsbestätigung)
5. Rechtsmittel:

Gegen diesen Entscheid kann unter den einschränkenden Voraussetzungen von Art. 93 des Bundesgerichtsgesetzes **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.

Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang an gerechnet, bei der Ersten öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts (1000 Lausanne 14) in der in Art. 42 des Bundesgerichtsgesetzes vorgeschriebenen Weise schriftlich einzureichen. Die Beschwerdelegitimation und die weiteren Beschwerdevoraussetzungen richten sich nach den massgeblichen Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes.

Zürich, 2. Oktober 2017

Obergericht des Kantons Zürich  
III. Strafkammer

Präsident:

Gerichtsschreiber:

lic. iur. Th. Meyer

Dr. A. Brüsweiler