

Obergericht des Kantons Zürich

III. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: UH120368-O/U/HEI

Mitwirkend: die Oberrichter lic. iur. Th. Meyer, Präsident, lic. iur. W. Meyer und
Dr. D. Schwander sowie die Gerichtsschreiberin Dr. A. Scheidegger

Beschluss vom 24. April 2013

in Sachen

A. _____,

Beschwerdeführer

verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X. _____

gegen

Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl,

Beschwerdegegnerin

betreffend **Entfernung / Siegelung von Einvernahmen**

**Beschwerde gegen die Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom
28. November 2012, F-2/2009/916**

Erwägungen:

I.

1. Am 24. Januar 2009, um ca. 3.20 Uhr, kollidierte an der ...-Strasse ... in Zürich der Fussgänger B._____ mit dem auf seinem Fahrrad ohne Licht in Richtung ... fahrenden †C._____, der bei seinem Sturz ein schweres Schädel-/Hirntrauma mit einer Schädelfraktur und massiven Hirnverletzungen und -blutungen erlitt und wenige Stunden später im D._____ seinen Verletzungen erlag. Nach polizeilichen Befragungen von B._____ als Angeschuldigtem und dem ihn am betreffenden Abend begleitenden A._____ als Auskunftsperson sowie weiteren polizeilichen Ermittlungen rapportierte die Stadtpolizei Zürich am 1. Februar 2009 gegen B._____ wegen fahrlässiger Tötung etc. (Urk. 9/1; Urk. 9/3/1-2; Urk. 9/4/1; Urk. 9/9/2). Nachdem A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) im Zuge der gegen B._____ geführten Untersuchung am 12. Februar 2010 als Zeuge einvernommen worden war (Urk. 9/4/2), eröffnete die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) auch gegen ihn eine Strafuntersuchung wegen fahrlässiger Tötung (Urk. 9/4/3). Konkret wird den beiden Beschuldigten vorgeworfen, sich vor und während des Überquerens der gut überschaubaren und beleuchteten Fahrbahn an einer Stelle ohne Fussgängerstreifen pflichtwidrig nicht ausreichend darüber vergewissert zu haben, dass sich kein Fahrzeug nähert und so den herannahenden, aus einer Distanz von mindestens 70 Metern und während einer Dauer von mindestens 8 Sekunden sichtbaren Fahrradfahrer nicht bzw. zu spät wahrgenommen zu haben. Durch das Betreten bzw. Überqueren der Strasse hätten die Beschuldigten zusammen bzw. jeder für sich allein ein Hindernis für †C._____ dargestellt und diesem den Vortritt verweigert, was zur Kollision zwischen B._____ und dem Fahrrad von †C._____ und damit zum Sturz von †C._____ geführt habe, bei dem sich Letzterer die erwähnten Kopfverletzungen zugezogen habe, an denen er verstarb (Urk. 9/3/7 S. 5 f.).

Nachdem dem Beschwerdeführer von der Staatsanwaltschaft mit Schreiben vom 5. November 2012 die bevorstehende Anklageerhebung wegen fahrlässiger Tötung mitgeteilt und Frist zur Stellung von Beweisanträgen angesetzt worden

war (Urk. 9/14/2), verzichtete dieser mit Eingabe vom 19. November 2012 auf Beweisanträge, stellte aber den Antrag, die Protokolle seiner polizeilichen Befragung vom 26. Januar 2009 und seiner Zeugeneinvernahme vom 12. Februar 2010 seien umgehend aus den Strafakten zu entfernen bzw. diese seien zu siegeln (Urk. 4/2 = Urk. 9/14/3). Mit Schreiben vom 28. November 2012 gab die Staatsanwaltschaft dem Antrag des Beschwerdeführers nicht statt (Urk. 3 = Urk. 4/3 = Urk. 9/14/4).

2. Mit Eingabe vom 10. Dezember 2012 erhob der Beschwerdeführer gegen die erwähnte materielle Verfügung der Staatsanwaltschaft fristgerecht Beschwerde mit den folgenden Anträgen (Urk. 2 S. 2):

" 1. Die Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 28. November 2012 sei aufzuheben und gleichzeitig sei folgender Antrag des Beschwerdeführers gutzuheissen:

Es sei festzustellen, dass die polizeiliche Einvernahme des Beschwerdeführers als Auskunftsperson vom 26. Januar 2009 sowie die staatsanwaltliche Einvernahme des Beschwerdeführers als Zeuge vom 12. Februar 2010 als Beweismittel im vorliegenden Strafverfahren unverwertbar sind und es sei anzuordnen, dass diese Einvernahmen umgehend aus den Strafakten zu entfernen bzw. zu siegeln sind;

Eventualiter sei die Verfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 28. November 2012 aufzuheben und zur neuen Entscheidung zurück zu weisen;

2. Sämtliche Verfahrenskosten seien auf die Staatskasse zu nehmen;

3. Dem Beschuldigten sei eine angemessene Entschädigung für das Beschwerdeverfahren (zuzüglich 8% MwSt) auszurichten."

Zugleich stellte er den folgenden prozessualen Antrag (Urk. 2 S. 3):

"Es sei sicherzustellen, dass die gesamten Akten des Beschwerdeverfahrens inklusive Antrag des Beschwerdeführers vom 19. November 2012 an die Beschwerdegegnerin sowie deren Antwort vom 28. November 2012 keinen Eingang in die Verfahrensakten des vorliegenden

Strafverfahrens (F-2/2009/916) finden bzw. eventualiter versiegelt werden."

3. Mit Verfügung vom 19. Dezember 2012 wurde der Staatsanwaltschaft die Beschwerdeschrift zur Stellungnahme übermittelt. Zugleich wurde die Staatsanwaltschaft ersucht, die Untersuchungsakten einzureichen (Urk. 6). Mit Eingabe vom 21. Dezember 2012 hat die Staatsanwaltschaft auf Stellungnahme verzichtet (Urk. 8) und die Untersuchungsakten eingereicht (Urk. 9). Das Verfahren erweist sich damit als spruchreif.

II.

1. Die Staatsanwaltschaft führte zur Begründung der Abweisung der vom Beschwerdeführer gestellten Anträge auf Entfernung der Einvernahmeprotokolle bzw. deren Siegelung im Wesentlichen Folgendes aus (Urk. 3):

Weder der polizeiliche Sachbearbeiter noch sie selber seien zu Beginn der Strafuntersuchung von einer direkten Beteiligung des Beschwerdeführers an der fahrlässigen Tötung von †C._____ ausgegangen. Erst nachdem der Beschwerdeführer anlässlich seiner Einvernahme als Zeuge vom 12. Februar 2010 ausgeführt gehabt habe, †C._____ habe auf eine Seite ausweichen müssen und wäre gegen ihn "gedonnert", wenn er (†C._____) nach hinten ausgewichen wäre, sowie nachdem der Verteidiger von B._____ im Rahmen eines nach der Einvernahme des Beschwerdeführers geführten Telefonats darauf hingewiesen habe, dass unter diesen Umständen nicht klar sei, wer von den beiden jungen Männern den Tod von †C._____ bewirkt habe, sei gegen den Beschwerdeführer ein Strafverfahren eröffnet worden, weil nunmehr dessen direkte Tatbeteiligung im Raum gestanden habe. Die Einvernahme vom 12. Februar 2010 sei somit verwertbar. Im Übrigen sei tatsächlich davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer zu Beginn der polizeilichen Befragung vom 26. Januar 2009 nicht auf sein Aussageverweigerungsrecht aufmerksam gemacht worden sei. Allerdings sei zu beachten, dass eine Belehrung polizeilicher Auskunftspersonen unter dem Regime der damals geltenden Zürcherischen Strafprozessordnung nur vorgesehen gewesen sei, wenn Anhalts-

punkte für ein Zeugnisverweigerungsrecht bestanden hätten und dass eine solche Belehrung gemäss damaliger polizeilicher Praxis häufig keinen Eingang ins Protokoll einer polizeilichen Befragung gefunden habe. Gemäss ZR 96 (1997) Nr. 45 sei eine im Rahmen einer polizeilichen Befragung als Auskunftsperson getätigte Aussage verwertbar gewesen, wenn im anschliessenden Untersuchungsverfahren die als Zeuge einvernommene Person nach erfolgter Rechtsbelehrung auf die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts verzichtet und ihre bei der Polizei gemachten Aussagen nicht geändert habe, was vorliegend der Fall sei. Da die Aussagen somit nach Zürcherischer Strafprozessordnung verwertbar seien, behielten sie nach Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung ihre Gültigkeit. Über die Verwertbarkeit der Aussagen werde dereinst abschliessend das Sachgericht zu entscheiden haben. Selbst wenn indessen die beiden Protokolle nicht verwertbar wären, sei festzuhalten, dass die Zürcherische Strafprozessordnung eine Entfernung der Beweisstücke aus den Akten nicht vorgesehen habe, sondern die Beweise vom Richter vielmehr nicht zu beachten gewesen seien. Darüber hinaus käme vorliegend eine Entfernung der Protokolle aus den Akten bereits deshalb nicht in Betracht, weil es mit B._____ einen weiteren Beschuldigten gebe und gemäss Art. 141 StPO unverwertbare Beweise, welche nur bezüglich einzelner von mehreren Beschuldigten unverwertbar seien und/oder bei denen lediglich eine Verwertung zum Nachteil der beschuldigten Person verboten sei, nicht aus den Akten zu entfernen seien.

2. Der Beschwerdeführer führt zur Begründung seiner Beschwerde im Wesentlichen Folgendes aus (Urk. 2 S. 4 ff.):

Da er zu Beginn seiner polizeilichen Befragung vom 26. Januar 2009 nicht wie in § 149b Abs. 2 StPO/ZH vorgesehen über sein Aussageverweigerungsrecht und die Bedeutung seiner Aussage belehrt worden sei, sei die Befragung nicht verwertbar und ungültig. Diese Unverwertbarkeit und Ungültigkeit wirke auch unter dem Regime der neuen Schweizerischen Strafprozessordnung fort.

Nachdem aufgrund der kongruenten Aussagen des Mitbeschuldigten B._____ anlässlich dessen polizeilicher Befragung vom 24. Januar 2009 und seiner eigenen Aussagen anlässlich der polizeilichen Befragung vom 26. Januar 2009 seine Beteiligung als Täter oder Teilnehmer an der abzuklärenden Straftat

nicht habe ausgeschlossen werden können, hätte er am 12. Februar 2010 zwingend als Auskunftsperson und nicht als Zeuge einvernommen werden müssen. In der Folge sei gegen ihn hinsichtlich des genannten Vorfalles ebenfalls ein Strafverfahren eröffnet worden und er sei am 16. November 2010 als Angeschuldigter einvernommen worden. Die Zeugeneinvernahme vom 12. Februar 2010 sei somit nicht verwertbar und ungültig, was auch unter dem Regime der neuen Schweizerischen Strafprozessordnung zu berücksichtigen sei. Die Aufzeichnungen über unverwertbare Beweise seien gemäss Art. 141 Abs. 5 StPO aus den Strafakten zu entfernen, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss zu halten und anschliessend zu vernichten. Die Staatsanwaltschaft habe seinen Entfernungs- bzw. Siegelungsantrag daher zu Unrecht abgewiesen. Da vorliegend die Unbefangenheit des Sachrichters sicherzustellen sei und dieser Zweck durch eine Einbringung der Akten des Beschwerdeverfahrens in die Verfahrensakten unterlaufen würde, sei sicherzustellen, dass die Akten des Beschwerdeverfahrens keinen Eingang in die Untersuchungsakten fänden bzw. gesiegelt würden.

3.1. Sowohl die polizeiliche Befragung des Beschwerdeführers vom 26. Januar 2009 als auch die staatsanwaltliche Einvernahme vom 12. Februar 2010 wurden vor Inkrafttreten der eidgenössischen Strafprozessordnung per 1. Januar 2011, mithin unter dem Geltungsbereich der Strafprozessordnung des Kantons Zürich vom 4. Mai 1919 (StPO/ZH) durchgeführt. Gemäss Art. 448 Abs. 2 StPO ist deren Gültigkeit nach der damals geltenden Zürcherischen Strafprozessordnung zu beurteilen, während sich die Frage, wie mit unverwertbaren Beweisen weiter zu verfahren ist, gemäss Art. 448 Abs. 1 StPO nach neuem Recht beurteilt (vgl. zum Ganzen auch Schmid, Übergangsrecht der Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], Zürich/St. Gallen 2010, N 17 ff., der allerdings an anderer Stelle – teilweise relativierend – davon ausgeht, bei Rollenwechseln entscheide sich der Beweiswert der früher in anderer Funktion gemachten Aussagen "tendenziell" nach neuem Recht [vgl. ebenda, N 155 FN 72]).

3.2.1. Es stellt sich zunächst die Frage, ob die polizeiliche Befragung des Beschwerdeführers vom 26. Januar 2009 ordnungsgemäss erfolgte, mithin ob die

anlässlich dieser Befragung getätigten Aussagen des Beschwerdeführers verwertbar sind:

a) Unter dem Geltungsbereich der Zürcherischen Strafprozessordnung konnte die Polizei lediglich als Ausfluss ihres allgemeinen Ermittlungsauftrags i.S.v. § 72a des Zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetzes vom 13. Juni 1976 (GVG/ZH) Personen, welche durch sie nicht als Angeschuldigte behandelt wurden, protokollarisch befragen und zwar als Auskunftsperson "sui generis", d.h. nicht in Form der Auskunftsperson von § 149a f. StPO (Schmid, Zur Auskunftsperson, insbesondere nach zürcherischem Strafprozessrecht, ZStrR 112 [1994] S. 87 ff., S. 113 f.; Donatsch, in: Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, hrsg. von Donatsch/Schmid, Zürich 1996 etc., § 149a N 6). Ob die einzuvernehmende Person als potenzieller Zeuge oder als Auskunftsperson in Betracht fiel, musste von der Polizei somit nicht entschieden werden (Schmid, Auskunftsperson, a.a.O., S. 114). Die Belehrungspflicht über allfällige Zeugnisverweigerungsrechte traf auch die Polizei, wenn Anhaltspunkte dafür bestanden, dass solche vorliegen könnten (ZR 96 [1997] Nr. 45 S. 121; ZR 91/92 [1992/1993] Nr. 8 S. 14; Donatsch, in: Donatsch/Schmid [Hrsg.], a.a.O., § 132 N 11 m.w.H.). Indessen war eine Person, die später im Untersuchungsverfahren als Auskunftsperson in Frage kam, von der Polizei nicht notwendigerweise auf ihr Aussageverweigerungsrecht i.S.v. § 149b Abs. 2 StPO/ZH hinzuweisen, da auch ein Beschuldigter gemäss § 11 Abs. 1 StPO/ZH nicht bereits im Ermittlungsverfahren auf sein Aussageverweigerungsrecht hinzuweisen war (ZR 96 [1997] Nr. 31 S. 87 f.; Schmid, Auskunftsperson, a.a.O., S. 114 f.; im Ergebnis ebenso Donatsch, in: Donatsch/Schmid [Hrsg.], a.a.O., § 149b N 33, mit Ausnahme der Konstellation von § 149a Ziff. 1). Beweismässig verwertbar waren die polizeilich protokollierten Aussagen generell lediglich, wenn die betreffende Person anschliessend noch ordnungsgemäss durch die Staatsanwaltschaft oder das Gericht einvernommen wurden und dabei auf die Ausübung des Aussageverweigerungsrechts verzichteten (ZR 86 [1987] Nr. 87, insbes. S. 208; ZR 96 [1997] Nr. 45 S. 122; Schmid, Strafprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 2004, N 620, N 649, N 659b).

b) Vorliegend wurde der Beschwerdeführer am 26. Januar 2009 von der Polizei als Auskunftsperson sui generis protokollarisch befragt (Urk. 9/4/1). Da nach dem Gesagten eine Belehrung über die strafprozessualen Rechte, insbesondere das Aussageverweigerungsrecht, bei einer polizeilichen Befragung nach zürcherischer Strafprozessordnung weder bei Personen, die später im Untersuchungsverfahren als Auskunftspersonen in Betracht kamen noch bei beschuldigten Personen vorgesehen war, sind die protokollierten Aussagen unter dem Vorbehalt einer nachfolgenden ordnungsgemässen Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft grundsätzlich verwertbar.

3.2.2. Es ist somit nachfolgend zu prüfen, ob die Zeugeneinvernahme des Beschwerdeführers vom 12. Februar 2010 ordnungsgemäss erfolgt ist:

a) Als Zeuge war nach den Vorschriften von §§ 128 ff. StPO/ZH einzuvernehmen, wer ohne selber Beschuldigter bzw. Mitbeschuldigter, Sachverständiger oder Auskunftsperson zu sein, vor der Untersuchungsbehörde oder dem Gericht Aussagen über eigene deliktsrelevante Wahrnehmungen machen sollte (Donatsch, in: Donatsch/Schmid [Hrsg.], a.a.O., Vorbem. §§ 128 ff. N 1; Schmid, Strafprozessrecht, a.a.O., N 628). Demgegenüber waren nach § 149a Ziff. 2 StPO/ZH Personen, welche ohne selber der abzuklärenden Straftat beschuldigt oder verdächtigt zu werden, als Täter oder Teilnehmer der Tat oder einer mit ihr in Zusammenhang stehenden anderen strafbaren Handlung nicht ausgeschlossen werden konnten, als Auskunftspersonen einzuvernehmen. Gedacht wurde dabei vorab an Fälle mit unbekannter Täterschaft, bei denen mehrere Personen als Täter in Betracht kamen. Bei Fehlen eines konkret auf eine bestimmte Person hinweisenden Verdachts, waren die als Täter in Frage kommenden, aber nicht konkret verdächtigen Personen als Auskunftspersonen einzuvernehmen. Die sich den Untersuchungsbehörden präsentierende Sachlage musste mithin den Schluss zulassen, dass die zu befragende Person selbst in das Gegenstand der Befragung bildende Delikt verwickelt sein könnte (Schmid, Auskunftsperson, a.a.O., S. 94 f.). Der Entscheid war von der befragenden Person, mithin dem Untersuchungsbeamten oder dem Richter, aufgrund der sich im Zeitpunkt der Befragung ergebenden Sach- und Rechtslage zu treffen, wobei davon auszugehen war, dass ohne

konkrete Hinweise eine Person am zu untersuchenden Straftatbestand unbeteiligt zu erachten war und demnach primär als Zeuge in Betracht fiel (Donatsch, in: Donatsch/Schmid [Hrsg.], a.a.O., § 149a N 15, N 17; Schmid, Auskunftsperson, a.a.O., S. 99).

Da indessen eine (materiell) als Beschuldiger in Frage kommende Person a priori nicht Zeuge sein kann, durften die entsprechenden Aussagen nicht verwertet werden, wenn sich im Laufe des Strafverfahrens herausstellte, dass der Betreffende als Beschuldiger hätte einvernommen werden müssen. Dies galt nach der herrschenden sog. materiellen Lehre sowohl für die Konstellation, dass im Laufe des Verfahrens eingeräumt werden musste, dass gegen die einvernommene Person bereits im Zeitpunkt der Einvernahme ein konkreter Tatverdacht bestanden hatte und die Rollenzuweisung somit von Anfang an fehlerhaft war (sog. unechter Rollenwechsel) als auch für den Fall, dass ihr aufgrund der damaligen Verdachtslage noch keine Beschuldigtenstellung zugekommen, sie mithin zutreffend als Zeuge einvernommen worden war (sog. echter Rollenwechsel; vgl. zum Ganzen Schmid, Strafprozessrecht, a.a.O., N 462 m.w.H.; ders., in: Donatsch/Schmid [Hrsg.], a.a.O., Vorbem. §§ 150 ff. N 12, N 14 f.; Donatsch, in: Donatsch/Schmid [Hrsg.], a.a.O., Vorbem. §§ 128 ff. N 9, § 131 N 2, § 149a N 24).

b) Vorliegend hat sich der Beschwerdeführer im Laufe des Strafverfahrens als an der fahrlässigen Tötung von †C._____ beteiligt dringend verdächtig herausgestellt. Nach dem Gesagten kann offen bleiben, ob im Zeitpunkt der Zeugen einvernahme eine Tatbeteiligung des Beschwerdeführers erkennbar nicht ausgeschlossen werden konnte, ob er mithin als Auskunftsperson einzuvernehmen gewesen wäre. Entscheidend ist vorliegend allein, dass der Beschwerdeführer zum abzuklärenden Sachverhalt als Zeuge einvernommen wurde, sich diesbezüglich aber im Verlauf des Strafverfahrens als Beschuldiger entpuppt hat. Die entsprechenden Zeugenaussagen sind somit nicht verwertbar, soweit sie ihn belasten. Damit sind auch die anlässlich der polizeilichen Befragung vom 26. Januar 2009 getätigten Aussagen nicht gegen den Beschwerdeführer verwertbar.

c) Zum gleichen Ergebnis würde auch eine Beurteilung nach neuem Recht führen: Sowohl bei unechten wie auch bei echten Rollenwechseln resultiert ein

absolutes Beweisverwertungsverbot i.S.v. Art. 141 Abs. 1 StPO für die getätigten Zeugenaussagen. Im Fall eines unechten Rollenwechsels liegt dies daran, dass eine Einvernahme als beschuldigte Person i.S.v. Art. 157 ff. StPO hätte stattfinden müssen und bei einer Einvernahme als Zeuge die nach Art. 158 Abs. 1 lit. a und b StPO vorgesehene Belehrung unterblieben ist, weshalb das in Art. 158 Abs. 2 StPO statuierte absolute Verwertungsverbot greift. Im Fall eines echten Rollenwechsels ist die Einvernahme als Zeuge zwar insoweit korrekt erfolgt. Gleichwohl ist als Folge der Selbstbelastungsfreiheit ("Nemo-tenetur-Prinzip", Art. 113 StPO) ein absolutes Verwertungsverbot i.S.v. Art. 158 Abs. 2 StPO für sämtliche Einvernahmen, welche vor einer Belehrung nach Art. 158 Abs. 1 lit. a-d StPO vorgenommen wurden, anzunehmen. Nicht entscheidend ist mithin auch unter neuem Recht, ob die Hinweispflicht verkannt oder missachtet worden war oder ob im früheren Zeitpunkt aufgrund der damaligen Verdachtslage für die entsprechenden Hinweise noch kein Anlass bestanden hatte (Godenzi, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], Art. 158 N 42 f. m.w.H.; vgl. auch Riedo/Fiolka/Niggli, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011, N 1284 f.; Ruckstuhl, in: BSK StPO, a.a.O., Art 158 N 4; Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009, N 658, N 906).

3.2.3.a) Die Aufzeichnungen über unverwertbare Beweise sind gemäss Art. 141 Abs. 5 StPO aus den Strafakten zu entfernen und bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss zu halten und hernach zu vernichten. Dadurch soll dem Verwertungsverbot zu grösstmöglicher Effizienz verholfen und verhindert werden, dass die unverwertbaren Beweise nicht doch in die Beweisfindung einfliessen. Ein solches Vorgehen ist indessen von vornherein undurchführbar, wenn die Beweise lediglich im Hinblick auf einzelne von mehreren beschuldigten Personen unverwertbar sind und/oder bei denen lediglich eine Verwertung zum *Nachteil* der beschuldigten Person verboten ist (Wohlers, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], a.a.O., Art. 141 N 10; ebenso Gless, in: BSK StPO, a.a.O., Art. 141 N 107 f.).

b) Aufgrund der festgestellten Unverwertbarkeit der Einvernahmeprotokolle wären diese gemäss Art. 141 Abs. 5 StPO aus den Strafakten zu entfernen und

bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens unter separatem Verschluss zu halten und hernach zu vernichten. Dies würde jedenfalls bei einem allein gegen den Beschwerdeführer gerichteten Strafverfahren gelten, sofern die als unverwertbar qualifizierten Beweise ihn ausschliesslich belasten. In der hier interessierenden Konstellation wird indessen ein Strafverfahren gegen zwei Mitbeschuldigte geführt. Soweit es in einem Strafverfahren um einen gemeinsamen Tatvorwurf geht, betrifft jede Einlassung eines Beschuldigten auch Umstände, die bei der Beurteilung der Strafbarkeit des anderen Beschuldigten relevant sein können. Vorliegend hat der Beschwerdeführer den Mitbeschuldigten B. _____ beispielsweise insoweit entlastet, als er sich zu dessen Zustand nach dem gemeinsamen Alkoholkonsum im Lokal "... " geäussert und überdies ausgesagt hat, sie beide hätten die Strasse erst betreten, nachdem sie sich ausreichend darüber vergewissert hätten, dass sich kein Fahrzeug genähert habe (Urk. 9/4/2 S. 3 ff.). Es stellt sich daher – vorliegend einzig wesentlich – zunächst die Frage, ob die gegen den Beschwerdeführer nicht verwertbaren Zeugenaussagen grundsätzlich verwertet werden dürfen, soweit sie den Mitbeschuldigten B. _____ entlasten. Bei einer Bejahung der Verwertbarkeit als Entlastungsbeweis ist deren Würdigung, insbesondere der entlastenden Wirkung neben den weiteren vorhandenen Beweisen, dem dereinst zuständigen Sachgericht vorbehalten.

Vor Einführung der Schweizerischen Strafprozessordnung galt der allgemeine Grundsatz, dass Beweisverwertungsverbote immer nur zu Gunsten der betroffenen Person wirken, nicht zu ihren Lasten. Verwertbar waren die unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften erlangten Beweise indessen zugunsten der betreffenden Partei, mit der Begründung, dass eine gegenteilige Auslegung einem Zuwiderhandeln gegen den Schutzgedanken der Unverwertbarkeit von Beweismitteln gleich käme (ZR 73 [1974] Nr. 44 S. 108; KassGer ZH vom 31. März 2005 [AC040117], E. II.2b; BGer vom 5. März 2001 [1A.303/2000], E. 2b, BGer vom 28. April 2006 [6P.54/2006], E. 3; Hauser/Schweri/Hartmann, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, § 60 N 13, ferner § 62 N 32; Walder, Rechtswidrig erlangte Beweise im Strafprozess, ZStrR 82 [1966] S. 36 ff., S. 50). Ob Beweisverbote nach dem Recht der neuen Strafprozessordnung Belastungs- oder auch Entlastungsverbote sind, ist strittig. Klar erscheint lediglich, dass in Ver-

letzung von Art. 140 StPO erhobene Beweise auch nicht zugunsten der betroffenen Person verwertet werden können (vgl. anstatt Vieler Gless, in: BSK StPO, a.a.O., Art. 140 N 72 m.w.H.; Wohlers, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], a.a.O., Art. 140 N 1 m.w.H.). Art. 141 StPO unterscheidet nicht zwischen Verwertungsverboten zugunsten und zulasten des Beschuldigten. Tendenziell sprechen sich das Schrifttum und die zu dieser konkreten Frage noch spärlich vorhandene Rechtsprechung aber für ein blosses Belastungsverbot aus (vgl. Beschluss der Beschwerdekammer in Strafsachen des Berner Obergerichts vom 18. Juni 2012 [BK 2012 62], E. 4.2.; Gless, in: BSK StPO, a.a.O., Art. 141 N 115 f.; Häring, Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung – alte Zöpfe oder substantielle Neuerungen?, ZStrR 126 [2008] S. 225 ff., S. 235 f.; Bénédict/Treccani, in: Code de procédure pénale suisse, hrsg. von Kuhn/Jeanneret, Basel 2011, Vorbem. zu Art. 139-141 N 18 f. sowie Art. 141 N 31 ff.; a.M. Donatsch/Cavegn, Ausgewählte Fragen zum Beweisrecht nach der schweizerischen Strafprozessordnung, ZStrR 126 [2008] S. 158 ff., S. 166 f.; Wohlers, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], a.a.O., Art. 141 N 12, N 19). In Fortführung bisheriger Lehre und Praxis ist von einem reinen Belastungsverbot auszugehen. Die gegenteilige, sich allein auf aus Art. 141 Abs. 5 StPO ergebende faktische Probleme stützende Ansicht vermag nicht zu überzeugen. Schliesslich ergeben sich dieselben Probleme hinsichtlich der Aktenführung auch in denjenigen Konstellationen, in denen die Strafprozessordnung eine gespaltene Verwertbarkeit ausdrücklich vorsieht (vgl. beispielsweise Art. 147 Abs. 4 StPO). Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass der Gedanke, einen Unschuldigen zu verurteilen, weil entlastende Beweise nicht verwertet werden dürfen, unerträglicher erscheine als der Gedanke, einen offensichtlich Schuldigen mangels verwertbarer Beweise freizusprechen, weshalb das Prinzip der materiellen Wahrheit durchschlagen müsse (vgl. Beschluss der Beschwerdekammer in Strafsachen des Berner Obergerichts vom 18. Juni 2012 [BK 2012 62], E. 4.2.).

c) Da somit sowohl nach Zürcherischer als auch nach Schweizerischer Strafprozessordnung von einem reinen Belastungsverbot auszugehen ist, sind die zugunsten des Beschwerdeführers verwertbaren Beweise auch als Entlastungsbeweise zugunsten des Mitbeschuldigten B._____ verwertbar. Im Ergebnis wäre

damit in vorliegender Konstellation die Entfernung der Einvernahmeprotokolle aus den Akten lediglich bei einer Trennung der Verfahren realisierbar. Eine solche erscheint indessen nicht angebracht: Nach dem Grundsatz der Verfahrenseinheit, welcher die Verhinderung sich widersprechender Urteile bezweckt und somit das Gleichbehandlungsgebot (Art. 8 BV) gewährleistet sowie der Prozessökonomie dient (BGE 138 IV 219; BGE 138 IV 31), sind Straftaten u.a. dann gemeinsam zu verfolgen und zu beurteilen, wenn Mittäterschaft oder Teilnahme vorliegt (Art. 29 Abs. 1 lit. b StPO; vgl. auch Art. 33 StPO). Von dieser Bestimmung werden ebenso die mittelbare Täterschaft sowie die Nebentäterschaft erfasst (BGE 138 IV 31 m.w.H.). Eine Verfahrenstrennung ist gemäss Art. 30 StPO nur bei Vorliegen sachlicher Gründe zulässig, soll nicht leichthin vorgenommen werden und muss die Ausnahme bleiben. In Rechtsprechung und Literatur werden als solche sachlichen Gründe vor allem solche genannt, die im weitesten Sinne der Verfahrensbeschleunigung dienen sollen (BGE 138 IV 219, mit Verweis auf BGer vom 21. Dezember 2011 [1B_684/2011], E. 3.2.; Bartetzko, in: BSK StPO, a.a.O., Art. 30 N 3 f.; Fingerhuth/Lieber, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Hrsg.], a.a.O., Art. 30 N 2; Schmid, StPO Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009, Art. 30 N 2). Aufgrund der sich bei einer Trennung der Verfahren ergebenden Probleme ist eine solche bei Verfahren gegen Täter, deren Strafbarkeit voneinander abhängen und/oder wenn die Beweisführung wesentlich von den Aussagen des jeweils anderen Beschuldigten abhängt, nicht zu trennen (Schmid, StPO Praxiskommentar, a.a.O., Art. 30 N 4). Vorliegend gilt es, eine einheitliche Sachverhaltsermittlung und rechtliche Würdigung zu gewährleisten und damit dem Gleichbehandlungsgebot Nachachtung zu verschaffen. Dieses Ziel ist höher zu gewichten als die Beachtung der vorgesehenen Modalitäten zur Durchsetzung eines Beweisverbots. Die Beweisführung hängt sodann mangels unabhängiger Tatzeugen wesentlich von den Aussagen der beiden Beschuldigten ab, soweit diese verwertet werden dürfen. Dies spricht gegen eine Trennung der Verfahren. Umgekehrt ist das Interesse des Mitbeschuldigten B. _____ an der richterlichen Würdigung eines ihn entlastenden Beweises klar höher zu gewichten, als das Interesse des Beschwerdeführers an der Entfernung bzw. Siegelung der betreffenden Einvernahmeprotokolle, deren Unverwertbarkeit zu seinen Lasten in vorliegendem Beschwerdeverfahren festzu-

stellen ist. Die zu Lasten des Beschwerdeführers mit einem Beweisverbot belasteten Einvernahmeprotokolle sind daher bei den Akten zu belassen. Es ist dem Sachgericht in solchen Konstellationen durchaus zuzumuten, unverwertbare Beweise nicht in seine Entscheidungsfindung einfließen zu lassen, obwohl sie nach wie vor Bestandteil der Akten bilden. Nicht anders wurde mit unverwertbaren Akten unter dem Geltungsbereich der Zürcherischen Strafprozessordnung verfahren (vgl. Schmid, Strafprozessrecht, a.a.O., N 606 und N 655 FN 185 m.w.H.; vgl. auch ZR 107 [2008] Nr. 22, E. III.1.3a m.w.H.).

3.3. Zusammenfassend ist die Beschwerde insoweit gutzuheissen, als festzustellen ist, dass die anlässlich der polizeilichen Befragung des Beschwerdeführers vom 26. Januar 2009 und dessen staatsanwaltlicher Einvernahme vom 12. Februar 2010 getätigten Aussagen unverwertbar sind, soweit sie den Beschwerdeführer belasten. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen, und damit auch der prozessuale Antrag des Beschwerdeführers, es sei sicherzustellen, dass die Akten des Beschwerdeverfahrens, inklusive Antrag des Beschwerdeführers vom 19. November 2012 an die Beschwerdegegnerin sowie deren Antwort vom 28. November 2012, keinen Eingang in die Verfahrensakten des Strafverfahrens finden bzw. eventualiter versiegelt werden.

III.

Gemäss Art. 428 Abs. 1 StPO tragen die Parteien die Kosten des Rechtmittelverfahrens nach Massgabe ihres Obsiegens oder Unterliegens. Da der Beschwerdeführer in vorliegendem Beschwerdeverfahren teilweise unterliegt, hätte er grundsätzlich einen Teil der Kosten zu tragen. Angesichts der festgestellten Unverwertbarkeit der Einvernahmeprotokolle zulasten des Beschwerdeführers und der grundsätzlichen Bedeutung dieser Frage in vorliegendem Beschwerdeverfahren erscheint es indessen gerechtfertigt, die Kosten des Verfahrens vollumfänglich auf die Gerichtskasse zu nehmen und dem Beschwerdeführer in Anwendung von § 19 Abs. 1 AnwGebV eine angemessen erscheinende (volle) Entschädigung von Fr. 2'000.–, zuzüglich 8% Mehrwertsteuer, zuzusprechen.

Es wird beschlossen:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird festgestellt, dass die im von der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl gegen den Beschwerdeführer geführten Strafverfahren betreffend fahrlässiger Tötung (F2/2009/916) anlässlich der polizeilichen Befragung vom 26. Januar 2009 und der staatsanwaltlicher Einvernahme vom 12. Februar 2010 getätigten Aussagen des Beschwerdeführers unverwertbar sind, soweit sie diesen belasten.
Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
2. Für das Beschwerdeverfahren werden keine Kosten erhoben.
3. Der Beschwerdeführer wird für das Beschwerdeverfahren mit Fr. 2'160.– aus der Gerichtskasse entschädigt.
4. Schriftliche Mitteilung an:
 - den Verteidiger des Beschwerdeführers, zweifach, für sich und zuhanden des Beschwerdeführers (per Gerichtsurkunde)
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl, unter Rücksendung der Untersuchungsakten, Urk. 9 (gegen Empfangsbestätigung)sowie nach Ablauf der Rechtsmittelfrist bzw. nach Erledigung allfälliger Rechtsmittel an:
 - die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl (gegen Empfangsbestätigung)
5. Rechtsmittel:
Gegen diesen Entscheid kann **Beschwerde in Strafsachen** erhoben werden.
Die Beschwerde ist innert **30 Tagen**, vom Empfang an gerechnet, bei der Ersten öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichtes (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, 24. April 2013

Obergericht des Kantons Zürich
III. Strafkammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. Th. Meyer

Dr. A. Scheidegger