

Obergericht des Kantons Zürich

III. Strafkammer



Geschäfts-Nr.: UH150031-O/U/HON

Mitwirkend: Obergerichter lic. iur. Th. Meyer, Präsident, die Ersatzoberrichter
lic. iur. A. Schärer und Dr. iur. T. Graf sowie Gerichtsschreiber
Dr. iur. J. Hürlimann

Beschluss vom 17. März 2015

in Sachen

A._____,

Beschwerdeführer

amtlich verteidigt durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich,

Beschwerdegegnerin

betreffend **Aktenentfernung**

**Beschwerde gegen den Entscheid der Staatsanwaltschaft IV des Kantons
Zürich vom 28. Januar 2015, C-1/2014/10002241**

Erwägungen:

1. a) Die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich führt gegen A._____ (Beschwerdeführer) eine Strafuntersuchung betreffend Vergewaltigung. Am 12. November 2014 wurde der Beschwerdeführer durch die Kantonspolizei einvernommen (Urk. 9/5/1). Am 14. November 2014 vormittags erfolgte die Hafteinvernahme durch die Staatsanwaltschaft (Urk. 9/5/2). Beide Einvernahmen wurden ohne Beizug eines Verteidigers durchgeführt. Die Staatsanwaltschaft bestellte am 14. November 2014, 09.30 Uhr, nach der Hafteinvernahme, in Anwendung von § 155 Abs. 2 lit. a GOG (dringender Fall) i.V.m. Art. 130 lit. b StPO Rechtsanwalt lic. iur. X._____ zum amtlichen Verteidiger des Beschwerdeführers (Urk. 9/8/1). An der Einvernahme des Beschwerdeführers durch die Staatsanwaltschaft vom 14. November 2014 nachmittags nahm der amtliche Verteidiger teil (Urk. 9/5/3). Mit Verfügung vom 17. November 2014 genehmigte die Oberstaatsanwaltschaft die Bestellung des amtlichen Verteidigers (Urk. 9/8/2).

Mit Schreiben vom 21. November 2014 beantragte der Verteidiger, es sei die polizeiliche Einvernahme vom 12. November 2014 aus den Akten zu entfernen, da ein Fall der notwendigen Verteidigung bereits im Zeitpunkt der Einvernahme vorgelegen habe, was missachtet worden sei, weshalb die Einvernahme ungültig sei (Urk. 9/8/9 = Urk. 3/2). Auf dieses Schreiben reagierte die Staatsanwaltschaft vorerst nicht. Mit weiterem Schreiben vom 19. Januar 2015 erinnerte der Verteidiger an sein unbeantwortetes Schreiben vom 21. November 2014 und ersuchte um eine schriftliche Bestätigung, dass die Einvernahme vom 12. November 2014 inzwischen aus den Akten entfernt worden sei (Urk. 3/3). Die Staatsanwaltschaft teilte dem Verteidiger mit Schreiben vom 28. Januar 2015 mit, dass sie dessen Rechtsauffassung bezüglich Verwertbarkeit der genannten Einvernahme nicht teile, weshalb das entsprechende Protokoll nicht aus den Akten entfernt worden sei (Urk. 4).

b) Mit vorliegender Beschwerde vom 2. Februar 2014 beantragt der Beschwerdeführer, es sei das Befragungsprotokoll der Einvernahme des Beschwerdeführers durch die Kantonspolizei vom 12. November 2014 aus den Akten zu entfernen

resp. es sei die Staatsanwaltschaft (Beschwerdegegnerin) entsprechend anzuweisen. Weiter seien mit Ausnahme der Dispositive der Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts und der Beschwerdeinstanz sämtliche Akten des Haftprüfungsverfahrens aus den Untersuchungsakten zu entfernen resp. es sei die Staatsanwaltschaft entsprechend anzuweisen (Urk. 2 S. 2). Die Staatsanwaltschaft verzichtet auf eine Vernehmlassung (Urk. 8).

c) Wegen Ferienabwesenheit eines Richters erfolgt der heutige Entscheid in teilweise anderer Besetzung als den Parteien ursprünglich in Aussicht gestellt.

2. a) Anfechtungsobjekt ist vorliegend eine Verfügung der Staatsanwaltschaft über die Abweisung eines Aktenentfernungsgesuchs, das sich auf strafprozessuale Vorschriften über Beweisverwertungsverbote stützt. In Lehre und Rechtsprechung ist die Frage der Justiziabilität von Entscheiden über Beweisverwertungsverbote noch nicht abschliessend geklärt.

Im Schrifttum wird die Ansicht vertreten, die Frage nach einem allfälligen Beweisverwertungsverbot bilde Bestandteil der gerichtlichen Beweiswürdigung. Den Parteien stehe die Möglichkeit offen, im gerichtlichen Hauptverfahren Anträge auf die Nichtverwertbarkeit von Beweisen geltend zu machen, Einwendungen gegen die erhobenen Beweise zu erheben und gegebenenfalls die Wiederholung von Beweisabnahmen zu beantragen. Die Würdigung der im Strafverfahren erhobenen Beweise obliege dem Sachgericht. Es könne deshalb, abgesehen von krassen Fällen eines eindeutigen Beweisverwertungsverbots, nicht Aufgabe der Beschwerdeinstanz sein, dem Sachgericht vorzugreifen und auf Beschwerde hin einzelne Beweise von der gerichtlichen Würdigung auszuschliessen, zumal die Beschwerdeinstanz nicht in der Lage sei, die Interessen aller Verfahrensbeteiligten umfassend zu berücksichtigen (Niklaus Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl., Bern 2012, S. 258 N 714 f.; Angela Geisselhardt, Zuständigkeit bei Beweisverboten im Strafverfahren, in: *forumpoenale* 5/2014 S. 300 ff.). Gegen die Zuständigkeit der Beschwerdeinstanz wird sodann ins Feld geführt, im blossen Umstand, dass das Sachgericht von angeblich unverwertbaren Beweisen Kenntnis nehmen könne, liege nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kein nicht wieder gutzumachender Rechtsnachteil. Dementsprechend fehle es im Zu-

sammenhang mit Beweisverboten in der Regel auch an einem rechtlich geschützten Interesse an der Beschwerdeführung (Geisselhardt, a.a.O., S. 301 f.).

Schliesslich wird argumentiert, dass die Zuständigkeit der Beschwerdeinstanz auch aus prozessökonomischen Gründen nicht als sinnvoll zu betrachten sei, da die Parteien in diesem Fall jede Beweiserhebung torpedieren könnten (Geisselhardt, a.a.O., S. 302).

b/aa) Die strafprozessuale Beschwerde nach Art. 393 ff. StPO ist u.a. zulässig gegen Verfügungen und Verfahrenshandlungen der Staatsanwaltschaft (Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO). Die Beschwerde ist ausgeschlossen gegen die Ablehnung von Beweisanträgen durch die Staatsanwaltschaft, wenn der Antrag ohne Rechtsnachteil vor dem erstinstanzlichen Gericht wiederholt werden kann (Art. 394 lit. b StPO). Ein Antrag auf Entfernung unverwertbarer Beweise aus den Akten stellt keinen Beweisantrag dar (Obergericht des Kantons Bern, Beschwerdekammer in Strafsachen, 6. Februar 2014, BK 2013 362 E. 2.3, publiziert in: CAN 2014 Nr. 63; ferner Niklaus Ruckstuhl, in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 131 N 11). Der Ausschlussgrund von Art. 394 lit. b StPO kommt bei Aktenentfernungsgesuchen daher nicht zum Tragen. Nach dem klaren Wortlaut der zitierten Gesetzesbestimmungen ist die strafprozessuale Beschwerde gegen die Abweisung eines Aktenentfernungsgesuchs somit zulässig. Von diesem klaren Gesetzeswortlaut darf nur abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche triftigen Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte, aus Sinn und Zweck der Vorschrift und aus dem Zusammenhang mit anderen Gesetzesbestimmungen ergeben (BGE 140 III 289 E. 2.1; zur Publikation bestimmtes Urteil des Bundesgerichts 1B_57/2014 vom 20. Oktober 2014 E. 4.6).

bb) In den Gesetzesmaterialien finden sich keine Hinweise darauf, dass das Beschwerderecht gegen Verfügungen im Zusammenhang mit Beweisverwertungsverboten wegfallen sollte. Nach der bundesrätlichen Botschaft zu Art. 401 und Art. 402 E-StPO (Art. 393 und Art. 394 StPO) steht bei Verfügungen der Staatsanwaltschaft zwar die Anfechtung von Zwangsmassnahmen im Vordergrund. An-

fechtbar soll aber grundsätzlich *jede* Verfahrenshandlung der Staatsanwaltschaft sein (Botschaft vom 21. Dezember 2005 zur Vereinheitlichung der Strafprozessordnung, BBl 2006 1312). Prozessökonomische Überlegungen des historischen Gesetzgebers spielen in diesem Zusammenhang nur eine untergeordnete Rolle. So soll aus Gründen der Verfahrensbeschleunigung in Abweichung von der allgemeinen Regel in Art. 401 Abs. 1 lit. a E-StPO (Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO) die Beschwerde gegen die Ablehnung von Beweisanträgen durch die Staatsanwaltschaft ausgeschlossen sein, wenn der Antrag vor dem erstinstanzlichen Gericht wiederholt werden kann (Botschaft, a.a.O., 1312). Wie oben gesagt (vgl. E. 2. b. aa), ist eine Verfügung betreffend Ablehnung eines Beweisantrags aber nicht mit einer Verfügung betreffend Beweisverwertungsverbote gleichzusetzen. In der Botschaft werden keine weiteren Einschränkungen des Beschwerderechts gegen Verfügungen der Strafuntersuchungsbehörden thematisiert. Aus der Kommentierung der Regeln über die Beweiserhebung und Beweisverwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise (Art. 138 und Art. 139 E-StPO) ergeben sich ebenfalls keine Anhaltspunkte, dass der Gesetzgeber den Beschwerdeweg gegen diesbezügliche Verfügungen der Staatsanwaltschaften einschränken oder ausschliessen wollte (vgl. Botschaft, a.a.O., 1182 f.). Die Eidgenössischen Räte nahmen den bundesrätlichen Entwurf zur StPO in diesem Punkt unverändert an (vgl. zu Art. 401/402 E-StPO: Ständerat [Erstrat] AB 2006 S 1055; Nationalrat [Zweitrat] AB 2007 N 1031; vgl. zu Art. 138/139 E-StPO: Ständerat [Erstrat] AB 2006 S 1014; Nationalrat [Zweitrat] AB 2007 N 955 ff.). Aus den Gesetzesmaterialien drängen sich folglich keine Gründe auf, um vom klaren Wortlaut von Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO abzuweichen.

cc) Die Beschwerdeinstanz beurteilt Beschwerden gegen Verfahrenshandlungen von Vorinstanzen gemäss Art. 20 Abs. 1 StPO. Dadurch übernimmt die Beschwerdeinstanz die Rolle eines eigentlichen Verfahrensgerichts, indem sie nicht nur über Beschwerden gegen die Strafverfolgungsbehörden entscheidet, sondern für alle verfahrensrechtlichen Problemstellungen zuständig ist (Oberholzer, a.a.O., S. 38 N 103). Vorschriften über die Beweiserhebung und Beweisverwertung (Art. 139 ff. StPO) sind strafprozessualer Natur. Die Prüfung ihrer Einhaltung fällt daher in den Zuständigkeitsbereich der Beschwerdeinstanz (vgl. ebenso Sabine Gless,

in: Basler Kommentar zur StPO, a.a.O., Art. 141 N 118, mit Verweis auf Art. 174 Abs. 2 StPO betr. Zuständigkeit der Beschwerdeinstanz zur Prüfung von Entscheiden über die Zulässigkeit der Zeugnisverweigerung). Dabei geht es nicht um die Würdigung der erhobenen Beweise, was Aufgabe des Sachgerichts bei der materiellen Strafrechtsanwendung ist, sondern einzig um die Prüfung der Einhaltung der Verfahrensvorschriften bei der Beweiserhebung. Entgegen den Bedenken der eingangs zitierten Autoren (Oberholzer, a.a.O., S. 259 N 715; Geisselhardt, a.a.O., S. 302 f.) ist die Beschwerdeinstanz dabei ohne Weiteres in der Lage, die Interessen aller Verfahrensbeteiligten zu beachten. Zum einen ist sie verpflichtet, allen Beteiligten die aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fließenden Verfahrensgarantien einzuräumen. Zum andern nimmt sie gegebenenfalls eine Interessenabwägung vor, wenn an einem rechtswidrig erlangten Beweis divergierende Interessen bestehen (vgl. als ausführliches Beispiel ZR 112/2013 Nr. 24 betr. Vorgehen bei Beweisen, welche lediglich im Hinblick auf einzelne Mitbeschuldigte unverwertbar sind).

Anzufügen ist, dass Aufzeichnungen über unverwertbare Beweise nicht sofort, sondern erst nach rechtskräftigem Verfahrensabschluss vernichtet werden dürfen (vgl. Art. 141 Abs. 5 StPO; Oberholzer, a.a.O., S. 258 N 713; Niklaus Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, S. 323 N 800). Damit wird darauf Rücksicht genommen, dass die Parteien im gerichtlichen Hauptverfahren die Verwertbarkeit von umstrittenen Beweisen und die Wiederholung von Beweisabnahmen beantragen können und dass das Sachgericht (abweichend von der Staatsanwaltschaft) im Hauptverfahren allfällig zum Schluss kommen könnte, dass eine "schwere Straftat" im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO zur Beurteilung ansteht, was die Heranziehung von umstrittenen, zunächst unter Verschluss gehaltenen Beweisen rechtfertigen könnte.

Nach dem Gesagten lassen sich weder aus teleologischer Sicht noch aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften der StPO triftige Gründe finden, die gegen die Zuständigkeit der Beschwerdeinstanz zur Prüfung der Einhaltung der Verfahrensvorschriften bei der Beweiserhebung sprechen und somit ein Abweichen vom Gesetzeswortlaut von Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO nahe legen würden.

dd) Zu prüfen bleibt, ob aus dem Zusammenhang mit Art. 93 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) sich Gründe ergeben, die gegen die Zuständigkeit der Beschwerdeinstanz zur Beurteilung von Verfügungen betreffend Beweisverwertungsverbote sprechen. Abgesehen von den in Art. 92 BGG genannten Ausnahmen (Vor- und Zwischenentscheide über Zuständigkeit und Ausstand) ist gegen selbständig eröffnete Vor- und Zwischenentscheide die Beschwerde ans Bundesgericht nur möglich, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG). Die übrigen Vor- und Zwischenentscheide sind durch Beschwerde gegen den Endentscheid anfechtbar, soweit sie sich auf dessen Inhalt auswirken (Art. 93 Abs. 3 BGG).

Diese - über die Festlegung des Anfechtungsobjekts vorgenommene - Einschränkung des Beschwerdewegs ans Bundesgericht ist rein verfahrensökonomisch begründet. Als oberste rechtsprechende Behörde des Bundes soll sich das Bundesgericht in der Regel nur einmal mit der gleichen Streitsache befassen müssen. Nach ständiger Praxis zu Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG (und schon zum altrechtlichen Art. 87 Abs. 2 OG) ist ein Vor- oder Zwischenentscheid daher nur ausnahmsweise anfechtbar, sofern ein konkreter rechtlicher Nachteil droht, der auch durch einen (für die rechtsuchende Partei günstigen) Endentscheid nachträglich nicht mehr behoben werden könnte (BGE 139 IV 113 E. 1; 134 IV 43 E. 2.1; 133 IV 139 E. 4; 133 IV 335 E. 4; Felix Uhlmann, in: Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011, Art. 93 N 2 ff.; Karl Spühler/Heinz Aemisegger, in: Bundesgerichtsgesetz - Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013, Art. 93 N 14 ff.). Dementsprechend lehnt es das Bundesgericht prinzipiell ab, auf Beschwerden betreffend die Entfernung von Beweisen aus den Akten einzutreten, da Einwände gegen einzelne Beweise noch vor dem Sachgericht vorgebracht werden können und im Umstand, dass das Sachgericht von angeblich unverwertbaren Beweismitteln Kenntnis nehmen könnte, kein nicht wieder gutzumachender Rechtsnachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG liegt (Urteile des Bundesge-

richts 1B_124/2014 vom 21. Mai 2014 E. 1.2.2; 1B_2/2013 vom 5. Juni 2013 E. 1.2; 1B_61/2012 vom 9. Februar 2012 E. 2; 1B_584/2011 vom 12. Dezember 2011 E. 3.2; 1B_315/2011 vom 6. September 2011 E. 1). Einzig bei besonders heiklen Beweisverfahren ist es in bestimmten Konstellationen ausnahmsweise kaum zu gewährleisten, dass unverwertbare Beweismittel bei der Beweiswürdigung zuverlässig ausgeblendet werden, wenn sie dem Strafgericht bekannt sind (vgl. das Urteil des Bundesgerichts 1B_445/2013 vom 14. Februar 2014 betr. das Geständnis eines Kindsmisbrauchs). In solchen Ausnahmefällen droht dem Beschuldigten daher ein nicht wieder gutzumachender Nachteil bereits dadurch, dass das erkennende Strafgericht vom umstrittenen Beweismittel Kenntnis erhält. Dementsprechend muss der Beschuldigte nach Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG ausnahmsweise die Möglichkeit haben, die Weigerung der Staatsanwaltschaft, das umstrittene Beweismittel aus den Verfahrensakten zu entfernen, bis vor Bundesgericht anzufechten (Urteil des Bundesgerichts 1B_124/2014 vom 21. Mai 2014 E. 1.2.3).

Die Voraussetzungen der Beschwerde in Strafsachen ans Bundesgericht, welche sich nach den Vorschriften des BGG richten, sind nicht mit den Zulässigkeitsvoraussetzungen der StPO-Beschwerde zu verwechseln. Nach Art. 382 Abs. 1 StPO kann jede Partei, die ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung eines Entscheids hat, eine Beschwerde im Sinne von Art. 393 ff. StPO erheben. Im Zentrum der Rechtsmittellegitimation steht die Beschwer durch den angefochtenen Entscheid. Eine solche ergibt sich daraus, dass die betreffende Person durch den angefochtenen Entscheid unmittelbar in ihren (strafprozessualen) Rechten betroffen ist (Viktor Lieber, in: [Zürcher] Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2014, Art. 382 N 7). Der erlittene Rechtsnachteil im Sinne von Art. 382 Abs. 1 StPO braucht aber nicht so beschaffen zu sein, dass er im Endentscheid nicht mehr korrigiert werden könnte. Die StPO-Beschwerde ist daher auch zulässig, wenn der Weiterzug ans Bundesgericht mit Beschwerde ins Strafsachen wegen fehlendem nicht wieder gutzumachendem Rechtsnachteil (vorerst) verschlossen bleibt. So ist die StPO-Beschwerde beispielsweise zulässig gegen eine Verfügung, mit der ein Akteneinsichtsgesuch abgelehnt wird (vgl. Patrick Guidon, in: Basler Kommentar zur

Schweizerischen Strafprozessordnung, a.a.O., Art. 393 N 10), während die Weiterziehung des Beschwerdeentscheids vor Bundesgericht nicht möglich ist, da die Verweigerung des Akteneinsichtsrechts, gleich wie jede andere Verweigerung des rechtlichen Gehörs, keine irreparablen Auswirkungen hat und deshalb erst im Rahmen der Anfechtung des Endentscheids vor Bundesgericht gerügt werden kann (Urteil des Bundesgerichts 2C_142/2010 vom 18. Februar 2010 E. 2.3).

Der Umstand, dass das Bundesgericht auf eine Beschwerde in Strafsachen gegen einen Zwischenentscheid betreffend Aktenentfernung umstrittener Beweise mangels zulässigen Anfechtungsobjekts (mangels Zwischenentscheids mit irreparablen Nachteilen) nicht eintritt, bedeutet deshalb nicht, dass per se kein Rechtsschutzinteresse an der StPO-Beschwerde (als Voraussetzung der Beschwerdelegitimation) besteht (vgl. ebenso Obergericht des Kantons Bern, Beschwerdekammer in Strafsachen, 6. Februar 2014, BK 2013 362 E. 2, publiziert in: CAN 2014 Nr. 63). Das durch die Art. 139 ff. StPO geschützte Interesse besteht für den Beschuldigten darin, dass das als unverwertbar angesehene Beweismittel gar nicht erst in die Hauptverhandlung eingeführt wird (vgl. Art. 141 Abs. 5 StPO). Zudem kann möglicherweise sogar erreicht werden, dass das Verfahren nicht weitergeführt, sondern wegen Fehlens eines hinreichenden Tatverdachts eingestellt wird (vgl. Art. 319 Abs. 1 lit. a StPO). Die StPO-Beschwerde ist daher gegen Verfügungen der Staatsanwaltschaft betreffend Aktenentfernungsgesuche grundsätzlich zulässig (so explizit auch Guidon, a.a.O., Art. 393 N 10, mit Hinweisen auf die Problematik des nicht wieder gutzumachenden Nachteils nach Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG).

Aus dem Gesagten folgt, dass die Zulässigkeitsbeschränkung für Beschwerden ans Bundesgericht nach Art. 93 BGG keinen Grund darstellt, der gegen die Zuständigkeit der Beschwerdeinstanz zur Behandlung von StPO-Beschwerden im Zusammenhang mit Beweisverwertungsverböten spricht. Auch in Art. 93 BGG findet sich somit kein Grund, um vom klaren Wortlaut von Art. 393 Abs. 1 lit. a StPO, wonach die StPO-Beschwerde gegen *jede* Verfügung der Staatsanwaltschaft zulässig ist, abzuweichen. Wenn auch diese Rechtslage im Schrifttum als unbefriedigend erachtet wird (vgl. E. 2. a hiavor), so ist es nicht Sache der Ge-

richte, sondern des Bundesgesetzgebers, eine Gesetzesänderung herbeizuführen.

c) Vorliegend hat der Beschwerdeführer als Beschuldigter ein unmittelbares rechtlich geschütztes Interesse im Sinne von Art. 382 Abs. 1 StPO an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids über die Ablehnung seines Aktenentfernungsgeuchs. Er ist zur Beschwerdeführung ohne Weiteres legitimiert. Die weiteren Eintretensvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt und geben zu keinen besonderen Bemerkungen Anlass. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten.

3. a) Die Staatsanwaltschaft begründet die Abweisung des Gesuchs um Entfernung des Protokolls der polizeilichen Einvernahme des Beschwerdeführers vom 12. November 2014 damit, die Bestellung der notwendigen Verteidigung müsse gemäss Niklaus Schmid (Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, a.a.O., S. 290 N 737) erst nach der ersten staatsanwaltschaftlichen Einvernahme erfolgen. Weiter seien gemäss Art. 141 Abs. 2 StPO Beweismittel, die in strafbarer Weise oder unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben wurden, dennoch verwertbar, wenn sie zur Aufklärung schwerer Straftaten, was eine Vergewaltigung zweifelsfrei sei, unerlässlich seien. Somit müsse das Sachgericht im Rahmen des Hauptverfahrens beurteilen, ob die genannte polizeiliche Befragung verwertbar sei (Urk. 4).

b) In den der Kammer vorliegenden Untersuchungsakten findet sich keine formelle Verfügung betreffend Eröffnung der Strafuntersuchung im Sinne von Art. 309 Abs. 3 StPO). Am 29. Oktober 2014 erliess die Staatsanwaltschaft einen Vorführbefehl im Sinne von Art. 207 StPO gegen den Beschwerdeführer (Urk. 9/10/1 = Urk. 3/4). Der Beschwerdeführer macht zutreffend geltend (Urk. 2 S. 4 RGZ 9 ff.), dass der Vorführbefehl im 5. Titel der Strafprozessordnung "Zwangsmassnahmen" geregelt ist. Gemäss Art. 309 Abs. 1 lit. b StPO eröffnet die Staatsanwaltschaft die Untersuchung unter anderem, wenn sie Zwangsmassnahmen anordnet.

Auch wenn die Strafprozessordnung eine formelle Eröffnungsverfügung verlangt, ist auf den materiellen Begriff der Eröffnung abzustellen (vgl. auch zur Publikation

bestimmtes Urteil des Bundesgerichts 6B_912/2014 vom 4. November 2014 E. 1.1.4). Die Staatsanwaltschaft kann schon vor der formellen Eröffnungsverfügung Untersuchungshandlungen durchführen und damit auch rechtsgültig Zwangsmassnahmen vor der Eröffnung anordnen (Esther Omlin, in: Basler Kommentar, a.a.O., N 6 ff zu Art. 309 StPO). Hierbei ist allerdings zu relativieren, dass dieser Schluss bloss teilweise auf die vor Eröffnung angeordneten Zwangsmassnahmen Anwendung findet, den Art. 309 Abs. 1 lit. c StPO zwingt die Staatsanwaltschaft zur Eröffnung, sobald sie durch die Polizei gemäss Art. 307 Abs. 1 StPO "über schwere Straftaten sowie über andere schwer wiegende Ereignisse" informiert worden ist. Beim Wortlaut von Art. 309 Abs. 1 lit. c StPO fällt auf, dass der Gesetzgeber die Vergangenheitsform verwendete und die Eröffnung folglich als erste staatsanwaltliche Handlung nach der besagten Information zu erfolgen hat, selbst wenn die Anordnung einer Zwangsmassnahme ansteht, welche an sich gemäss grammatikalischer Auslegung von Art. 309 Abs. 1 lit. b StPO auch vor Eröffnung des Verfahrens angeordnet werden könnte. Daraus folgt, dass Zwangsmassnahmen bei schweren Straftaten und anderweitigen schwerwiegenden Ereignissen nicht vor der Eröffnung angeordnet werden dürfen (Omlin, a.a.O., N 8 zu Art. 309 StPO). In Anbetracht dieser auslegungsmethodischen Unsicherheiten drängen sich unbesehen von der juristischen Natur der Eröffnungsverfügung eine frühe Eröffnung und Zurückhaltung bei der Anordnung von Zwangsmassnahmen vor dem Erlass einer Eröffnungsverfügung auf. Ist eine Eröffnung vor Anordnung der Zwangsmassnahme aus verfahrenstaktischen Gründen nicht sinnvoll, hat die Staatsanwaltschaft zumindest mit dem Vollzug der Zwangsmassnahme die Eröffnung zu verfügen (Omlin, a.a.O., N 9 f. zu Art. 309 StPO).

Der Polizeirapport betreffend Vergewaltigung und sexuelle Handlungen mit Kindern vom 6. Oktober 2014 ging am 21. Oktober 2014 bei der Staatsanwaltschaft ein (Urk. 9/1 letztes Blatt). Damit erfolgte die Information der Staatsanwaltschaft durch die Polizei im Sinne von Art. 307 Abs. 1 StPO, womit die Strafuntersuchung zu eröffnen war (Art. 309 Abs. 1 lit. c StPO). Der Vorführbefehl und damit die Anordnung einer Zwangsmassnahme erging am 29. Oktober 2014 (Urk. 3/4). Damit war die Untersuchung auch gestützt auf Art. 309 Abs. 1 lit. b StPO zu eröffnen. Der Beschwerdeführer wurde am 12. November 2014 gestützt auf den genannten

Vorführbefehl verhaftet (Urk. 9/10/7). Spätestens jetzt musste die Strafuntersuchung eröffnet sein. Auch wenn offenbar keine formelle Eröffnungsverfügung vorlag, ist von einer materiellen Eröffnung auszugehen.

Damit erfolgte die polizeiliche Einvernahme des Beschwerdeführers vom 12. November 2014 (Urk. 9/5/1) nach Eröffnung der Strafuntersuchung. Dasselbe gilt (materiell) auch für die staatsanwaltliche Haftenvernahme vom Vormittag des 14. Novembers 2014 (Urk. 9/5/2). Der Tatvorwurf lautete von Anfang an auf Vergewaltigung. Die Mindeststrafe bei Vergewaltigung beträgt ein Jahr Freiheitsstrafe (Art. 190 Abs. 1 StGB). Damit bestand der Grund für notwendige Verteidigung gemäss Art. 130 lit. b StPO. Liegt ein Fall notwendiger Verteidigung vor, so hat die Verfahrensleitung darauf zu achten, dass *unverzüglich* eine Verteidigung bestellt wird (Art. 131 Abs. 1 StPO). Sind die Voraussetzungen notwendiger Verteidigung bei Einleitung des Vorverfahrens erfüllt, so ist die Verteidigung "nach der ersten Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft, jedenfalls aber vor Eröffnung der Untersuchung" sicherzustellen (Art. 131 Abs. 2 StPO).

Die Staatsanwaltschaft stützt ihren Standpunkt auf die Formulierung "nach der ersten Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft", verkennt aber, dass spätestens durch ihre Anordnung einer Zwangsmassnahme (Vorführbefehl) und deren Vollzug die Untersuchung materiell eröffnet war. Mit anderen Worten gesagt, führte nicht die erste staatsanwaltliche Einvernahme (die Haftenvernahme) zur Eröffnung der Untersuchung. Es ist nicht zulässig, Verteidigungsrechte dadurch zu unterbinden, dass die an sich geforderte formelle Eröffnungsverfügung unterbleibt.

Wurden in Fällen, in denen die Verteidigung erkennbar notwendig gewesen wäre, Beweise erhoben, bevor ein Verteidiger bestellt worden ist, ist die Beweiserhebung nur gültig, wenn die beschuldigte Person auf ihre Wiederholung verzichtet (Art. 131 Abs. 3 StPO). Ein solcher Verzicht liegt ausdrücklich nicht vor (Urk. 2 S. 5 RGZ 21).

c/aa) Beweise, die Strafbehörden unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften erhoben haben, dürfen nicht verwertet werden, es sei denn, ihre Verwertung sei zur Aufklärung schwerer Straftaten unerlässlich (Art. 141 Abs. 2 StPO). Es ist nun zu

prüfen, ob eine solche Ausnahme vom Grundsatz der Unverwertbarkeit vorliegt. Die Staatsanwaltschaft macht eine solche geltend.

bb) Das Gesetz definiert den Begriff der schweren Straftat nicht. Die Staatsanwaltschaft hält dafür, eine Vergewaltigung sei zweifelsfrei eine schwere Straftat (Urk. 4 S. 1). Der Beschwerdeführer widerspricht, eine Vergewaltigung sei nicht zwingend eine besonders schwerwiegende Straftat. Die Beurteilung hänge massgeblich von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab. So stelle auch eine Tötung nicht in jedem Fall eine schwerwiegende Straftat dar (Bundesgerichtsentscheid 6B_228/2013 Erw. 3.4). Aufgrund der von der Zeugin geschilderten Tat handlung handle es sich vorliegend jedenfalls nicht um eine schwerwiegende Tat (Urk. 2 S. 6 RGZ 22).

Im vom Beschwerdeführer zitierten Bundesgerichtsentscheid geht es um die Verwertbarkeit einer Aussage eines Beschuldigten unter früherem kantonalzürcherischem Strafprozessrecht. Das Obergericht (I. Strafkammer) nahm im konkreten Fall Unverwertbarkeit an, wogegen die Oberstaatsanwaltschaft Beschwerde führte. Das Bundesgericht hielt fest, entgegen der Auffassung der Vorinstanz könnten in Abwägung der entgegenstehenden Interessen auch unrechtmässig erlangte Beweise zu Lasten einer beschuldigten Person verwendet werden. Bei dem zu beurteilenden Tötungsdelikt handle es sich unzweifelhaft um eine schwere Straftat. Trotzdem verdiene der Grundsatz des fairen Verfahrens und das private Interesse des Beschuldigten, dass der fragliche Beweis unterbleibe, vorliegend den Vorrang vor dem Interesse an der Wahrheitsfindung sowie der Durchsetzung des Strafrechts. Zum einen würde andernfalls das bei der Beschaffung verletzte Recht auf notwendige Verteidigung unterlaufen. Zum anderen sei zu berücksichtigen, dass es nicht um die Überführung des in Bezug auf die Tötung geständigen Täters, sondern lediglich um den genauen Ablauf der Tat und den Umfang der Verminderung der Schuldfähigkeit des Beschuldigten gegangen sei (Bundesgerichtsentscheid 6B_228/2013 Erw. 3.4).

Aus diesem Bundesgerichtsentscheid ergibt sich der vom Beschwerdeführer gezogene Schluss, selbst eine Tötung sei nicht in jedem Fall eine schwere Tat, nicht. Insbesondere enthält der Entscheid keine Definition der schweren Straftat

im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO. Der teilweise vorgeschlagene Rückgriff auf den Deliktskatalog von Art. 269 Abs. 2 StPO betreffend Zulässigkeit der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs wird mehrheitlich abgelehnt. Gemäss Niklaus Schmid (Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013) fallen primär Verbrechen (Art. 10 Abs. 2 StGB) in Betracht. Sabine Gless (Basler Kommentar, a.a.O., N 72 zu Art. 141 StPO) und Wolfgang Wohlers ([Zürcher] Kommentar, a.a.O., N 21a zu Art. 141 StPO) halten dafür, eine schwere Straftat im Sinne von Art. 141 Abs. 2 StPO könne nur ein Delikt der Schwerekriminalität sein, also ein Straftatbestand, bei dem als Strafe ausschliesslich Freiheitsstrafe angedroht sei. Nach allen hier angeführten Umschreibungen fällt eine Vergewaltigung im Sinne von Art. 190 Abs. 1 StGB grundsätzlich unter den Begriff der schweren Straftat gemäss Art. 141 Abs. 2 StPO.

cc) Ebenfalls findet sich im Gesetzeswortlaut keine Umschreibung des Begriffs "unerlässlich". Eine solche findet sich auch nicht in der Botschaft zur Strafprozessordnung (BBl 2006, S 1183 f.). Ob die Verwertung zur Aufklärung einer schweren Straftat unerlässlich ist, ist nicht im Rahmen einer Abwägung der für oder gegen die Verwertung sprechenden Interessen festzustellen. Unerlässlich ist die Verwertung nur dann, wenn ohne den Beweis eine Verurteilung nicht möglich ist (Wohlers, [Zürcher] Kommentar, a.a.O., N 21a zu Art. 141 StPO).

Wie der Beschwerdeführer zutreffend festhält, liegt die Aussage der Geschädigten B._____ vor (vgl. Urk. 9/6/1-10), so dass eine Verurteilung auch ohne Aussagen des Beschwerdeführers ergehen könnte (Urk. 2 S. 6 Rz 22). Der Umstand allein, dass die Beweislast möglicherweise als stärker erscheinen würde, wenn auch noch eine verwertbare Aussage des Beschwerdeführers vorläge, welche allfällige Schwächen in den Aussagen der Geschädigten kompensieren könnte, ändert nichts daran, dass mit der Aussage der Geschädigten ein voll gültiges, den vorgeworfenen Sachverhalt abdeckendes und der richterlichen Beweiswürdigung unterliegendes Beweismittel vorhanden ist.

Unter diesen Umständen ist die Voraussetzung der Unerlässlichkeit der ausnahmsweisen Verwertung einer unter Verletzung von Gültigkeitsvorschriften zustande gekommenen Beweiserhebung vorliegend nicht erfüllt.

dd) Somit ist die Beschwerde im Wesentlichen gutzuheissen und die Staatsanwaltschaft IV anzuweisen, das Protokoll der polizeilichen Einvernahme vom 12. November 2014 aus den Strafakten zu entfernen, separat unter Verschluss zu halten und nach rechtskräftiger Erledigung des Strafverfahrens zu vernichten (Art. 141 Abs. 5 StPO).

Der Beschwerdeführer beantragt weiter, dass mit Ausnahme der Dispositive der Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts und der Beschwerdeinstanz sämtliche Akten des Haftprüfungsverfahrens aus den Akten zu entfernen seien bzw. es sei die Staatsanwaltschaft entsprechend anzuweisen (Urk. 2 S. 2 Antrag 2). Eine Durchsicht der Haftakten und insbesondere der im Haftprüfungs- bzw. Beschwerdeverfahren ergangenen Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts vom 15. November 2014 (Urk. 9/10/14) und der III. Strafkammer des Obergerichts vom 4. Dezember 2014 (Urk. 9/10/18) ergibt, dass zwar im Haftprüfungsverfahren einzelne Aussagen des Beschwerdeführers in der nicht verwertbaren polizeilichen Einvernahme vom 12. November 2014 erwähnt wurden, jedoch nicht im Einzelnen auf diese eingegangen wurde. Die Entscheide stützten sich viel mehr auf die verwertbaren Aussagen der Geschädigten. Die wenigen und vagen Hinweise auf die unverwertbaren Aussagen des Beschwerdeführers, die sich in den Haftakten befinden, sind nicht geeignet, den Beschwerdeführer effektiv zu belasten. Eine Entfernung sämtlicher oder eines Teils der Haftakten aus den Akten des Strafverfahrens erübrigt sich. Diesbezüglich ist die Beschwerde abzuweisen.

Mit Bezug auf die staatsanwaltschaftliche Haftenvernahme vom 14. November 2014 (Urk. 9/5/2) stellt der Beschwerdeführer keinen Antrag. Diese enthält denn auch keine Selbstbelastung des Beschwerdeführers.

4. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen hat im Endentscheid zu erfolgen (Art. 421 Abs. 1 StPO). Die Gerichtsgebühr für das Beschwerdeverfahren ist zuhanden der das Strafverfahren abschliessenden Strafbehörde in Beachtung der Bemessungskriterien von § 2 Abs. 1 lit. b-d GebVO OG (Bedeutung und Schwierigkeit des Falls, Zeitaufwand des Gerichts) und gestützt auf § 17 Abs. 1 GebV OG auf Fr. 800.-- festzusetzen. Die Entschädigung der amtlichen Verteidi-

gung ist durch die das Verfahren abschliessende Strafbehörde festzusetzen (Art. 135 Abs. 2 StPO).

Es wird beschlossen:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich angewiesen, das Protokoll der polizeilichen Einvernahme des Beschwerdeführers vom 12. November 2014 aus den Straftaten zu entfernen, separat unter Verschluss zu halten und nach rechtskräftiger Erledigung des Strafverfahrens zu vernichten.
Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 800.-- festgesetzt.
3. Die Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen erfolgt im Endentscheid.
4. Schriftliche Mitteilung an:
 - Rechtsanwalt lic. iur. X._____, zweifach für sich und den Beschwerdeführer (per Gerichtsurkunde)
 - die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich 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 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, 17. März 2015

Obergericht des Kantons Zürich
III. Strafkammer

Präsident:

Gerichtsschreiber:

lic. iur. Th. Meyer

Dr. iur. J. Hürlimann