

ständigen Sachbearbeiterin besprochen und eine Vollmacht unterzeichnet. Die Rechtsschutzversicherung habe die Erfolgsaussichten einer Einsprache als gering erachtet und ihr geraten, den Strafbefehl zu akzeptieren. In der Folge habe sie Busse und Kosten bezahlt. Erst im Zusammenhang mit dem Administrativverfahren habe sie sich an einen Rechtsanwalt gewandt. Dabei habe sie erfahren, dass die Rechtsschutzversicherung aufgrund des Anwaltsmonopols gar nicht berechtigt gewesen wäre, Einsprache zu erheben.

3.3. Die Beschwerdeführerin hat nach Rücksprache mit ihrer Rechtsschutzversicherung den Strafbefehl akzeptiert und auf eine Einsprache verzichtet. Während die Rechtsschutzversicherung die Erfolgsaussichten als gering einschätzte, scheint der jetzige Rechtsvertreter vom Gegenteil überzeugt zu sein. Jedenfalls führt er verschiedene Entscheide an, die seine Rechtsauffassung, wonach die Beschwerdeführerin am seinerzeitigen Verkehrsunfall kein Verschulden trifft, stützen sollen. Darauf ist nicht näher einzugehen, da im Rahmen des vorliegenden Wiederherstellungsverfahrens nicht eine vorfrageweise Behandlung der Einsprache zur Diskussion steht, sondern allein entscheidend ist, ob die Beschwerdeführerin an der Säumnis ein Verschulden trifft.

3.4. Unbeachtlich ist auch der Einwand der Beschwerdeführerin, die Rechtsschutzversicherung wäre auf der Grundlage des Anwaltsmonopols nicht berechtigt gewesen, sie im Strafverfahren zu vertreten und Einsprache gegen den Strafbefehl zu erheben. Gemäss Art. 127 Abs. 5 StPO ist die Verteidigung der beschuldigten Person Anwältinnen und Anwälten vorbehalten, die nach dem Anwaltsgesetz berechtigt sind, Parteien vor Gerichtsbehörden zu vertreten. Diese Einschränkung gilt für die eigentliche Verteidigung, d.h. für die Bestellung eines Rechtsbeistands zur Wahrung der Interessen der beschuldigten Person, nicht aber für die allgemeine Rechtsberatung. Die Rechtsschutzversicherung hat denn auch die Beschwerdeführerin im Strafbefehlsverfahren nicht vertreten. Sie hat ihr aber aufgrund ihrer eigenen Einschätzung der massgebenden Rechtslage empfohlen, den Strafbefehl zu akzeptieren und auf eine Einsprache zu verzichten. Der Beschwerdeführerin hätte es jederzeit freigestanden, eine Zweitmeinung einzuholen oder einen Rechtsvertreter mit ihrer Verteidigung zu beauftragen. Sie hätte aber auch selbst Einsprache erheben können, zumal die Einsprache gegen den Strafbefehl durch die beschuldigte Person nicht näher zu begründen ist (vgl. Art. 354 Abs. 2 StPO). Die Beschwerdeführerin war somit ohne Weiteres in der Lage, während der laufenden Einsprachefrist ihre Interessen zu wahren. Von einer unverschuldeten Fristversäumnis kann keine Rede sein. Auch wenn ihre Entscheidung, auf die Einsprache zu verzichten, von der durchaus nachvollziehbaren Einschätzung durch die Rechtsschutzversicherung mitbeeinflusst war, leidet sie doch an keinem schwerwiegenden Mangel, sodass sich die Beschwerdeführerin heute damit abfinden muss (vgl. auch Urteil 6B\_622/2012 vom 1. November 2012 E.1).

[...]

---

**Nr. 42** Obergericht Zürich, III. Strafkammer,  
Beschluss vom 24. April 2013 i.S. X. gegen  
Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl – UH120368

---

**Art. 141 Abs. 1 und 5, 158 StPO: Frage der Verwertbarkeit früherer Aussagen bei einem Wechsel der Parteirolle (Zeuge/Beschuldigter); Übergangsrecht.**

Nach Ansicht des OGer Zürich greift nach einem (sog. echten) Rollenwechsel, i.e. die als Zeuge einvernommene Person wird Beschuldigte, ein Beweisverwertungsverbot. Das Gericht lehnt jedoch die Entfernung der unverwertbaren Einvernahmeprotokolle aus den Strafakten in dem Verfahren gegen mehrere Beschuldigte ab, da Verwertungsverbote als reine Belastungsverbote den Zugang des (anderen) Beschuldigten zu Entlastungsbeweisen nicht abschneiden dürften. Der alternative Weg über die Verfahrenstrennung wird abgelehnt. (Regeste der Anmerkungsverfasserin)

**Art. 141 al. 1 et 5, art. 158 CPP: problématique de la possibilité d'exploiter comme moyen de preuve les déclarations faites antérieurement à un changement de statut procédural (témoin/prévenu); droit transitoire.**

De l'avis du Tribunal cantonal zurichois, un changement (proprement dit) de statut procédural – la personne entendue en qualité de témoin devient le prévenu – emporte l'interdiction d'exploiter le moyen de preuve recueilli antérieurement. Le Tribunal cantonal refuse toutefois d'écartier les procès-verbaux inexploitables du dossier de la procédure dirigée contre plusieurs prévenus parce que les interdictions d'exploiter un moyen de preuve, en tant que pures prohibitions d'utilisation à charge, ne sauraient priver le (co-)prévenu de la possibilité d'accéder à des éléments à décharge. L'option d'une disjonction de procédures pénales est écartée. (Résumé de l'auteur du commentaire)

**Art. 141 cpv. 1 e 5, 158 CPP: questione dell'utilizzabilità delle precedenti deposizioni in caso di un cambiamento del ruolo di parte (testimone/imputato); diritto transitorio.**

Secondo il parere del tribunale cantonale di Zurigo a seguito di un cambiamento di ruolo (cos. proprio), precisamente la persona interrogata in qualità di testimone diventa imputata, sussiste un divieto di utilizzabilità delle prove. Il tribunale tuttavia respinge la rimozione dei verbali di interrogatorio non utilizzabili dagli atti penali nel procedimento contro più imputati, non potendo i divieti di utilizzabilità, in qualità di puri divieti di addebito, impedire l'accesso dell' (altro) imputato alle prove a discarico. Si respinge la via alternativa attraverso la separazione dei procedimenti. (Regesto dell'autore del commento)



### Sachverhalt:

Nach einem Verkehrsunfall im Januar 2009 – zwei betrunkenen Fussgänger betratene eine Fahrbahn und verursachten den tödlichen Sturz eines Fahrradfahrers – vernahm die Polizei einen der unfallbeteiligten Fussgänger als Beschuldigten, den anderen als Zeugen. Die Staatsanwaltschaft eröffnete jedoch – nach einer weiteren Einvernahme im Februar 2009 – gegen beide ein Strafverfahren. Daraufhin beantragt der nunmehr wegen fahrlässiger Tötung Beschuldigte, die in seiner Zeugenrolle angefertigten Einvernahmeprotokolle aus den Akten zu entfernen. Die Staatsanwaltschaft verweigerte dies. Das OGer ZH heisst die Beschwerde gut und stellt fest, dass die Aussagen anlässlich der polizeilichen Befragung unverwertbar sind, soweit sie den Beschwerdeführer belasten. Es verweigert jedoch eine Entfernung aus den Verfahrensakten durch Verfahrenstrennung.

### Aus den Erwägungen:

[...]

3.2.2

[...]

Entscheidend ist vorliegend allein, dass der Beschwerdeführer zum abzuklärenden Sachverhalt als Zeuge einvernommen wurde, sich diesbezüglich aber im Verlauf des Strafverfahrens als Beschuldigter 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) [...] 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 waren 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 Y beispielsweise insoweit entlastet, als er sich zu dessen Zustand nach dem gemeinsamen Alkoholkonsum im Lokal Z geäussert und überdies ausgesagt hat, sie beide hätten die Strasse erst betreten, nachdem sie sich ausreichend darüber vergewissert hatten, dass sich kein Fahrzeug genähert habe. 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 Y 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 Zu widerhandeln gegen den Schutzgedanken der Unverwertbarkeit von Beweismitteln gleich käme (ZR 73 [1974] Nr. 44 S. 108; KassGer ZH vom 31. März 2005 [AC040117], E. 11.2b; 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 Verletzung 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.; BENEDICT/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 Y 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 [18\_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 Y 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 festzustellen 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 Entscheidfindung einfließen zu lassen, obwohl sie nach wie vor Bestandteil der Akten bilden. Nicht anders wurde mit unverwertbaren Akten unter dem Gelungsbereich 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.111.1.3a m.w.H.).

[...]





### Bemerkungen:

I. «Denken Sie nicht an einen rosaroten Elefanten!» Nach einer solchen Aufforderung wird man vor allem das pinke Rüsseltier vor Augen haben, das aus den Gedanken verbannt werden soll. Dieses Phänomen scheint trivial, ist aber der Hintergrund für eine wichtige Regel in der Schweizer Strafprozessordnung: Erkenntnisse, die als Beweismittel unverwertbar sind, müssen aus den Strafakten entfernt werden, damit die Entscheidungsinstanz erst gar keine Kenntnis davon erlangt, die sie dann wieder ausblenden müsste. Das ist die klare gesetzgeberische Anweisung in Art. 141 Abs. 5 StPO (vgl. auch Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, BBl 2012 1184, welche ausdrücklich auf die Gefahr hinweist, dass die an sich unverwertbaren Beweise, belässt man sie in den Akten, mit in die Entscheidfindung einfließen könnten). Doch löst Art. 141 Abs. 5 StPO nicht alle Probleme, wie die hier zu besprechende Entscheidung eindrücklich vor Augen führt.

Das Obergericht Zürich beantwortet in seinem Entscheid zwei offene Rechtsfragen in klarer und deutlicher Sprache, die eigentlich keiner weiteren Anmerkung bedürften, sondern für sich selbst stehen. Doch zieht das Gericht in einem neuralgischen Punkt die Konsequenz nicht, die man angesichts der Diktion in den Grundsatzfragen zu Beginn des Entscheides für das Endergebnis erwartet hätte.

II. Die erste Rechtsfrage bezieht sich auf die Anwendbarkeit des in Art. 158 Abs. 2 StPO statuierten absoluten Verwertungsverbots in Situationen des sog. Rollenwechsels, wenn etwa – wie im vorliegenden Fall – ein späterer Beschuldigter zunächst als Zeuge vernommen wird. Die Antwort des Gerichts ist unzweideutig und sollte jedem zur Lektüre empfohlen werden: Erkenntnisse, welche die Strafverfolgungsbehörden vor einem Rollenwechsel gewinnen, werden unverwertbar, wenn und weil in der Vernehmungssituation nicht alle Verfahrensrechte berücksichtigt werden, die für die neue Rolle relevant sind. Den mit umfangreichen Verweisen auf die Literatur abgestützten Ausführungen des Gericht ist insofern nichts hinzuzufügen: Es kommt hier nicht darauf an, ob die Vernehmung zunächst korrekt erschien oder von Anfang an zweifelhaft war – die gewonnenen Informationen werden mit dem Rollenwechsel unverwertbar, weil ansonsten Beschuldigtenrechte, insbesondere das Privileg des *nemo tenetur*, umgangen würden (RUCKSTUHL; in: NIGGLI/HEER/WIPRÄCHTIGER [Hrsg.], BSK StPO, Basel 2010, Art. 158, N 36).

III. Auch in der Antwort auf die zweite Rechtsfrage ist dem Gericht zuzustimmen: Beweisverwertungsverbote sollen reine Belastungsverbote sein. Die Gründe dafür werden im Entscheid plastisch und mit Hinweis auf frühe Rechtsprechung und Literatur herausgearbeitet und wurden auch schon an anderer Stelle ausgeführt (bereits vor Inkrafttreten der StPO etwa OGer ZH SJZ 1975, 62; HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, § 60 N 13; LOB, SJZ 1997, 414; WALDER, ZStrR 82 [1966], 50. Nach Inkrafttreten der StPO etwa: GLESS,

BSK StPO, Art. 141 N 111 ff.; SCHMID, Handbuch des Schweizerischen Strafprozessrechts, N 792 Fn. 35).

Jedoch illustriert gerade der vorliegende Entscheid die praktischen Probleme, die von der Gegenansicht (WOHLERS, in: DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung [StPO], Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 141 N 10 ff.; DONATSCH/CAVEGN, ZStrR 126 [2008], 166 f.) gegen eine solche Handhabung der Verwertungsverbote ins Feld geführt werden: Wie sollen unter dieser Prämisse Akten in einem Strafverfahren gegen mehrere Beschuldigte geführt werden, in denen ein unverwertbares Beweismittel einen Beschuldigten ent-, den anderen aber belastet?

Die Dimension des durch die gesetzgeberischen Vorgaben aufgegleisten Dilemmas führt der vorliegende Entscheid eindringlich vor Augen. Einerseits weist das Gericht in der theoretischen Erörterung des Problems die Argumente zurück, welche die Gegenansicht – mit Blick auf die schwierige praktische Umsetzung – zugunsten eines gänzlichen Ausschlusses von unverwertbaren Beweisen anführt, und verweist darauf, dass der Gesetzgeber den Ausweg einer Aktenführung nach «gespaltener Verwertbarkeit» gewollt habe, was etwa aus der Regelung in Art. 147 Abs. 4 StPO hervorgehe. Andererseits will das OGer Zürich jedoch im vorliegenden Fall diese Konsequenz nicht ziehen. Denn praktisch würde dies auf eine Verfahrenstrennung hinauslaufen, die als sachlich nicht gerechtfertigt abgelehnt wird. Zieht man diese Konsequenz aber nicht, dann läuft er eben doch wieder durch das Aktenkonvolut, der rosarote Elefant, weil ein Beweismittel in den Verfahrensakten ist, das – jedenfalls in Bezug auf einen Verfahrensbeteiligten – bei der Sachverhaltsrekonstruktion nicht verwendet werden darf.

IV. Will man die Anweisung des Gesetzgebers in Art. 141 Abs. 5 StPO umsetzen, dann müssen Aufzeichnungen über unverwertbare Beweise aus den Strafakten entfernt werden. Ist man gleichzeitig der Ansicht, dass Beweisverwertungsverbote reine Belastungsverbote sind, so kann dies in bestimmten Fallkonstellationen – wie etwa hier bei mehreren Beschuldigten – zur Notwendigkeit einer Verfahrenstrennung führen.

Dass ein solcher Schritt mit anderen Verfahrensmaximen, etwa mit der Kohärenz der Rechtsprechung angesichts der Gefahr sich widersprechender Urteile oder mit der Prozessökonomie bei parallelen Verfahren kollidieren kann, und das Gebot der gemeinsamen Verfolgung von Mittätern oder Teilnehmern nach Art. 29 Abs. 1 lit. b StPO in gewisser Weise als nachrangig deklariert werden, ist nicht abzustreiten. Ob es auch – wie von dem Zürcher Obergericht angeführt – dem Gleichbehandlungsgebot nach Art. 8 BV widerspricht, mag hier dahinstehen. Formal werden die Beschuldigten vor dem Gesetz jedenfalls gleich behandelt. Substantiell liegt die Benachteiligung wohl eher bei demjenigen, der den Verbleib der unverwertbaren Beweise in der Akte trotz Rollenwechsel hinnehmen muss.

Massgeblich ist also die konkrete Interessenabwägung. Das OGer Zürich gewichtet die Gewährleistung einer «einhheitlichen Sachverhaltsermittlung und rechtlichen Würdigung» höher als «die Beachtung der vorgesehenen Modalitäten zur Durchsetzung eines Beweisverbots und verweist im Wesentlichen auf die genannten Gründe der Verfahrenseinheitlichkeit und -ökonomie». Diese Wertung und ihre Begründung ist jedoch keineswegs zwingend vorgegeben und auch nicht per se überzeugend.

Mit Rücksicht auf das klare gesetzgeberische Anliegen, das ja nicht nur in Art. 141 Abs. 5 StPO, sondern etwa auch in Art. 147 Abs. 4 StPO zum Ausdruck kommt, könnte man durchaus auch Position für die gegenteilige Ansicht beziehen. Denn dass durch eine Verfahrenstrennung höhere Kosten und Risiken für eine möglichst reibungslose Verfahrensabwicklung entstehen, wurde bei der Schaffung der neuen Strafprozessordnung offensichtlich in Kauf genommen.

Schwerer könnten jedoch andere Bedenken wiegen, nämlich jene die jenseits reiner Verfahrensgestaltung liegen, wie etwa die adäquate Berücksichtigung von Opferinteressen. Das OGer Zürich musste diese im vorliegenden Fall nicht mit in die Waagschale werfen. In anderen Fällen stellt sich jedoch die Frage: Darf man einem mutmasslichen Opfer mehrere Verfahren mit entsprechender Aussageverpflichtung zumuten? Oder aber verschiedene Adhäsionsverfahren mit jeweils neuem Prozessrisiko?

Die möglichst umfassende Verhinderung sekundärer Viktimisierung im Strafverfahren (RINKER, Opferrechte des Tatzeugen, Bern 2011, 15; MAZZUCHELLI/POSTIZZI, BSK StPO, Art. 117, N 2) ist sicherlich eine gewichtige Überlegung bei der Entscheidung für oder gegen eine Verfahrenstrennung. Aber auch sie darf nicht uneingeschränkt zu Lasten wesentlicher Beschuldigtenrechte durchgreifen. Oder anders formuliert: Konstellationen, in denen es unerträglich erscheint, dass Opfer mehrfach aussagen müssen, sind zu vermeiden. Diese dürfen jedoch nicht regelmäßig angenommen, sondern können prinzipiell durch andere Massnahmen, etwa eine audiovisuelle Aufnahme, abgemildert werden.

Grundsätzlich ist – auch bei der Durchsetzung von Beweisverwertungsverboten – fraglich, welche Interessen der Gewährleistung von verfahrensrechtlichen Garantien des Beschuldigten vorgehen dürfen. Diese Frage bedarf noch der vertieften Diskussion. Blosse Erwägungen zugunsten von Verfahrenserleichterungen greifen nicht ohne Weiteres durch, nicht einmal zugunsten von Opfern. Zumal etwa ein Opfer auch bei Verfahrenstrennung, im Rahmen einer Adhäsionsklage, prinzipiell weiter eine Solidarhaftung verfolgen kann. Das heisst: Das Opfer kann – zivilrechtlich betrachtet – auswählen, gegen welchen Täter es vorgehen will (vgl. Art. 144 OR; SCHWENZER, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Bern 2012, § 88 N 18 ff.; HEIERLI/SCHNYDER, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND [Hrsg.], Basler Kommentar Obligationenrecht I, 5. Aufl., Basel 2011, Art. 144, N 1). Zusätzlich ist zu beachten, dass der zivilrechtliche Anspruch

auch im Falle eines Freispruchs in einer Zivilklage geltend gemacht werden kann, sofern die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind.

Man wird künftig die verschiedenen Interessen identifizieren und in einen kohärenten Lösungsansatz einbeziehen müssen. Die Begründungslast liegt hoch. Blosse Erwägungen für eine Verfahrensvereinfachung und -beschleunigung können generell weder eine Verfahrenstrennung noch deren grundsätzliche Ablehnung rechtfertigen (vgl. etwa BGE 138 IV 214, E. 3.5 f., in welchem das Bundesgericht eine Verfahrenstrennung mit Rücksicht auf die Spezialisierung verschiedener Staatsanwaltschaften abgelehnt hat). Wollte man es ganz überspitzt ausdrücken, so könnte man sagen: Prozessökonomische Gründe rechtfertigen aus dieser Sicht eine Verfahrenstrennung, nicht aber die konsequente Sicherung von Verfahrensrechten. Ihre Sicherung scheint vielmehr als eine Art rechtsstaatlicher Luxus, auf den allenfalls eben auch verzichtet werden kann. Eine solche Aussage erscheint angesichts der Vorgaben der eidgenössischen StPO jedoch nicht richtig.

V. Dass man den «Fünfer und das Weggli» nicht gleichzeitig haben kann, muss man – auch bei dem Umgang mit einer neuen StPO – früh lernen, weil man sonst Gefahr läuft, beides zu verlieren. So ist es auch hier: Soll jede Form unverwertbarer Beweise optimal aus den Akten gebannt und sollen gleichzeitig Beweisverwertungsverbote nicht zum Hindernis für Entlastungsbeweise werden, dann muss man in Verfahren gegen mehrere Beschuldigte die Kosten der Verfahrenstrennung zahlen, sonst läuft man Gefahr, keines der beiden Ziele zu erreichen. Die (nicht mehr ganz neue) Schweizerische StPO will eben den Gerichten nicht zumuten, dass unverwertbare Beweise zum Bestandteil der Akten werden, obwohl man gleichzeitig verlangt, dass sie nicht in die Entscheidungsfindung einfließen.

Dass das OGer Zürich ganz am Ende seines Entscheids noch einmal darauf hinweist, dass mit unverwertbaren Akten unter dem Geltungsbereich der Zürcherischen Strafprozessordnung nicht anders verfahren worden wäre, ist verständlich, aber hier schlussendlich nicht massgeblich. Denn der eidgenössische Gesetzgeber hat in Art. 141 Abs. 5 StPO – anders als etwa auch der deutsche, und eben anders als früher der Zürcher Gesetzgeber – eine Regelung geschaffen, die ein aufwändiges Verfahren in Kauf nimmt, damit unverwertbare Beweismittel in ein separates Dossier ver-, und damit die Gefahr der Belastung durch Unverwertbares, gebannt wird. Dieser Linie sollten die Gerichte nun klar folgen, um sich nicht durch rosarote Elefanten irritieren lassen zu müssen.

Prof. Dr. Sabine Gless, Juristische Fakultät, Basel

