

## 1. Verhältnismässigkeitsprinzip im Haft- und Ersatzmassnahmenrecht

Die Haft sowie deren Ersatzmassnahmen sind Zwangsmassnahmen der Strafbehörden, welche in die Grundrechte der Betroffenen eingreifen (Art. 196 StPO<sup>1</sup>).<sup>2</sup> Die Untersuchungs- und Sicherheitshaft i.S.v. Art. 212 ff. StPO stellen die schwersten strafprozessualen Zwangseingriffe dar.<sup>3</sup> Sie tangieren das Grundrecht der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV<sup>4</sup>).<sup>5</sup>

Nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit dürfen Untersuchungs- und Sicherheitshaft daher nur dann angeordnet werden, wenn die damit angestrebten Ziele nicht durch mildere Massnahmen erreicht werden können (Art. 197 Abs. 1 lit. c StPO) und sind aufzuheben, sobald Ersatzmassnahmen zum gleichen Ziel führen (Art. 212 Abs. 2 lit. c StPO).<sup>6</sup> Die Haft ist folglich immer nur als ultima ratio gedacht.<sup>7</sup> Aber auch die Ersatzmassnahmen zur Haft stellen Grundrechtseingriffe dar und sind daher auf ein Minimum zu beschränken.<sup>8</sup> Dies gilt umso mehr, wenn man bedenkt, dass den Zwangsmassnahmen kein Strafcharakter zukommt und sich somit stets gegen Personen richten, die als unschuldig zu erachten sind.<sup>9</sup>

Nachfolgend wird zunächst aufgezeigt, unter welchen Voraussetzungen Ersatzmassnahmen anstelle der Haft angeordnet werden können und die diesbezügliche Rechtsprechung des Bundesgerichts kritisch gewürdigt. Danach werden die wichtigsten Ersatzmassnahmen mit Bezug auf die angestrebten Zwecke vorgestellt. Zum Schluss wird auf die Bedeutung von Ersatzmassnahmen in der Praxis eingegangen.

## 2. Voraussetzungen für die Anordnung von Ersatzmassnahmen

Gemäss Art. 237 Abs. 1 StPO ordnet das zuständige Gericht an Stelle der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft eine oder mehrere mildere Massnahmen an, wenn sie den gleichen Zweck wie die Haft erfüllen. Für die Anordnung von Ersatzmassnahmen müssen dieselben Voraussetzungen erfüllt sein wie für die Untersuchungs- und Sicherheits-

---

<sup>1</sup> Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung, SR 312.0).

<sup>2</sup> MANFRIN FABIO, Von Ersatzmassnahmen, Kanonen und Spatzen, in: *forumpoenale* 2015, S. 243 ff. (zit. MANFRIN, *forumpoenale*), S. 243.

<sup>3</sup> MANFRIN FABIO, Ersatzmassnahmenrecht nach Schweizerischer Strafprozessordnung, Diss. Luzern 2014, Zürich 2014 (zit. MANFRIN, Diss.), S. 13.

<sup>4</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

<sup>5</sup> Botschaft des Bundesrates zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 (zit. Botschaft StPO), S. 1215.

<sup>6</sup> HÄRRI MATTHIAS/WEBER JONAS, in: NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), *Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung*, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK-BEARBEITER, N ... Art. ...), N 1 Art. 237; SCHMID NIKLAUS, *Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts*, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013 (zit. SCHMID, *Handbuch*), N 1053.

<sup>7</sup> BGE 135 I 71 E. 2.3 S. 73.

<sup>8</sup> MANFRIN, Diss., S. 28.

<sup>9</sup> Ebd.; DONATSCH ANDREAS/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/WOHLERS WOLFGANG, *Strafprozessrecht*, 2. Auflage, Zürich 2014, S. 181.

haft.<sup>10</sup> Folglich sind kumulativ ein dringender Tatverdacht hinsichtlich eines Verbrechens oder Vergehens sowie ein besonderer Haftgrund erforderlich.<sup>11</sup>

## 2.1 Dringender Tatverdacht

Gemäss Art. 221 Abs. 1 StPO muss sich der dringende Tatverdacht auf ein Verbrechen oder Vergehen i.S.v. Art. 10 StGB beziehen. Ein dringender Tatverdacht liegt vor, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine Straftat und eine Beteiligung der beschuldigten Person vorliegen.<sup>12</sup>

## 2.2 Besonderer Haftgrund

Zusätzlich zum dringenden Tatverdacht muss einer oder mehrere der in Art. 221 StPO festgehaltenen besonderen Haftgründe (Flucht-, Verdunkelungs-, Wiederholungs- oder Ausführungsgefahr) gegeben sein.<sup>13</sup>

Die Fluchtgefahr i.S.v. Art. 221 Abs. 1 lit. a StPO liegt vor, wenn ernsthaft befürchtet werden muss, dass sich die beschuldigte Person durch Flucht ins Ausland oder indem sie untertaucht dem Strafverfahren oder der zu erwartenden Sanktion entziehen wird.<sup>14</sup> Die Fluchtgefahr wird anhand der konkreten Umstände im Einzelfall beurteilt (bspw. soziale und wirtschaftliche Bindungen, die Schwere der zu erwartenden Strafe, Schulden, Alter etc.).<sup>15</sup> Die beschuldigte Person muss zwar keine konkreten Fluchtpläne geschmiedet haben, trotzdem sind an den Nachweis der Fluchtgefahr hohe Anforderungen zu stellen.<sup>16</sup>

Die Verdunkelungsgefahr (auch: Kollusionsgefahr) i.S.v. Art. 221 Abs. 1 lit. b StPO ist gegeben, wenn aufgrund konkreter Tatsachen anzunehmen ist, dass der Beschuldigte Personen (insbesondere Zeugen oder Mitbeschuldigte) beeinflusst oder auf Beweismittel einwirkt (bspw. Urkunden vernichtet), um so die Wahrheitsfindung zu beeinträchtigen.<sup>17</sup>

Wiederholungsgefahr liegt gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO vor, wenn ernsthaft zu befürchten ist, dass die beschuldigte Person durch schwere Verbrechen oder Vergehen die Sicherheit anderer erheblich gefährdet, nachdem sie bereits früher gleichartige Straf-

---

<sup>10</sup> BSK-HÄRRI/WEBER, N 2 Art. 237; SCHMID, Handbuch, N 1053; Botschaft StPO, S. 1236.

<sup>11</sup> Ebd.; SCHMID NIKLAUS, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 2. Auflage, Zürich/St. Gallen 2013 (zit. SCHMID, Praxiskommentar, N ... Art ...), N 1 Art. 221; Urteil des BGer 1B\_21/2016 vom 05.02.2016 E. 2.

<sup>12</sup> DONATSCH ANDREAS/HIESTAND ELIANE, Wortlaut des Gesetzes oder allgemeine Rechtsprinzipien bei der Auslegung von Normen der StPO, in: ZStrR 2014, S. 1 ff., S. 3; SCHMID, Handbuch, N 1019; m.w.H. OBERHOLZER NIKLAUS, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl., Bern 2012, N 899 ff.; Urteil des BGer 1B\_341/2015 vom 23.10.2015, E. 2.3.1.

<sup>13</sup> SCHMID, Handbuch, N 1021.

<sup>14</sup> SCHMID, Praxiskommentar, N 6 Art. 221.

<sup>15</sup> BSK-FORSTER, N 5 Art. 221.

<sup>16</sup> SCHMID, Handbuch, N 1022.

<sup>17</sup> Ebd., N 1023.

taten verübte. Das Bundesgericht bezeichnet diesen Gesetzeswortlaut als missglückt und lässt für die Wiederholungsgefahr *irgendein* Verbrechen oder ein schweres Vergehen genügen.<sup>18</sup> Grund dafür ist, dass auch weniger schwere Verbrechen mit höheren Strafen bedroht sind als Vergehen.<sup>19</sup>

Gemäss Art. 221 Abs. 2 StPO ist die Haft auch zulässig, wenn ernsthaft zu befürchten ist, eine Person werde ihre Drohung, ein schweres Verbrechen auszuführen, wahrmachen (sog. Ausführungsgefahr).

### 2.3 Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Das Bundesgericht lässt für die Anordnung von Ersatzmassnahmen geringere Anforderungen an den Nachweis des dringenden Tatverdachts und der besonderen Haftgründe (insb. der Fluchtgefahr) genügen als bei der Haftanordnung.<sup>20</sup> Es begründet dies damit, dass Ersatzmassnahmen weniger stark in die Grundrechte der Betroffenen eingreifen als die Haft.<sup>21</sup>

Die Lehre steht dieser Rechtsprechung allerdings kritisch gegenüber.<sup>22</sup> Denn gemäss Art. 237 Abs. 1 StPO werden Ersatzmassnahmen „an Stelle“ der Untersuchungs- und Sicherheitshaft angeordnet. Nach dem Wortlaut der Bestimmung sei eindeutig, dass die Voraussetzungen für die Haftanordnung in gleichem Masse auch bei der Anordnung von Ersatzmassnahmen vorliegen müssen.<sup>23</sup> Den Ersatzmassnahmen solle folglich keine eigenständige - von der Haft losgelöste - Bedeutung zukommen.<sup>24</sup> Das Gericht habe demnach als erstes zu überprüfen, ob die Voraussetzungen für die Untersuchungs- und Sicherheitshaft gegeben sind. Erst wenn diese bejaht werden, könne in einem zweiten Schritt unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit geprüft werden, ob allenfalls eine - oder mehrere - mildere Ersatzmassnahmen den gleichen Zweck erfüllen könnten. Eine vorgezogene Verhältnismässigkeitsprüfung zwischen Eingriffszweck und Eingriffsintensität sei daher unzulässig.<sup>25</sup>

Folgt man der Lehre, so hat dies bspw. zur Konsequenz, dass wenn keine eigentliche Fluchtgefahr, aber doch eine gewisse Fluchtneigung vorliegt, weder eine Haft noch Er-

---

<sup>18</sup> BGE 137 IV 84 E. 3.2 S. 86; Urteil des BGer 1B\_81/2012 vom 05.03.2012 E. 3.2; ausführlich DONATSCH/HIESTAND, S. 3 ff.

<sup>19</sup> BGE 137 IV 84 E. 3.2 S. 86.

<sup>20</sup> Urteil des BStrG BH.2015.10 vom 27.01.2016 E. 1; Urteil BGer 1B\_217/2011 vom 07.06.2011 E. 5.3; Urteil BGer 1B\_172/2010 vom 25.10.2010 E. 3.1.

<sup>21</sup> Urteil BGer 1B\_217/2011 vom 07.06.2011 E. 5.3.

<sup>22</sup> BSK-HÄRRI/WEBER, N 3 Art. 237; EL-HAKIM ADAM, Urteil des BGer 1B\_251/2015 vom 12.08.2015, *forum poenale* 2016 S. 13 ff, S. 16; SCHMID, Handbuch, N 1053; DERS., *Praxiskommentar*, N 1 Art. 237; MANFRIN, Diss., S. 100 ff; a.M. OBERHOLZER, N 1023.

<sup>23</sup> HUG MARKUS/SCHIEDEGGER ALEXANDRA, in: DONATSCH ANDREAS/HANSJAKOB THOMAS/LIEBER VIKTOR (Hrsg.), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)*, 2. Auflage, Zürich 2014, N 2 Art. 237; MANFRIN, Diss., S. 16.

<sup>24</sup> Ebd.

<sup>25</sup> Ebd., S. 342 f.

satzmassnahmen angeordnet werden können.<sup>26</sup> Das bedeutet ebenfalls, dass eine Person, welche sich aufgrund von Fluchtgefahr in Haft befindet, aus dieser ohne die Möglichkeit der Anordnung von Ersatzmassnahmen entlassen werden muss, sobald keine Fluchtgefahr mehr besteht - auch wenn eine Fluchtneigung nicht ausgeschlossen werden kann.<sup>27</sup>

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts hingegen kann einer Fluchtneigung bspw. mithilfe der Ausweis- und Schriftensperre i.S.v. Art. 237 Abs. 2 lit. b StPO oder der Ein- bzw. Ausgrenzung<sup>28</sup> i.S.v. Art. 237 Abs. 2 lit. c StPO begegnet werden.<sup>29</sup>

Der Rechtsprechung des Bundesgerichts fehlt eine dogmatische Stütze.<sup>30</sup> Zwar scheint sie im konkreten Fall sehr pragmatische und wirkungsvolle Lösungen anzubieten. Dabei darf aber nicht vergessen werden, dass die Personen, gegen welche sich diese Ersatzmassnahmen richten, als unschuldig zu betrachten sind. Auch wenn die Ersatzmassnahmen weniger einschneidend sind als die Haft, bedeuten sie doch einen Grundrechtseingriff für die Betroffenen. Es ist daher der Ansicht der Lehre zu folgen, wonach für die Anordnung von Ersatzmassnahmen der dringende Tatverdacht sowie der besondere Haftgrund in gleichem Mass nachgewiesen werden muss wie bei der Haftanordnung. Weder aus dem Gesetzestext noch aus der Botschaft<sup>31</sup> lässt sich eine eigenständige Bedeutung der Ersatzmassnahmen ableiten. Sind die Voraussetzungen für die Untersuchungs- und Sicherheitshaft nicht gegeben, muss demnach auf die Anordnung von Ersatzmassnahmen verzichtet werden. Immerhin verbleiben noch zivil- und polizeirechtliche Möglichkeiten wie Wegweisung, Rayon- und Kontaktverbote.<sup>32</sup>

### 3. Mögliche Ersatzmassnahmen

Art. 237 Abs. 2 StPO enthält eine Aufzählung von möglichen Ersatzmassnahmen, welche allerdings nicht abschliessend ist.<sup>33</sup> Um bspw. der Fluchtgefahr einer beschuldigten Person entgegenzuwirken, fallen vorwiegend die Sicherheitsleistung (Art. 237 Abs. 2 StPO lit. a StPO), die Ausweis- und Schriftensperre (Art. 237 Abs. 2 StPO lit. b StPO), eine Eingrenzung (Art. 237 Abs. 2 StPO lit. c StPO) und das sog. Electronic Monitoring i.S.v. Art. 237 Abs. 3 StPO in Betracht.<sup>34</sup> Bei der Sicherheitsleistung (Art. 237 Abs. 2 StPO lit. a StPO) handelt es sich gemäss Art. 238 Abs. 1 StPO um eine Geldleistung, die sicherstellen soll, dass sich die beschuldigte Person jederzeit zu Verfahrenshandlungen oder zum Antritt einer freiheitsentziehenden Sanktion einfindet. Die Ausweis- und

<sup>26</sup> Ebd., S. 342.

<sup>27</sup> Vgl. Urteil des BGer 1B\_632/2011 vom 02.12.2011 E. 5.4.

<sup>28</sup> SCHMID, Handbuch, N 1054.

<sup>29</sup> Urteil des BGer 1B\_632/2011 vom 02.12.2011 E. 5.4.

<sup>30</sup> MANFRIN, Diss., S. 342.

<sup>31</sup> Botschaft StPO, S. 1236.

<sup>32</sup> ZIMMERLIN SVEN, Uferloses Strafrecht? Von unnötigen und unklaren Bestimmungen - und solchen, die noch umzusetzen sind, in: *forum poenale* 2013, S. 228 ff., S. 230.

<sup>33</sup> BSK-HÄRRI/WEBER, N 7 Art. 237.

<sup>34</sup> Vgl. BSK-HÄRRI/WEBER, N 9 ff. Art. 237; SCHMID, Handbuch, N 1054 ff.

Schriftensperre (Art. 237 Abs. 2 StPO lit. b StPO) soll es der beschuldigten Person erschweren, das Land zu verlassen, indem Pass und Identitätskarte beschlagnahmt werden.<sup>35</sup> Bei der Eingrenzung (Art. 237 Abs. 2 StPO lit. c StPO) ordnet das Gericht an, dass sich die beschuldigte Person nur an einem bestimmten Ort aufhalten darf.<sup>36</sup> Diese Ersatzmassnahme kann auch mit dem sog. Electronic Monitoring (Art. 237 Abs. 3 StPO) verbunden werden, bei dem mithilfe eines elektronischen Überwachungsgeräts (bspw. am Bein der beschuldigten Person) ein Hausarrest überwacht wird.<sup>37</sup> Dabei wird unterschieden zwischen Geräten, welche nur die Anwesenheit einer Person an einem bestimmten Ort mittels eines Senders überprüfen können (sog. Anwesenheitskontrolle) und Geräten, welche die beschuldigte Person mittels GPS überall und in Echtzeit orten können (sog. Aufenthaltskontrolle).<sup>38</sup> Bei der Aufenthaltskontrolle mittels GPS-Daten kann einer Fluchtgefahr effektiver entgegengewirkt werden, da sich die betroffene Person wohl eher an den Hausarrest hält, wenn sie weiss, dass sie bei einem Fluchtversuch sofort geortet werden kann.<sup>39</sup> Noch wird das Electronic Monitoring allerdings selten angewandt.<sup>40</sup> Es ist aber denkbar, dass sich unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit in vielen Fällen die elektronische Überwachung als mildere Massnahme gegenüber der Untersuchungs- und Sicherheitshaft aufdrängt und von den beschuldigten Personen auch vermehrt verlangt wird.

Neben den in Art. 237 StPO aufgezählten Beispielen kommen auch andere Ersatzmassnahmen in Betracht. So kann in Fällen von häuslicher Gewalt etwa eine Rückkehr in die gemeinsame Wohnung untersagt werden, um eine Ausführungs- bzw. Wiederholungsgefahr zu vermindern.<sup>41</sup> Denkbar sind weiter auch die Sperrung von Bankkonten bei Fluchtgefahr<sup>42</sup> oder die Auflage, bei einer bestimmten Person zu wohnen, welche einen positiven Effekt auf die Wiederholungs- oder Ausführungsgefahr hat.<sup>43</sup> Um einer Kollusionsgefahr entgegenzuwirken, ist eine Ausgrenzung i.S.v. Art. 237 Abs. 2 StPO lit. c StPO denkbar, bei der es der beschuldigten Person bspw. verboten wird, ein bestimmtes Gebiet zu betreten, in welchem Tatspuren vermutet werden.<sup>44</sup>

Der Katalog an verschiedenen Ersatzmassnahmen ist sehr breit. So kann im konkreten Einzelfall gezielt auf die verschiedenen Gefahren reagiert werden.

---

<sup>35</sup> BSK-HÄRRI/WEBER, N 9 Art. 237.

<sup>36</sup> SCHMID, Handbuch, N 1054.

<sup>37</sup> Ebd., N 1055; BSK-HÄRRI/WEBER, N 12 Art. 237.

<sup>38</sup> Ausführlich BSK-HÄRRI/WEBER, N 34 ff. Art. 237.

<sup>39</sup> BSK-HÄRRI/WEBER, N 43 Art. 237.

<sup>40</sup> Ebd., N 13 Art. 237; vgl. Urteil des BGer 1B\_251/2015 vom 12.08.2015 E. 4.5, in welchem die elektronische Fussfessel schlechthin als ungeeignet zur Begegnung der Fluchtgefahr bewertet wird, ohne dies näher zu begründen.

<sup>41</sup> SCHMID, Praxiskommentar, N 5 Art. 237.

<sup>42</sup> BSK-HÄRRI/WEBER, N 29 Art. 237.

<sup>43</sup> Ebd., N 30 Art. 237.

<sup>44</sup> Ebd., N 12 Art. 237.

#### 4. Bedeutung von Ersatzmassnahmen in der Praxis

Die Ersatzmassnahmen als - wie im Gesetz vorgesehen - Ersatz für die Haft haben in der Praxis eine geringe Bedeutung. Hierfür gibt es verschiedene Gründe. Einerseits werden die Ersatzmassnahmen von den Gerichten schlichtweg als wenig wirksam bewertet, um den besonderen Haftgründen wie etwa einer Fluchtgefahr zu begegnen. Andererseits werden die Ersatzmassnahmen in der Praxis der Gerichte von den Haftvoraussetzungen entkoppelt und kommen dann zur Anwendung, wenn eine Gefährdung (Flucht-, Verdunkelungs-, Wiederholungs- oder Ausführungsgefahr) nicht das nötige Mass erreicht, um eine Haft anordnen zu können.<sup>45</sup> Im Allgemeinen ist aber auch anzunehmen, dass die Staatsanwaltschaft meist nur dann ans Zwangsmassnahmengericht gelangt, wenn auch Aussicht auf eine Haftanordnung besteht - denselben Aufwand lediglich für die Anordnung einer Ersatzmassnahme zu betreiben, lohnt sich schlichtweg nicht.<sup>46</sup> Darüber hinaus bestehen auch zivil- und polizeirechtliche Möglichkeiten wie Wegweisung, Rayon- und Kontaktverbote.<sup>47</sup> Die Bedeutung von Ersatzmassnahmen in der Praxis ist daher - ob als Haftersatz oder als eigenständige Zwangsmassnahmen - wohl eher als gering einzuschätzen.

#### 5. Schlussbetrachtung

Ersatzmassnahmen bieten massgeschneiderte und im konkreten Fall wohl auch durchaus effektive Alternativen zur Haft. Ihre geringe Bedeutung in der Praxis ist daher zu bedauern. Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit wäre eine dem Wortlaut von Art. 237 Abs. 1 StPO entsprechende Anwendung im Bezug auf die Voraussetzungen der Anordnung von Ersatzmassnahmen wünschenswert. Immerhin bedeuten sie einen Eingriff in die Grundrechte von Personen, welche als unschuldig zu erachten sind. Sind die Voraussetzungen des dringenden Tatverdachts und des besonderen Haftgrundes nicht in der gesetzlich vorgesehenen Intensität gegeben, sollten daher keine Ersatzmassnahmen i.S.v. Art. 237 StPO angeordnet werden.

---

<sup>45</sup> Zum Ganzen MANFRIN, Diss., S. 350 f.

<sup>46</sup> ZIMMERLIN, S. 230.

<sup>47</sup> Ebd.

## Eigenständigkeitserklärung

Hiermit erkläre ich, dass ich die vorliegende schriftliche Arbeit selbständig und nur unter Zuhilfenahme der in den Verzeichnissen oder in den Anmerkungen genannten Quellen angefertigt habe. Ich versichere zudem, diese Arbeit nicht bereits anderweitig als Leistungsnachweis verwendet zu haben. Eine Überprüfung der Arbeit auf Plagiate unter Einsatz entsprechender Software darf vorgenommen werden.

Zürich, 8. April 2016

Rahel Hauser