

**Nr. 32** Kassationsgericht Zürich, Verfügung vom 27. Dezember 2007 i. S. X. gegen Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich – Kass.-Nr. AC070021/Z04

**§§ 58 Abs. 1, 72 ff. StPO/ZH: Anforderungen an den Nachweis der Fluchtgefahr bei Anordnung einer Dokumentensperre.**

Ersatzmassnahmen im Sinne der §§ 72 f. StPO/ZH können nur dann angeordnet werden, wenn die Voraussetzungen der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft erfüllt sind. Daher sind entgegen der neueren Praxis des Bundesgerichts bei der Anordnung der Ersatzmassnahmen dieselben Anforderungen an die Annahme von Fluchtgefahr zu stellen wie bei der Anordnung prozessualer Haft. (Regeste forumpoenale)

**§§ 58 al. 1, 72 ss. CPP/ZH: exigences relatives à la démonstration du risque de fuite en cas d'obligation faite au prévenu de déposer ses papiers d'identité.**

Il n'y a de place pour des mesures de substitution selon les §§ 72 s. CPP/ZH que si les conditions de la détention provisoire ou de la détention pour des motifs de sûreté sont remplies. S'agissant de l'admission d'un risque de fuite et contre la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, le prononcé de mesures de substitution doit dès lors être soumis aux mêmes exigences que la mise en détention. (Résumé forumpoenale)

**§§ 58 cpv. 1, 72 segg. CPP/ZH: esigenze concernenti la prova del pericolo di fuga in caso di disposizione del blocco dei documenti d'identità.**

Le misure sostitutive ai sensi dei §§ 72 seg. CPP/ZH possono essere pronunciate solo se sono adempiuti i presupposti della carcerazione preventiva o della carcerazione di sicurezza. Contrariamente alla giurisprudenza recente del Tribunale federale, nell'ordinare delle misure sostitutive occorre perciò porre gli stessi requisiti che per la disposizione della carcerazione. (Regesto forumpoenale)

### Sachverhalt:

X. wurde erstinstanzlich wegen versuchten Mordes zu zwölf Jahren Freiheitsstrafe verurteilt. Das Kassationsverfahren ist noch anhängig. Nach Bewilligung des vorzeitigen Strafantritts wies der Haftrichter zwei Gesuche der X. um ihre Entlassung ab. Im Anschluss an eine deswegen erhobene staatsrechtliche Beschwerde gab die Präsidentin der Anklagekammer des Obergerichtes im Oktober 2006 einem erneuten Haftentlassungsgesuch der X. statt, ordnete jedoch eine Pass- und Schriftensperre an. Die Staatsanwaltschaft beantragte im Juni 2007 beim Präsidenten der II. Strafkammer des Obergerichtes, X. nach der Urteileröffnung – da Fluchtgefahr bestehe – in Sicherheitshaft zu versetzen. Die Beschwerdeführerin beantragte hingegen die Aufhebung der angeordneten Dokumentensperre, weil keine Fluchtgefahr bestehe. Der Präsident der genannten Strafkammer wies beide Anträge ab. Das Kassationsgericht hat die Aufhebung der Pass- und Schriftensperre verfügt.

### Aus den Erwägungen:

[...]

4.3

a) Hinsichtlich der besonderen Haftgründe im Sinne von § 58 Abs. 1 StPO kann sich im gegenwärtigen Verfahrensstadium nur noch die Frage nach dem Vorliegen von Fluchtgefahr stellen. Für die Annahme von Fluchtgefahr ist vorausgesetzt, dass eine Flucht nicht nur möglich, sondern in erhöhtem Masse wahrscheinlich ist (DONATSCH, [in: DONATSCH/SCHMID, Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, 1. Lfg., Stand: März 1996], N 29 zu § 58 StPO m.H.). Massgebend sind primär die persönlichen Verhältnisse des Betroffenen sowie die konkreten Umstände (näher dazu DONATSCH, a.a.O., N 31 zu § 58 StPO, und SYLVIA FISNAR, Ersatzanordnungen für Untersuchungshaft und Sicherheitshaft im zürcherischen Strafprozess, Diss. Zürich 1997, S. 51 m.H.). Die Höhe der zu erwartenden (bzw. restlichen) Freiheitsstrafe genügt für sich allein nicht für die Annahme von Fluchtgefahr, sondern sie kann immer nur neben anderen, eine Flucht begünstigenden Tatsachen herangezogen werden (BGE 125 I 62 Erw. 3.a m.H.; Pra 2000 Nr. 18 Erw. 4.a m.H.; Pra 2001 Nr. 76 Erw. 3.b m.H.; vgl. auch ZR 89 Nr. 109 Erw. 4.b und DONATSCH, a.a.O., N 29 ff. zu § 58 StPO).

b) Wie erwähnt, haben Bundesgericht und die Präsidentin der Anklagekammer im Oktober 2006 das Vorliegen einer erheblichen Fluchtgefahr verneint. Auch der Präsident der II. Strafkammer hat in seiner Verfügung vom 29. Juni 2007 – insbesondere unter Darlegung der persönlichen Verhältnisse der Beschwerdeführerin – eine solche Fluchtgefahr als nicht gegeben erachtet. Den entsprechenden Erwägungen ist zuzustimmen. Es sind den Akten auch keinerlei Hinweise zu entnehmen, die darauf hindeuten würden, dass sich die Gefahr einer Flucht der Beschwerdeführerin in der Zwischenzeit erhöht hätte. Das Argument der Beschwerdeführerin, die Beschwerdeführerin wisse nach der Ausfällung des Urteils der II. Strafkammer des Obergerichtes nun sicher, dass sie eine langjährige Freiheitsstrafe zu verbüssen haben wer-

de, überzeugt nicht. Zum einen ist – wie erwähnt – die Höhe der zu erwartenden (bzw. restlichen) Freiheitsstrafe lediglich ein (für sich allein nicht genügendes) Indiz für die Annahme von Fluchtgefahr. Zum anderen musste die (der versuchten Tötung geständige) Beschwerdeführerin schon vor der Ausfällung des obergerichtlichen Urteiles mit einer längeren Freiheitsstrafe rechnen, weshalb sich insofern die Verhältnisse seit dem Erlass des Urteiles nicht wesentlich geändert haben. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass nach wie vor keine erhebliche Fluchtgefahr besteht.

c) Die Präsidentin der Anklagekammer hielt in ihrer Verfügung vom 31. Oktober 2006 unter Hinweis auf die §§ 72 und 74 StPO fest, einer allfälligen verbleibenden Untertauch-/Fluchtgefahr könne durch die Anordnung der Haftersatzmassnahme der Dokumentensperre hinreichend begegnet werden [...]. Der Präsident der II. Strafkammer führte in seiner Verfügung vom 29. Juni 2007 aus, nach der Verurteilung der Beschwerdeführerin zu einer langjährigen Freiheitsstrafe sei die Aufrechterhaltung der Dokumentensperre als vergleichsweise milde Massnahme zur Sicherung des Strafvollzuges ohne weiteres verhältnismässig [...]. Beide Richter gehen somit davon aus, Ersatzmassnahmen im Sinne der §§ 72 ff. StPO könnten dann angeordnet (bzw. aufrechterhalten) werden, wenn zwar der Haftgrund der erheblichen Fluchtgefahr gemäss § 58 Abs. 1 Ziff. 1 StPO nicht erfüllt sei, jedoch von einer «gewissen» Fluchtgefahr auszugehen sei. Auch das Bundesgericht geht in neueren Entscheidungen davon aus, dass bei Ersatzmassnahmen weniger hohe Anforderungen an die Annahme von Fluchtgefahr als bei der Anordnung prozessualer Haft gelten (BGE 130 I 236 Erw. 2.2; 1P.704/2004, Urteil vom 29. Dezember 2004 i.S. X. Erw. 4); auch im vorliegenden Verfahren hat es derart erwo-gen [...]. Zu erwähnen ist hierzu allerdings, dass das Bundesgericht in früheren Entscheidungen festgehalten hat, dass aus ihrer Natur als Ersatz für die Untersuchungshaft folge, dass Ersatzmassnahmen (im damaligen Fall eine Fluchtkaution) nur dann angeordnet werden könnten, wenn und solange ein Grund für die Untersuchungshaft bestehe (BGE 117 Ia 208 f. Erw. 2.b bzw. Pra 71 Nr. 67 Erw. 2.b m.H.a. BGE 95 I 204 bzw. Pra 58 Nr. 124).

Gemäss Praxis des Kassationsgerichtes hingegen können Ersatzmassnahmen im Sinne der §§ 72 f. StPO nur dann angeordnet werden, wenn die Voraussetzungen der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft erfüllt sind (Kass.-Nr. 99/236, Verfügung vom 7.1.2000 i.S. S. Erw. 5.c; Kass.-Nr. 2003/082, Verfügung vom 8.4.2003 i.S. C. Erw. 7). In der erstgenannten Verfügung wurde zudem ausdrücklich festgehalten, es sei insbesondere unzulässig, im Hinblick auf die Anordnung einer Ersatzmassnahme an den Nachweis der Fluchtgefahr geringere Anforderungen zu stellen als im Zusammenhang mit der Untersuchungs- bzw. Sicherheitshaft. Diese Praxis entspricht im Übrigen auch der Lehre (DONATSCH, a.a.O., N 5 f. zu § 72 StPO m.H.; FISNAR, a.a.O., S. 15–17; SCHMID, Strafprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 2004, Rz 717; vgl. auch

HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, § 69 Rz 45).

Im Lichte dieser kassationsgerichtlichen Praxis sowie der genannten Lehrmeinungen kann im vorliegenden Fall angesichts des Fehlens einer Fluchtgefahr im Sinne von § 58 Abs. 1 Ziff. 1 StPO (und anderer besonderer Haftgründe) die angeordnete Dokumentensperre – unabhängig von der Frage nach ihrer Verhältnismässigkeit – nicht aufrechterhalten werden.

[...]

### Bemerkungen:

Das Urteil des Kassationsgerichts Zürich, in welchem es ausdrücklich von der Rechtsprechung des Bundesgerichts abweicht, gibt Gelegenheit, sich mit der Frage zu beschäftigen, ob die Ersatzmassnahme der Pass- und Schriftensperre nach § 72 StPO/ZH nur dann angeordnet werden darf, wenn alle Voraussetzungen der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft erfüllt sind (so die Praxis des Kassationsgerichts des Kantons Zürich) oder ob die Massnahme auch dann anwendbar ist, wenn eine Fluchtgefahr i.S.d. § 58 StPO/ZH nicht festgestellt werden kann (so die neuere Praxis des Bundesgerichts). Die in § 72 Abs. 1 StPO/ZH geregelte Pass- und Schriftensperre kann nach ihrem Wortlaut «anstelle von Untersuchungs- oder Sicherheitshaft» angeordnet werden. Sinn und Zweck dieser Massnahme ist es, dem Subsidiaritätsgrundsatz Rechnung zu tragen und wenn immer möglich auf die Anordnung oder Aufrechterhaltung von Untersuchungshaft zu verzichten (DONATSCH, in: DONATSCH/SCHMID [Hrsg.], Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, Zürich, Stand: 1. Lfg. 1996, § 72 N 1), wenn sich der mit der Verhaftung angestrebte Zweck auch durch eine weniger einschneidende Massnahme erzielen lässt (KÜNG/HAURI/BRUNNER, Handkommentar zur Zürcher Strafprozessordnung, Bern 2005, § 72 N 1).

Das Bundesgericht argumentiert nun in seiner neueren Rechtsprechung – auch in dem hier dem kassationsgerichtlichen Entscheid zugrunde liegenden Strafverfahren – dahingehend, dass es sich bei der «Pass- und Schriftensperre um eine mildere Ersatzmassnahme anstelle von strafprozessualer Haft handelt, mit der (im Rahmen der Verhältnismässigkeit) einer gewissen Fluchtgefahr des Angeschuldigten vorgebeugt werden kann» (BGE 130 I 234, 236, E. 2.2; bestätigt in BGer, Urteil v. 17.12.2007, 1B.139/2007, E. 3). «Ein mit Untersuchungshaft verbundener Freiheitsentzug stellt eine deutlich schärfere Zwangsmassnahme dar, für deren Erlass schon unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit in der Regel höhere Anforderungen zu gelten haben als für die Anordnung einer blossen Pass- und Schriftensperre ...» (BGer, Urteil v. 29.12.2004, 1P.704/2004, E. 4.1; bestätigt in BGer, Urteil v. 17.12.2007, 1B.139/2007, E. 3.1 und BGer, Urteil v. 19.3.2008, 1B.51/2008, E. 6).

Problematisch an dieser Rechtsprechung ist, dass das Bundesgericht unmittelbar die Frage der Verhältnismässigkeit

diskutiert, während es über das vorgelagerte Problem der notwendigen gesetzlichen Grundlage ohne weitere Diskussionen hinweggeht. Zwar prüft es die Verhältnismässigkeit im Rahmen der Vorschriften der §§ 72, 58 StPO/ZH, geht aber mit keinem Wort darauf ein, dass § 72 StPO/ZH lediglich eine Anordnung «anstelle» der Untersuchungshaft zulässt und somit seinem eindeutigen Wortlaut nach eigentlich fordert, dass die Voraussetzungen der Haft gegeben sein müssen.

Demgegenüber sieht das Kassationsgericht des Kantons Zürich die Anordnung einer Pass- und Schriftensperre ausschliesslich als blosser Ersatzanordnung zur Untersuchungs- oder Sicherheitshaft. Es will eine Anordnung nur dann zulassen, wenn auch die Voraussetzungen für die Untersuchungshaft, insbesondere ernsthafte Befürchtungen für eine Flucht, vorliegen. Es liegt damit auf der Linie der strafprozessualen Literatur, welche die Pass- und Schriftensperre als eine Massnahme ohne selbständigen Charakter ansieht (vgl. DONATSCH, § 72 N 5; ebenso FISNAR, Ersatzanordnungen für Untersuchungshaft und Sicherheitshaft im zürcherischen Strafprozess, Zürich 1997, 15). Aufgrund des unselbständigen Charakters dieser Ersatzmassnahme besteht die Möglichkeit ihrer Anordnung nach dieser Auffassung immer nur dann, wenn die Voraussetzungen für die Anordnung der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft gegeben sind, welche in § 58, 67 StPO/ZH normiert sind (DONATSCH, § 72 N 6; ebenso FISNAR, 49 f.).

Die Anordnung einer Pass- und Schriftensperre tangiert die persönliche Freiheit (gemäss Art. 10 Abs. 2 BV), indem sie die Bewegungsfreiheit der betroffenen Person auf das Gebiet der Schweiz beschränkt. Handelt es sich bei der betroffenen Person um einen Schweizer Bürger, ist auch die Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit (gemäss Art. 24 Abs. 2 BV) zu prüfen» (FISNAR, 23, 56 f.; DONATSCH, § 72 N 21). Aufgrund des Gesetzmässigkeitsprinzips bedarf es für die Anordnung einer solchen Massnahme somit zwingend einer gesetzlichen Grundlage, respektive müssen die gewöhnlichen Voraussetzungen für die Einschränkung eines Freiheitsrechts nach Art. 36 BV vorliegen, d.h. gesetzliche Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV), öffentliches Interesse (Art. 36 Abs. 2 BV), Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV) und Untastbarkeit des Kerngehalts (Art. 36 Abs. 4 BV).

Wenn nun das Bundesgericht die Anordnung einer Pass- und Schriftensperre allein anhand des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes nach Art. 36 Abs. 3 BV prüft, mag dies zwar im Ergebnis zutreffend sein – das Bundesgericht geht damit aber den dritten Schritt vor dem ersten. Für die Anwendung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes kann hier kein Raum sein, da es schon an der ersten Einschränkungsvoraussetzung, der gesetzlichen Grundlage nach Art. 36 Abs. 1 BV, fehlt. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit wäre nur dann von Relevanz, wenn die Voraussetzungen von § 58 StPO/ZH erfüllt wären, wenn also grundsätzlich Untersuchungs- respektive Sicherheitshaft angeordnet werden, der mit der

Untersuchungshaft verfolgte Zweck aber auch durch eine Pass- und Schriftensperre erreicht werden könnte. Denn «unter mehreren Mitteln, die zur Verfügung stehen, ist jeweils das schonendste auszuwählen» (HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, Schweizerisches Strafprozessrecht, 6. Aufl., Basel 2005, § 67 N 10). Zwar kann eine Pass- und Schriftensperre unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit auch dann angeordnet werden, wenn die Voraussetzungen für die Anordnung von Untersuchungs- respektive Sicherheitshaft erfüllt sind, das einschlägige kantonale Prozessrecht diese Ersatzmassnahme aber gesetzlich *nicht* vorsieht. Deren Zulässigkeit ergibt sich dann aus dem Satz «in maiore (Haft) minus (Ersatzmassnahme)» (HAUSER/SCHWERI/HARTMANN, § 68 N 45). Im Fall der Zürcher StPO sind die Verhältnisse aber gerade umgekehrt: Hier existiert bereits eine gesetzliche Regelung für die Pass- und Schriftensperre. Diese ist als leichte Massnahme aber nur dafür vorgesehen, *anstelle* einer schweren zu treten. Sie beinhaltet also zwingend immer auch die Voraussetzungen der schweren Massnahme. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung überträgt diese leichte Massnahme nun auf einen Sachverhalt, bei dem die schwere Massnahme gerade nicht anwendbar ist. Damit bekommt die Massnahme aber einen selbständigen Charakter. Der vom Bundesgericht herangezogene Verhältnismässigkeitsgrundsatz, der Eingriffe begrenzen soll, führt damit zur Schaffung einer Eingriffsgrundlage für Sachverhalte, für die bisher *überhaupt keine* Regelung existierte.

Zuzugeben ist, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung im Ergebnis überzeugt. Es wäre wünschenswert und würde sicherlich einem Bedürfnis der Praxis entsprechen, wenn die Möglichkeit der Anordnung einer Pass- und Schriftensperre bestehen würde, auch wenn die Voraussetzungen zur Anordnung von Untersuchungs- oder Sicherheitshaft nicht vorliegen würden, aber einer gewissen Fluchtneigung des Angeschuldigten entgegenwirken muss. Da die Anordnung der Pass- und Schriftensperre, wie bereits oben erwähnt, die persönliche Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV tangiert, ist deren Anordnung mit selbständigem Charakter aber ausschliesslich aufgrund einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage realisierbar. Die Zürcher Strafprozessordnung enthält eine solche Grundlage nicht. Dieser Befund wird sich leider auch unter der kommenden Schweizerischen Strafprozessordnung nicht ändern. Die Ausweis- und Schriftensperre ist wiederum nur als Ersatzmassnahme zur Untersuchungshaft ausgestaltet (siehe Art. 237 Abs. 2 lit. b StPO/CH).

Lic. iur. Sonja Pflaum/assess. iur. Stephan Schlegel,  
Wissenschaftliche Assistenten an der Universität Zürich ■