

## **IV Prozessuale Zwangsmittel**

---



# A Durchsuchung von Orten und Personen

## Fall 45

---

*Hausdurchsuchung, Personendurchsuchung, Gefahr im Verzug, freiwillige Nachschau*

### Sachverhalt

Die Polizei bekommt einen Hinweis aus der „Szene“, dass sich der wegen gewerbsmäßigen Betrugs (§§ 146, 147 Abs 1 Z 1, 148 zweiter Fall StGB) gesuchte A in der Wohnung seiner Freundin B aufhält. Zwei Polizisten läuten an der Wohnungstüre von B. Diese öffnet.

### Aufgaben

1. Welche formellen und materiellen Voraussetzungen müssen für die Durchsuchung der Wohnung von B vorliegen?
2. Sind die Polizisten berechtigt, B dahingehend zu durchsuchen, ob sie Gegenstände bei sich hat, die dem A gehören?

### Lösung

**Ad 1)** Zwangsmittel und Informationseingriffe berühren auch immer Grundrechte der betroffenen Personen und sind daher nur zulässig, wenn sie gesetzlich vorgesehen sind und unter den gesetzlich normierten Voraussetzungen stattfinden. Die **Durchsuchung von Orten und Gegenständen** gem §§ 117 Z 2, 119ff betrifft einerseits das Grundrecht auf das **Hausrecht** (vgl BVG zum Schutz des Hausrechts), andererseits das Grundrecht auf **Privatsphäre** (Art 8 EMRK).

Gemäß § 117 Z 2 lit b zählt zur Durchsuchung von Orten und Gegenständen das Durchsuchen einer Wohnung oder eines anderen Ortes, der durch das Hausrecht geschützt ist und darin befindlicher Gegenstände. Gemäß § 119 Abs 1 ist eine solche Durchsuchung ua dann zulässig, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass sich dort eine Person verbirgt, die einer Straftat verdächtig ist (**materielle Voraussetzung**). Diese materielle Voraussetzung ist im vorliegenden Fall erfüllt, da die Polizei aufgrund des

Hinweises aus der „Szene“ davon ausgeht, dass sich A in der Wohnung der B aufhält.

Gemäß § 120 Abs 1 bedarf es zur Wohnungsdurchsuchung einer Anordnung der StA aufgrund einer gerichtlichen Bewilligung (**formelle Voraussetzung**). Daran fehlt es im vorliegenden Fall mangels gegenteiliger Angaben im SV. Bei Gefahr im Verzug darf die KrimPol jedoch eine Wohnungsdurchsuchung auch ohne Anordnung der StA und ohne gerichtliche Bewilligung vornehmen. Der Begriff der **Gefahr im Verzug** ist dabei **restriktiv** auszulegen. Sie ist dann anzunehmen, wenn Anordnung der StA und gerichtliche Bewilligung nicht rechtzeitig eingeholt werden können, ohne dabei den Durchsuchungserfolg zu gefährden. Sowohl bei der StA als auch bei Gericht gibt es zuständige Personen, die im Zuge der Verrichtung des Journaldienstes rund um die Uhr erreichbar sein müssen.<sup>1</sup> Aus dem SV geht auch nicht hervor, dass mit der Flucht des A zu rechnen sei, weshalb Gefahr im Verzug hier nicht anzunehmen ist und somit die formelle Voraussetzung der Wohnungsdurchsuchung nicht vorliegt. Die allgemeine Möglichkeit, der Verdächtige könnte fliehen, reicht für die Annahme von Gefahr in Verzug nicht aus. Es bräuchte konkret vorliegende Tatsachen.<sup>2</sup>

Für alle Grundrechtseingriffe ist zu bedenken, dass **auf Grundrechte verzichtet** werden kann. Prozessuale Zwangsmittel zeichnen sich dadurch aus, dass sie von staatlichen Behörden gegen den Willen des Grundrechtsträgers durchgeführt werden. Gemäß § 121 Abs 1 ist der Betroffene unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten vor jeder Durchsuchung aufzufordern, die Durchsuchung (freiwillig) zuzulassen oder das Gesuchte freiwillig herauszugeben. Ist daher jemand mit der Durchsuchung durch die Polizei einverstanden, handelt es sich um keine Haus- oder Personendurchsuchung, sondern um eine sog „**freiwillige Nachschau**“. Die Bestimmungen der StPO und die darin normierten formellen und materiellen Voraussetzungen sind auf solche Fälle von vornherein nicht anwendbar.<sup>3</sup>

**Ad 2)** Die StPO differenziert zwischen der **Durchsuchung einer Person gem § 117 Z 3 (Suche am Körper)** und der **körperlichen Untersuchung gem § 117 Z 4 (Suche im Körper)**. Unter einer Personendurchsuchung ist sowohl die Durchsuchung der Bekleidung einer Person und der Gegenstände, die sie bei sich hat (Z 3 lit a), als auch die Besichtigung des unbedeckten Körpers (Z 3 lit b) zu verstehen. Eine Personendurchsuchung ist gem § 119 Abs 2 nur zulässig, wenn die Person festgenommen oder auf frischer Tat betreten wurde (Z 1), einer Straftat verdächtig ist und auf Grund bestimm-

---

1 *Birklbauer*, Strafprozessrecht<sup>5</sup> Rz 8/127.

2 *Kollmann/Moser* in LiK-StPO § 120 Rz 16.

3 *Birklbauer*, Strafprozessrecht<sup>5</sup> Rz 8/124, 8/130; *Kollmann/Moser* in LiK-StPO § 121 Rz 2.

ter Tatsachen anzunehmen ist, dass sie Gegenstände, die der Sicherstellung unterliegen, bei sich oder Spuren an sich habe (Z 2) oder Opfer einer Straftat wurde und die Feststellung der Verletzungen für das Strafverfahren relevant ist (Z 3). Bei B handelt es sich lediglich um die Freundin des A. Sie wurde weder festgenommen, noch auf frischer Tat betreten. Darüber hinaus ist sie auch keiner Straftat verdächtig und wurde auch nicht Opfer einer Straftat. Insofern **liegt keine der materiellen Voraussetzungen vor**, die ihre Durchsuchung rechtfertigen würden.

## Fall 46

---

*Hausdurchsuchung, Rechtsmittel*

### Sachverhalt

Die Polizei bekommt einen vertraulichen Hinweis, dass sich der wegen schweren Betrugs (§§ 146, 147 Abs 3 StGB) per Haftbefehl gesuchte J im Wochenendhaus seines Bekannten K aufhalte. Nach Rücksprache und Anordnung der StA fahren zwei Polizeistreifen zum besagten Wochenendhaus, um eine Durchsuchung vorzunehmen. Da niemand öffnet, wird die Türe aufgebrochen und eine Durchsuchung vorgenommen. Dabei wird festgestellt, dass kurz vor der Durchsuchung eine Person im Wochenendhaus anwesend war. Weiters werden Sachen gefunden, die eindeutig dem J zuzuordnen sind.

Wenige Minuten nach der Durchsuchung erscheint K, der von Nachbarn über den Polizeieinsatz verständigt wurde, beim Wochenendhaus. Er bestreitet, dass er jemandem erlaubt habe, das Wochenendhaus zu benutzen. Vielleicht sei irgendein „Einbrecher“ am Werk gewesen. Im Übrigen verstehe er nicht, warum er als „unschuldiger Staatsbürger, gegen den kein Strafverfahren laufe“, nicht kontaktiert worden sei. Er wäre mit einer Nachschau jedenfalls einverstanden gewesen und hätte binnen kurzer Zeit vor Ort sein können. So wäre ihm auch die nun kaputte Eingangstüre erspart geblieben.

### Aufgaben

1. War es zulässig, das Wochenendhaus des K, gegen den kein Strafverfahren läuft, im vorliegenden Fall zu durchsuchen?
2. Mit welchem Rechtsmittel und welcher Begründung kann die im vorliegenden Fall auf Anordnung der StA durchgeführte Durchsuchung des Wochenendhauses von K bekämpft werden?
3. Im Müll findet sich ein Zettel mit der Handschrift des K, auf dem er J das Funktionieren der Heizung erklärt. Darüber hinaus beinhaltet der Zettel Tipps im Umgang mit den Nachbarn und die Aufforderung „Mach es dir gemütlich!“. Dieser Zettel bringt K in Verdacht, dass er J gezielt die

Wohnung überlassen habe, damit er sich vor der Polizei verstecken könne. Darf der sichergestellte Zettel in einem allfälligen Strafverfahren gegen K wegen Begünstigung (§ 299 Abs 1 StGB) verwendet werden?

## Lösung

**Ad 1)** Gemäß § 117 Z 2 ist eine **Durchsuchung von Orten und Gegenständen** das Durchsuchen eines nicht allgemein zugänglichen Grundstückes, Raumes, Fahrzeuges oder Behältnisses (lit a) oder einer Wohnung oder eines anderen Ortes, der durch das Hausrecht geschützt ist und darin befindlicher Gegenstände (lit b). Auch ein **Wochenendhaus** ist ein vom Hausrecht geschützter Ort, selbst wenn es nur zeitweilig bewohnt wird.

**Formelle Voraussetzung** für die Zulässigkeit einer Durchsuchung gem § 117 Z 2 lit b ist gem § 120 Abs 1 erster HS die **Anordnung der StA aufgrund einer gerichtlichen Bewilligung**. Gemäß § 120 Abs 1 zweiter HS kann die **KrimPol** die Durchsuchung ohne Anordnung und Bewilligung vornehmen **bei Gefahr im Verzug**. Laut SV liegt eine staatsanwaltschaftliche Anordnung vor, allerdings **fehlt** es an der **gerichtlichen Bewilligung**. Die Annahme einer allgemeinen Gefahr, dass der Gesuchte J flüchten könnte, reicht nicht für die Annahme, ein Zuwarten könne den Zweck der Durchsuchung vereiteln. Darüber hinaus spricht der Umstand, dass nicht einmal versucht wurde, telefonisch eine gerichtliche Bewilligung einzuholen, gegen ein Vorgehen aus Gefahr im Verzug.

**Materielle Voraussetzung** für eine Durchsuchung ist gem § 119 Abs 1 ein **begründeter Verdacht**, dass sich dort eine **Person** verbirgt, die einer **Straftat verdächtig** ist, oder Gegenstände oder Spuren befinden, die sicherzustellen oder auszuwerten sind. Ein begründeter Verdacht liegt vor, wenn Tatsachen bekannt sind, aus denen zB der Tatverdacht hinsichtlich einer strafbaren Handlung mit gutem Grund abgeleitet werden kann. Es muss **kein Zusammenhang** bestehen zwischen der Person, die verdächtig ist und der Person, deren Örtlichkeit durchsucht werden soll.<sup>1</sup> Infolge des vertraulichen Hinweises, dass sich der Verdächtige J im Haus von K befindet, ist vom Vorliegen der materiellen Voraussetzung auszugehen.

Weiters erforderlich ist eine **Verhältnismäßigkeit** der Ermittlungsmaßnahme. § 121 Abs 1 drückt dies aus und sieht vor, dass der Betroffene aufzufordern ist, die Durchsuchung zuzulassen oder das Gesuchte freiwillig herauszugeben. Da Gefahr im Verzug im vorliegenden Fall fehlt bzw dieser durch Umstellen des Gebäudes entgegengewirkt werden könnte, ist von einer fehlenden Verhältnismäßigkeit auszugehen, insb auch, weil K nicht kontaktiert wurde. Insgesamt war daher die Durchsuchung nicht zulässig.

<sup>1</sup> *Birklbauer*, Strafprozessrecht<sup>5</sup> Rz 8/129.

**Ad 2)** Gegen eine Anordnung der StA kann sich jemand mit **Einspruch an das Gericht** (§ 106) zur Wehr setzen, wenn er im Ermittlungsverfahren durch die StA in einem subjektiven Recht verletzt worden ist, weil ihm die Ausübung eines Rechts nach diesem Gesetz verweigert worden ist (Abs 1 Z 1) oder weil eine Ermittlungs- oder Zwangsmaßnahme unter Verletzung von Bestimmungen dieses Gesetzes angeordnet oder durchgeführt wurde (Abs 1 Z 2). In casu wurde durch die Anordnung der StA das Gesetz verletzt, weil **keine gerichtliche Bewilligung** für die Durchsuchung eingeholt wurde und die Durchsuchung unverhältnismäßig war. Daher steht gegen die Durchsuchung ein **Einspruch gem § 106 Abs 1 Z 2** zu. Zuständig dafür ist gem **§ 31 Abs 1 Z 3 der Einzelrichter am LG**.

Gegen das **autonome Handeln der KrimPol** kommt im Falle von rechtswidrigem Einsatz von Befehls- und Zwangsgewalt eine **Maßnahmenbeschwerde gem Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG an das LVwG** in Betracht. In casu haben die Polizisten durch das **Aufbrechen** der Tür autonom **Zwangsgewalt** angewandt. Da zu Unrecht Gefahr im Verzug angenommen wurde und die Handlung zudem **unverhältnismäßig** war, war dieser Einsatz von Zwangsgewalt **rechtswidrig**.

**Ad 3) § 122 Abs 2** besagt, dass bei einer Durchsuchung aufgefundene Gegenstände, die auf die Begehung einer anderen als der Straftat schließen lassen, wegen der die Durchsuchung durchgeführt wird, zwar sicherzustellen sind, darüber aber ein besonderes Protokoll aufgenommen und sofort der StA berichtet werden muss. Die StPO normiert **kein weiteres Beweisverwendungsverbot**.

In casu liegt ein sogenannter „**Zufallsfund**“ iSv § 122 Abs 2 vor, denn der Zettel wird bei der Durchsuchung gefunden und lässt auf die Begünstigung des J durch K gem § 299 Abs 1 StGB schließen. Da kein weiteres Beweisverwendungsverbot angeordnet ist, **darf** der Zettel, obwohl die Durchsuchung selbst nicht rechtmäßig erfolgt ist, in einem allfälligen Strafverfahren gegen K wegen Begünstigung gem § 299 Abs 1 StGB **verwendet werden**.